

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

MARCELO RIBEIRO LOSSO

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
ENTRE O ESTADO E O AGENTE PRIVADO**

**CURITIBA
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARCELO RIBEIRO LOSSO

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
ENTRE O ESTADO E O AGENTE PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Marcelo Ribeiro Losso

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, em Administração e em Licenciatura - Formação Pedagógica de Docentes - pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Professor da Universidade Federal do Paraná. Advogado e Assessor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Ficha Catalográfica

Losso, Marcelo Ribeiro
L881p O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado
2008 e o agente privado / Marcelo Ribeiro Losso ; orientador, Romeu Felipe Bacellar
Filho. -- 2008.
188 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2008
Inclui bibliografia

1. Contrato público. 2. Interesse público. 3. Contratos administrativos.
4. Boa-fé (Direito). 5. Contrato público - Legislação. 6. Compromisso.
I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.352

MARCELO RIBEIRO LOSSO

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
ENTRE O ESTADO E O AGENTE PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho
Orientador

Professora Doutora Angela Cássia Costaldello
Membro

Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet
Membro

Curitiba, 12 de fevereiro de 2008

Aos meus pais Rosi e Carlos, exemplos de trabalho e de vida.

À Karina, companheira de todas as horas, de quem diariamente subtraio momentos de convívio em prol dos estudos e do trabalho.

AGRADECIMENTOS

A DEUS pelos dons e perseverança que me foram atribuídos.

Ao Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela dedicada orientação nessa dissertação e pela inestimável colaboração ao Direito Administrativo brasileiro e paranaense onde é pioneiro e incentivador de novos talentos.

Aos professores da Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em especial ao Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet, que personifica o prazer e a dedicação pelo magistério.

Às professoras Ângela Cássia Costaldello e Adriana Roseli Wunsch Takahashi e aos amigos Lílian Izabel Cubas e Carlos Eduardo de Moura pelo estímulo e pronto auxílio em todas as etapas desta caminhada.

Aos meus irmãos Denise Ribeiro Losso Lazof e Maurício Ribeiro Losso pelo constante apoio. Aos meus sobrinhos, pelo renovar da vida.

Às amigas Eva de Fátima Curelo e Isabel Cristina Rosa que com alegria e profissionalismo junto à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito tornam mais leve esta jornada.

À colega Alice Sória Garcia pelo inestimável auxílio nas pesquisas.

**Em suma, mais do que nunca,
essencial a confiança de um povo em si
e nas instituições públicas.**

(Juarez Freitas)

RESUMO

O presente trabalho trata do princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o Estado e o agente privado. O Estado afasta-se da posição de império passando para a posição de consenso, interagindo com um número crescente de atores, por meio de relações contratuais. O regime jurídico-administrativo ao qual estão vinculados tais contratos possibilita a utilização, pela Administração, das prerrogativas, que permitem ao Poder Público interferir nos ajustes. Os particulares interagem com a Administração Pública com a presunção de legitimidade dos atos e da ação estatal conforme a moralidade e a legalidade a que está constitucionalmente obrigada. Pela ação administrativa em geral ou pela utilização das prerrogativas, podem os particulares ter suas expectativas violadas, gerando efeitos negativos nas atividades econômicas por trazerem desconfiança e instabilidade nas relações com o Estado. É necessária a proteção da confiança legitimamente depositada pelos particulares na Administração. Essa proteção se dá por vários princípios, sendo o princípio da proteção à confiança o que de forma mais direta resguarda as expectativas dos particulares. Esse princípio é deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito. No âmbito obrigacional o princípio da proteção à confiança está estreitamente ligado ao princípio da boa-fé, em seu aspecto objetivo. Essa proteção se concretiza de duas formas: como limite às alterações das situações jurídicas, garantindo a posição jurídica embasada na confiança ou propiciando a indenização àquele que confiou e teve sua confiança violada. A violação à confiança, dadas as características especiais dos contratos administrativos, pode se dar em três momentos: na fase pré-negocial, na fase contratual e na fase pós-contratual. Em cada uma dessas fases, havendo afronta ao princípio da proteção à confiança, estará a Administração responsável pelo ressarcimento dos danos do particular. O princípio da proteção à confiança mostra-se indispensável ao resgate da confiança na Administração Pública.

Palavras-Chave: Econômico e social. Estado. Atividade econômica. Administração Pública. Contratos administrativos. Segurança jurídica. Proteção à confiança. Boa-fé. Prerrogativas. Sujeições. Regime jurídico-administrativo.

ABSTRACT

The present work treats with the principle of trust protection in contractual relations between the State and private agent. The State stands back from the empire position going to consensus position, interacting with a growing number of actors, through contractual relationships. The juridical-administrative regime to which such contracts are bound allows the use, by the Administration, of the prerogatives that allow the Public Power to interfere on the adjustments. Contractors interact with the Public Administration with the presumption of state action legitimacy and act according the morality and legality that is requested constitutionally. By the administrative action in general or by the use of prerogatives, contractors may have his expectations violated, generating adverse effects on economic activities by bringing distrust and instability in his relations with the State. It's necessary the protection of the legitimate trust deposited by contractors in the Administration. This protection is given by several principles, and the principle of trust protection is the one who more straightly assures individual expectations. This principle is deducted, in immediate way, from the principle of legal security and, mediate, from the principle of Rule of Law. Under obligation extent the principle of trust protection is closely linked to the principle of good-faith, in its objective aspect. This protection realizes in two ways: as limited changes to the legal situations, ensuring legal position based on trust or providing compensation to who had trusted and had his trust violated. A confidence violation, given the special characteristics of the administrative contracts, can take place on three moments: in the pre-negotiation, during the contract and in the post-contract. In each one of these stages, by causing some affront to the principle of trust protection, will the Administration be responsible for the reparation of the private damage. The principle of trust protection seems to be essential to the rescue of Public Administration's confidence.

Keywords: Economic and social. State. Economic activity. Public administration. Administrative contracts. Legal security. Trust protection. Good-faith. Prerogatives. Subjections. Juridical-administrative regimen.

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa del principio de la protección de la confianza en las relaciones contractuales entre el Estado y el agente privado. El Estado se distancia de la posición de imperio para pasar a la posición de consenso, obrando recíprocamente con un número creciente de agentes, por medio de relaciones contractuales. El régimen jurídico administrativo al cual dichos contratos están vinculados hace posible el uso, para la Administración, de las prerrogativas, que permiten al poder público intervenir en los ajustes. Los particulares interactúan con la Administración Pública con la presunción de legitimidad de los actos y de la acción del Estado que actúa con la moralidad y la legalidad que se requiere constitucionalmente. Por la acción administrativa en general, o por el uso de las prerrogativas, las personas pueden tener sus expectativas violadas, generando efectos negativos sobre las actividades económicas, causadas por la desconfianza y la inestabilidad en las relaciones con el Estado. Se hace necesaria la protección de la confianza legítima depositada por los particulares en la Administración. Esta protección es garantizada por variados principios siendo el principio de la protección de la confianza que de una forma más específica protege las expectativas de los particulares. Este principio se deduce, en términos inmediatos, del principio de la seguridad jurídica y, en términos mediatos, del principio del Estado de Derecho. En el ámbito de las obligaciones el principio de la protección de la confianza está estrechamente relacionado con el principio de buena fe, en su aspecto objetivo. Esta protección se realiza de dos maneras: como límite a los cambios de las situaciones legales, garantizando la situación jurídica basada en la confianza o propiciando indemnización para aquel que haya confiado y haya tenido su confianza violada. La violación de la confianza, debido a las características especiales de los contratos administrativos, puede ocurrir en tres momentos: en la pre-negociación, en la fase contractual y en el post-contrato. En cada una de estas fases, habiendo ofensa al principio de la protección de la confianza, la Administración será responsable de la reparación de los daños de el particular. El principio de la protección de la confianza es esencial para el rescate de la confianza en la Administración Pública.

Palabras-Claves: Económico y social. Estado. Actividad económica. Administración pública. Contratos administrativos. Seguridad jurídica. Protección de la confianza. Buena fe. Prerrogativas. Sumisiones. Régimen jurídico administrativo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.1 DA IMPERATIVIDADE À CONSENSUALIDADE	20
2.2 INTERESSE PÚBLICO	23
2.3 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO.....	24
2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado	25
2.3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público	27
2.4 BINÔMIO PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITOS DOS ADMINISTRADOS	28
3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	30
3.1 PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO.....	33
3.1.1 Alteração unilateral do contrato	35
3.1.1.1 Cláusulas regulamentares e econômicas	36
3.1.2 Rescisão unilateral do contrato	37
3.1.3 Não invocação da exceção do contrato não cumprido	39
3.1.4 Fiscalização	41
3.1.5 Imposição de sanções	41
3.1.6 Ocupação provisória de bens e serviços	42
3.1.7 Exigência de garantias	43
3.2 DIREITOS DO ADMINISTRADO.....	45
3.2.1 Equilíbrio econômico-financeiro	45
3.2.1.1 Álea econômica e álea administrativa	47
3.2.2 Vedação do enriquecimento sem causa	50
3.2.3 Obrigação do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes	52
4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	55
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS - TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	55
4.2 CONFIANÇA	59
4.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA.....	62
4.4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E O ESTADO DE DIREITO ..	65
4.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	67

4.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ....	73
5 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA EM ÂMBITO INTERNACIONAL	80
5.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO	83
5.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ESPANHOL	87
5.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS.....	90
6 ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	94
6.1 ACOLHIMENTO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	95
6.2 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	98
6.3 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	106
6.4 ACOLHIMENTO NA LEGISLAÇÃO	114
7 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES.....	122
7.1 ÓBICES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA?.....	122
7.1.1 Princípio da legalidade	123
7.1.2 Princípio da supremacia do interesse público	125
7.2 NOVA ÉTICA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO	126
7.3 DEVERES DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES	128
7.4 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	130
7.5 CLÁUSULAS EXORBITANTES E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA	132
7.6 DIREITOS DOS ADMINISTRADOS COMO PROTEÇÃO À CONFIANÇA	133
7.6.1 Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato	133

7.6.2 Rescisão unilateral.....	136
7.6.3 Enriquecimento sem causa – responsabilidade do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes.....	137
7.7 LIMITAÇÃO ÀS PRERROGATIVAS PELA CARACTERIZAÇÃO DE FIGURAS TÍPICAS	139
7.7.1 <i>Venire contra factum proprium</i>	141
7.7.2 <i>Tu quoque</i>.....	144
7.7.3 <i>Exceptio doli</i>.....	147
7.7.4 <i>Supressio e Surrectio</i>	149
7.7.5 Inalegabilidade de nulidades formais.....	152
7.7.6 Desequilíbrio no exercício jurídico.....	153
8 RESSARCIMENTO DO DANO À CONFIANÇA	156
8.1 RESPONSABILIDADE CIVIL - ASPECTOS GERAIS.....	156
8.2 CLASSIFICAÇÃO.....	157
8.3 REQUISITOS GERAIS.....	158
8.3.1 Conduta - ação ou omissão.....	158
8.3.2 Imputabilidade	159
8.3.3 Dano	159
8.3.4 Nexo Causal.....	160
8.4 PRESSUPOSTO ESPECIAL – CULPA.....	160
8.5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA	162
8.6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	163
8.7 FASES DA RELAÇÃO NEGOCIAL	163
8.8 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA FASE PRÉ-NEGOCIAL.....	164
8.9 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA FASE CONTRATUAL	170
8.10 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA FASE PÓS-CONTRATUAL	173
9 CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS.....	179
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	185

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira infelizmente é pródiga em exemplos de promessas não cumpridas.

Pelo Decreto-Lei nº. 2.288, de 23 de julho de 1986, foi instituído o empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de gasolina ou álcool para veículos automotores, bem como sobre aquisição de automóveis de passeio e utilitários. O mesmo Decreto-Lei, em seu art. 16 previa que o empréstimo seria resgatado no último dia do terceiro ano posterior ao seu recolhimento. Passados mais de vinte anos, não foi feita a devolução nos termos previstos na norma legal.

Diante da inação estatal quanto à devolução dos valores, no Estado do Paraná foi requerida, por ação civil pública ajuizada pela Associação Paranaense de Defesa dos Consumidores – APADECO, a devolução do empréstimo aos paranaenses. A ação foi julgada procedente pela Justiça Federal do Paraná e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região que reconheceu a inconstitucionalidade da exação e determinou a devolução dos valores, pelo consumo médio do veículo.

Tal feito transitou em julgado em 19 de agosto de 1997. A partir daí passaram os paranaenses a postular, individualmente, as restituições para terem o ressarcimento dos valores que por norma legal já deveriam ter sido pagos há muito tempo. Durante anos os pleitos foram atendidos, sempre depois de esgotadas todas as fases recursais. Até que, em 04 de maio de 2004, quando instado a ser pronunciar, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação rescisória, desconstituindo a decisão que garantia a devolução do empréstimo compulsório aos paranaenses.

O julgamento se deu em recurso extraordinário, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, que julgara improcedente a ação rescisória. O recurso extraordinário já havia sido inadmitido na origem, pelo Presidente do TRF, e também no próprio Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Carlos Mário Velloso, em agravo de instrumento. Contra tal inadmissão foi interposto agravo regimental, que foi acolhido, dando-se provimento ao recurso extraordinário. Na prática tal rescisão impede o recebimento da devolução do compulsório por parte daqueles que ainda aguardavam o pagamento, após ajuizamento de medida judicial. também, em

tese, concede à União Federal a pretensão de recuperar aquilo que já pagara a milhares de paranaenses. O intuito não é discutir o mérito da decisão, mas as consequências dos fatos.

Afora a infeliz coincidência de serem ligados pela mesma ocorrência, *empréstimo compulsório*, tais fatos trazem outro elemento em comum: motivos de sobra para não confiar na Administração Pública.

Outras ocorrências se juntam diariamente a um cabedal de motivos que levam os particulares a não confiarem na Administração Pública: promessa de não confisco ou não retenção de valores, descumprida poucos dias depois; promessa de não criação de tributos ou de não elevação de carga tributária, igualmente descumprida após a votação de matéria de interesse do Governo no Congresso; reiterados descumprimentos contratuais; alterações de estipulações contratuais; não cumprimento dos contratos por deliberada falta de pagamento; determinações judiciais para alteração de índices e condições contratuais, etc.

Paralelamente a isso, fatores como a escassez de recursos e a globalização têm influenciado, de forma decisiva, as ações do Estado que diminui seu aparelhamento, fixando um número reduzido de setores onde atua diretamente. Com isso, altera-se o papel do Estado como soberano absoluto, para interagir com um número crescente de atores, por meio de relações contratuais.

O regime jurídico-administrativo ao qual estão vinculados tais contratos traz a possibilidade da utilização, pela Administração, das chamadas cláusulas exorbitantes ou prerrogativas. Contudo, pelo histórico apresentado pela Administração Pública, pergunta-se: como é possível resguardar a confiança, as expectativas e os interesses dos particulares que com ela contratam?

É compreensível que o particular deseje evitar surpresas na conduta da Administração, que possam ferir seus interesses ou frustrar-lhe as expectativas.

Justamente porque o particular prevê e confia que a Administração Pública irá cumprir suas obrigações nas relações contratuais, que ele se sente motivado a participar dos ajustes, imaginando que, em caso de inadimplemento da Administração, a lesão a seus direitos poderá ser submetida ao crivo do Judiciário.

É nesse sentido que o presente trabalho pretende colaborar com o estudo da identificação, âmbito de operação e formas de concretização do princípio da proteção à confiança nos contratos administrativos, a partir de uma interpretação jurídica que possa lhe dar maior efetividade, sem a violação de direitos fundamentais

dos administrados, de forma a viabilizar uma corrente de confiança com reflexos positivos no Direito Econômico e Social.

O trabalho é estruturado da seguinte forma: neste primeiro capítulo, referente à introdução, procura-se demonstrar os diversos aspectos que serão abordados no estudo e o que se pretende com o mesmo.

No segundo capítulo busca-se o embasamento teórico sobre o significado de Administração Pública, o estágio atual de seu relacionamento com os particulares e suas características atuais.

Busca-se caracterizar o interesse público, invocado reiteradamente pela Administração Pública, mas de difícil conceituação, por ser conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo. Conceitua-se e caracteriza-se o regime jurídico-administrativo, onde estão inseridos os contratos administrativos, trazendo à discussão os princípios basilares do regime, ambos estreitamente ligados ao interesse público, a saber: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Por fim, aborda-se o binômio prerrogativas da Administração Pública – direitos dos administrados.

O terceiro capítulo aprofunda o estudo no âmbito dos contratos administrativos, trazendo a conceituação e características dos contratos celebrados pela Administração, bem como a abrangência e o tratamento legal dos contratos firmados pelos entes estatais.

Ainda nesse capítulo são apontadas as principais prerrogativas da Administração Pública e seu respectivo embasamento legal (alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral, não invocação da exceção do contrato não cumprido, fiscalização da execução, aplicação de sanções, ocupação provisória de bens e serviços e exigência de garantias).

Como contraponto, são abordados os principais direitos dos administrados, sua fundamentação e o embasamento legal. Estuda-se o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes, a vedação do enriquecimento sem causa e a obrigação do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes. Tais matérias serão de grande relevância no posterior estudo da utilização das prerrogativas da Administração Pública face ao princípio da proteção à confiança.

No quarto capítulo busca-se delimitar o princípio da proteção à confiança e seu âmbito de operação. Inicialmente são traçadas considerações sobre a teoria dos princípios, necessárias ao entendimento da atuação do princípio da proteção à confiança de forma autônoma e de forma conjunta com outros princípios.

Após trazer considerações sobre o valor jurídico *confiança*, demonstra-se os aspectos de aplicação do princípio e as formas de concretizar sua eficácia.

Identifica-se os aspectos que o aproximam e o diferem de princípios afins. Demonstra-se que pode ser um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com a finalidade comum de resguardar atos estatais e seus efeitos.

Aborda-se as semelhanças e diferenças entre o princípio da proteção à confiança e o princípio da boa-fé. Analisa-se a incidência de ambos, conjunta e separadamente nas obrigações em que é parte a Administração Pública.

Aponta-se que a denominação encontrada tanto na doutrina quanto na jurisprudência nem sempre refletem de forma clara o que se pretende tutelar, de modo que durante todo o trabalho serão utilizadas diversas denominações para se referir à proteção à confiança, mas sempre no sentido de resguardar a fidúcia.

O quinto capítulo está direcionado à pesquisa da origem e evolução do princípio em âmbito internacional, notadamente na Alemanha, Espanha e França. Isto se justifica porque o caminho percorrido nesses países assemelha-se em muito ao percurso enfrentado no desenvolvimento do estudo do princípio da proteção à confiança no Brasil.

O exame desse desenvolvimento nos outros países possibilitará compreender o estágio atual em que se encontra o estudo em nosso país e o percurso ainda a ser percorrido.

No sexto capítulo cuida-se da recepção do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo brasileiro. Demonstra-se que, após seu surgimento em outros ramos do Direito, passa a dele se ocupar, ainda que de forma acanhada, o Direito Administrativo,

Seguindo o caminho encontrado em outros países, faz-se o levantamento da recepção deste princípio, ainda que não sob essa denominação, no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, onde são encontrados diversos precedentes que resguardam a confiança.

Ao analisar a recepção na legislação, denota-se a existência de diversos institutos que visam resguardar a confiança, ainda que de forma transversa. Aponta-se a lei federal que normatiza o processo administrativo da União como a primeira a tratar, de forma mais clara, desse princípio.

O capítulo sete é reservado à análise da proteção à confiança nas relações obrigacionais entre a Administração Pública e os particulares. Inicialmente busca-se identificar se os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público representam óbices à aplicação do princípio da proteção à confiança.

Passa-se à abordagem da necessidade de uma nova ética para o Direito Administrativo, principalmente no aspecto obrigacional, analisando-se os deveres decorrentes do princípio da proteção à confiança na relação obrigacional entre a Administração Pública e os particulares.

Segue-se abordando a utilização das cláusulas exorbitantes ou prerrogativas diante do princípio da proteção à confiança.

Reitera-se que a concretização deste princípio se dá de duas formas, sendo a primeira como limite às alterações das situações jurídicas, garantindo a posição jurídica embasada na confiança e, a segunda, propiciando a indenização àquele que confiou e teve sua confiança violada.

Nesse capítulo trata-se prioritariamente da primeira forma, apontando-se os limites enfrentados pela Administração Pública na utilização de suas prerrogativas. Esses limites podem ser representados pelos direitos dos administrados ou sujeições da Administração (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, rescisão unilateral, enriquecimento sem causa, responsabilidade do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes) ou, ainda, pela caracterização das ações como uma das figuras típicas representadoras de limites (*venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *exceptio doli*, *supressio* e *surrectio*, inalegabilidade de nulidades formais e desequilíbrio no exercício jurídico).

O oitavo capítulo trata da outra forma de concretização do princípio da proteção à confiança, ou seja, o ressarcimento do dano à confiança. Nesse, além de aspectos gerais referentes à responsabilidade civil e responsabilidade civil do Estado, analisa-se, pelas características ímpares dos contratos administrativos, a responsabilidade do Estado na fase pré-negocial, na fase negocial ou contratual e na fase pós-contratual da Administração Pública.

O capítulo nono destina-se às conclusões do estudo.

Assim, imagina-se abordar os aspectos mais relevantes da matéria, pretendendo este estudo colaborar no desenvolvimento e aplicação do princípio da proteção à confiança nos contratos administrativos.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como o presente trabalho envolve a aplicação do princípio da proteção à confiança nos contratos administrativos, portanto, naqueles em que figura a Administração Pública, faz-se relevante a conceituação de Administração Pública e a demonstração de suas principais características.

Essa conceituação é complexa, dados os múltiplos aspectos de sua atuação.¹

A Administração Pública compreende as atividades de decisão e execução destinadas ao atendimento direto, imediato e concreto das necessidades públicas, sejam estas utilidades, necessidades ou até mesmo urgência.²

Luiz Alberto Blanchet esclarece que sob o enfoque subjetivo, orgânico ou formal, Administração Pública é a estrutura de órgãos que a integram e entidades autônomas, revestidas de personalidade jurídica própria e independente do sistema orgânico. E aponta: “Quando empregada neste sentido, a expressão é grafada com inicial maiúscula: Administração”. Na acepção objetiva, funcional ou material “a expressão *administração pública* designa a própria atividade administrativa. Neste sentido, a expressão é escrita com inicial minúscula: administração.”³

Hely Lopes Meirelles traz a conceituação de Administração Pública em sentido formal como sendo “o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo”; e em sentido material “é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral” e por fim, no sentido operacional “é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”. Complementa, ainda, dizendo ser, numa visão global “todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.⁴

¹ Odete Medauar comenta que “Sempre houve dificuldade de fixar com precisão o conceito de Administração Pública. Diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações” MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 45.

² BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual., Curitiba: Juruá, 2005, p. 39.

³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual., Curitiba: Juruá, 2005, p. 39.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 60-61.

Neste trabalho ao utilizar-se a expressão Administração Pública no sentido subjetivo, compreende-se não só o Poder Executivo, mas toda a estrutura estatal, por meio da qual o Estado busca a realização dos seus fins. Portanto, integram a chamada Administração Pública além do Poder Executivo, também os Poderes Legislativo e Judiciário. O âmbito de atuação também abrange as três esferas de governo: federal, estadual e municipal.

2.1 DA IMPERATIVIDADE À CONSENSUALIDADE

O Estado está mudando, pressionado pelas mudanças na sociedade. Daí decorre a necessidade da Administração Pública também se transformar. É necessário conhecer as tendências em curso para a escolha de alternativas que tragam respostas eficientes.

Segundo Diogo de Figueiredo Neto, a sociedade mudou principalmente no último quarto do século XX, em função do que o autor chama de polígono de mobilidades, representado pela mobilidade da informação, da produção, financeira e social, esta caracterizada pelo polifacetismo, decorrente da recombinação, multiplicação e diversificação sociais. Como decorrência dessas mudanças resulta a expansão do nível de consciência dos interesses e expansão da participação política.⁵

O Estado se transformou do modelo monoclasa, que atendia as classes dominantes, para atender os interesses das massas emergentes (Estado do Bem-Estar Social e Estado Socialista). Após a Segunda Guerra esses tipos também passaram a dar sinais de exaustão, com a perda do peso relativo do Estado, que passou a enfrentar perda do poder no processo produtivo; acúmulo de *déficits* crescentes; falta de recursos para atender, de forma eficiente, as demandas sociais e a impossibilidade de aumentar indefinidamente a carga tributária. Como decorrência surge o Estado Pluriclasa como organização política dominante.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-38.

Nos movimentos de adequação a sociedade recobra o espaço político perdido e torna-se protagonista da política, fazendo despontar certos princípios, a saber: subsidiariedade, coordenação, privatização, publicização e o da consensualidade.

No que concerne à consensualidade o Estado tende a evoluir de um critério imperativo para outro consensual, no qual se busca o interesse público e o alcance da eficiência administrativa. O que se pretende não é um Estado grande, mas sim um Estado suficiente.

O citado autor relata que no passado o único limite que atuava era o moral. Contudo, com o Estado de Direito, surgiu o limite da *legalidade*. Com o Estado Democrático de feição pluriclasse afirma-se o limite da *legitimidade*, dependente do consenso sócio-político.⁶

Assim resta feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à *escolha dos governantes* e a democracia do final do século XX, voltada à *escolha de como se quer ser governado*.

Essa segunda forma vai se adensando nos diferentes países, tanto materialmente quanto formalmente, assim considerado pela multiplicação dos instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (associações e parcerias). Tal consensualidade contribui decisivamente nas democracias contemporâneas aumentando a eficiência, diminuindo abusos (legalidade), promovendo a justiça, trazendo legitimidade às decisões, desenvolvendo o civismo e tornando os comandos estatais mais aceitáveis (ordem).

Dessa feita a consensualidade traduz-se na alternativa preferível à imperatividade, que deve ser tida como exceção.

A respeito do tema, conclui Gustavo Henrique Justino de Oliveira:

A expansão do consensualismo na Administração pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada **Administração consensual**, e a mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela **lógica da autoridade**, permanentemente flexionada pela **lógica do consenso**.⁷

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41.

⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, mai./jul. 2005, p. 27. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em 12.05.2007.

Assim, a Administração Pública passa da posição de império para a posição de consenso, onde há possibilidade de maior participação da sociedade.

A Administração Pública pode ser exercida tanto pela via da subordinação (unilateral, hierarquizada e linear) quanto pela coordenação (multilateral, equiordinada e radial), cabendo ao legislador optar pela forma que apresente melhores resultados, considerando critérios de eficiência, custo, garantia dos administrados, necessidade de emprego da coerção, entre outros.

Diogo de Figueiredo Neto entende que sobejam as justificativas pela utilização da via da coordenação na Administração Pública pelos seguintes critérios: pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração); pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal (cooperação); pela redução de custos para o Estado e sociedade (economicidade); pela simplificação da máquina gestora do Estado (racionalidade); pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização); pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização); pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado do bem-estar social e socialista (eficiência); e pela racionalização da atribuição de competências ao Estado e conseqüente racionalização da distribuição de competências entre entidades e órgãos do Estado (subsidiariedade).⁸

Arnoldo Wald comenta que, dada a rapidez das mudanças tecnológicas, econômicas e políticas, as relações contratuais assumem um caráter mais dinâmico e flexível. Impõe-se uma interpretação construtiva e concertada, para a adoção de soluções mais eqüitativas ante as dificuldades surgidas na execução do contrato, tornando-se mais densa a noção de colaboração entre as partes.⁹

Como decorrência dessa alteração, da imperatividade à consensualidade, ganham importância as relações obrigacionais mantidas pela Administração com os particulares, posto serem indispensáveis à consecução dos objetivos do Estado. Com o gradual afastamento dos poderes de império, entende-se limitada a atuação unilateral, o que resulta em limitada utilização das prerrogativas da Administração, dentre as quais as chamadas cláusulas exorbitantes.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42-43.

⁹ WALD, Arnoldo. Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo das incertezas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 202, out./nov., 1995, p. 43-44.

Portanto, estão as relações contratuais mantidas pela Administração demandando uma interpretação vinculada às suas finalidades e características, dentre as quais a de proteger a confiança depositada pelos diversos agentes que mantêm tratativas e contratações com a Administração, sem descuidar que a atividade da Administração Pública deve sempre buscar o interesse público, motivo pelo qual está vinculada ao regime jurídico-administrativo.

2.2 INTERESSE PÚBLICO

A idéia de interesse público é de grande relevância no Direito Administrativo uma vez que qualquer ato administrativo dissociado do interesse público será inválido. Contudo sua conceituação não é simples.

Lúcia Valle Figueiredo pondera que *interesse público* é um conceito tratado por muitos como despido de qualquer conteúdo e passível de receber aquele que se lhe queira dar.¹⁰

Marçal Justen Filho comenta que a doutrina reiteradamente invoca o interesse público sem definir a expressão. Reconhece a dificuldade em defini-la por ser conceito jurídico indeterminado, o que afastaria uma exatidão de conteúdo. Critica a ausência de instrumentos jurídicos para determinar o efetivo interesse público, o que dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais.¹¹ O mesmo autor comenta que no passado o governante utilizava fórmulas imprecisas para justificar suas decisões subjetivas, incompatíveis com a ordem jurídica, prática que foi eliminada com a evolução democrática. Contudo, entende que na atualidade o exercente do poder político refugia-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle ou desfazimento de atos defeituosos.¹²

Celso Antônio Bandeira de Mello após discorrer sobre as diversas acepções do conceito jurídico de interesse público conclui ser esse “o interesse resultante do

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.**¹³

Angela Cássia Costaldello pondera que não obstante haja notória dificuldade em conceituar interesse público, “há um aspecto comum: a satisfação de necessidades da coletividade. Portanto, é possível identificar o destinatário – a coletividade -, e a finalidade – atender aos interesses preponderantes da vida em sociedade.”¹⁴

A importância de entender o significado de interesse público está no fato desse embasar o regime jurídico-administrativo, estando presente nos princípios que o caracterizam.

2.3 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Antes de abordar o regime jurídico-administrativo propriamente dito, é relevante diferenciar os regimes de Direito Privado e de Direito Público. No primeiro há autonomia de vontade para eleger os fins a serem alcançados e a forma ou meios necessários de atingi-los. Essa autonomia é representada pelos institutos do contrato e da propriedade.¹⁵

No segundo, embora possa existir alguma liberdade para eleger os meios necessários à consecução dos objetivos ou fins, a liberdade quanto à escolha destes fins é praticamente nula.¹⁶

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

¹⁴ COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 144.

¹⁵ Marçal Justen Filho recorda que a autonomia de vontade típica do regime de direito privado já foi interpretada de forma muito mais ampla no passado. Demonstra que mesmo nos estados de economias capitalistas há uma necessária intervenção estatal em setores específicos e determinados, notadamente com a finalidade de promover os direitos fundamentais e a tutela à dignidade humana. Tal autonomia de vontade sofre limitações pela vinculação de direitos e deveres relativos à consecução de determinados fins. O autor denomina o fenômeno de “funcionalização” do direito. Exemplifica pela observância, para os particulares, da “função social da propriedade”, “do contrato” ou “da empresa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

¹⁶ Marçal Justen Filho afirma que a liberdade para escolha dos fins é tão reduzida a ponto da maior parte da doutrina negar sua existência. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52.

Por regime jurídico-administrativo entende-se o conjunto de princípios e regras aos quais deve se submeter a atividade administrativa para alcançar seus fins.

Marçal Justen Filho assevera ser inviável indicar de modo prévio e abstrato todos os princípios que influenciam o regime jurídico-administrativo, e entende serem diversos os princípios que são sistematicamente ponderados para disciplinar cada situação.¹⁷

Contudo, dentre esses vários princípios, diversos autores administrativistas apontam dois princípios como basilares do regime jurídico-administrativo: da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.¹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello é taxativo: “Todo sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração”.¹⁹

Aborda-se doravante tais princípios, dada a importância dos mesmos na caracterização do regime jurídico-administrativo, sem descurar que há uma gama de princípios que são de grande importância no Direito Administrativo e no regime jurídico-administrativo.

2.3.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é aquele que determina a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse do particular. A principal consequência desse princípio é a posição privilegiada da Administração Pública em face dos particulares, uma vez que a essa cumpre gerir o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta duas consequências decorrentes desse princípio a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

¹⁸ Dentre tais autores destacam-se: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52; e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.²⁰

A primeira característica encerra os benefícios concedidos pela ordem jurídica à Administração Pública, responsável por buscar o interesse público, atribuindo-lhe privilégios. São exemplos dessa posição a presunção de legitimidade²¹ e veracidade dos atos administrativos; prazos processuais maiores para a Administração quando atuando em juízo; prazos prescricionais diferenciados quando o Poder Público é parte, etc.

A segunda característica, da posição de supremacia, é caracterizada pela “verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos”.²² Em decorrência dessa posição de autoridade frente aos particulares, a Administração tem a possibilidade de ditar obrigações aos mesmos, por ato unilateral, daí decorrendo também a possibilidade de alteração unilateral das relações já estabelecidas.

Por fim, é oportuno lembrar que a Administração Pública poderá desempenhar atividades sob um regime parcialmente sujeito ao Direito Privado. É o que ocorre quando atua diretamente no campo econômico, por meio de empresas que cria para tal finalidade. Nesses casos tais sujeitos não gozam de privilégios em suas relações com os particulares. Isso não significa elisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, nem exclusão do enquadramento das demais características próprias do regime jurídico-administrativo.²³ Essa sujeição estará vinculada à disposição da Constituição Federal ou da Lei.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

²¹ Angela Cássia Costaldello ensina que “a presunção de legitimidade dos atos administrativos é qualidade que os mesmos possuem de ser considerados legais e verdadeiros até que seja provado o contrário. Há presunção ‘*juris tantum*’ em relação aos mesmos”. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 133.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.

2.3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público traz que os interesses da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, e isso porque o gestor da coisa pública administra aquilo que é público, ou seja, é de todos. Portanto deve, nas suas ações, buscar sempre um fim maior, o interesse público. Não lhe cabe a liberdade e voluntariedade próprias de quem é dono.²⁴ Ao contrário, está esse obrigado a observar, na administração dos bens e interesses públicos, a finalidade à qual estão adstritos.

Na prestação de serviços públicos, atribuição do Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a Constituição Federal reserva à lei dispor sobre o regime aplicável às concessionárias e permissionárias.²⁵ Quando prestado diretamente pelo Poder Público, o regime aplicável é de direito público.

Exemplos de sujeição ao regime jurídico de direito privado são as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que desempenham atividade econômica de produção ou comercialização de serviços e bens. Nesses casos a Constituição Federal prevê que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da entidade, sujeitando-a ao regime jurídico próprio das empresas privadas, igualando-a em obrigações com as demais, sem qualquer privilégio.²⁶

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

²⁵ Constituição Federal de 1988:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

²⁶ Constituição Federal de 1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

...

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

...

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que há outros casos de atuação da Administração Pública sob regime de direito privado, em decorrência de opção do legislador, como por exemplo, atividades que envolvem pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Relembra a autora que ainda quando se emprega modelos privatísticos, nunca há submissão total ao direito privado, posto que a Administração Pública não se desvencilha de determinados privilégios tais como juízo privativo, prescrição quinquenal, processo especial de execução e impenhorabilidade de bens.²⁷

Embora tenha a Administração Pública os benefícios do regime jurídico-administrativo, isso não significa plena liberdade de atuação, posto ser esse regime caracterizado pelo binômio prerrogativas da Administração – direitos do administrado.²⁸

2.4 BINÔMIO PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Como sistema, o regime jurídico-administrativo pode ser considerado como um conjunto de elementos que tipificam o Direito Administrativo. Tais elementos podem ser resumidos em prerrogativas da Administração – direitos dos administrados e trazem idéias opostas.

De um lado está presente a idéia de alcançar a satisfação dos interesses coletivos, o que resulta na atribuição de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, inexistente nas relações privadas. Resguarda-se para a Administração uma posição privilegiada na relação, vertical²⁹, afastando-se do nivelamento horizontal característico das relações privadas. Assegura-se à Administração poderes especiais limitadores dos interesses dos indivíduos.

A justificativa para tal é a finalidade da Administração: busca do bem comum ou do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz como exemplos dessas prerrogativas:

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 64.

²⁸ Quanto ao uso do vocábulo “administrado” cumpre salientar que se utiliza no sentido de indivíduo, particular, cidadão, sem fazer diferenciação entre a terminologia, embora a mesma seja alvo de diferenciações entre os autores.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 64.

[...] a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia.³⁰

E como privilégios arrola: “imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos”.³¹

Em sentido contrário vem a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, o que se traduz pelas sujeições ou restrições impostas ao Poder Público.

Isso significa que, a bem da proteção das liberdades individuais, impõe-se à Administração Pública a observância de uma série de restrições à sua liberdade de agir. Tais sujeições condicionam a atividade da Administração ao atendimento de diversos fins e princípios, sob pena de nulidade do ato administrativo e responsabilização do agente público. Pode-se citar que as principais restrições ou sujeições são a observância da finalidade pública, da legalidade, moralidade administrativa, motivação, publicidade, razoabilidade, impessoalidade, proporcionalidade e, como consequência desses, a obrigatoriedade de contratação por meio de licitações e realização de concursos públicos para seleção de pessoal. Essas sujeições visam resguardar os direitos dos administrados (pode-se citar como os mais relevantes a inalterabilidade do objeto do contrato e os interesses patrimoniais do particular, desses destacando-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o recebimento do preço avençado).

Dessa feita, pode-se afirmar que o regime jurídico-administrativo compõe-se da ponderação de prerrogativas da Administração, impostas aos particulares, para obtenção do interesse público, e das restrições ou sujeições impostas à Administração para a proteção dos direitos e liberdades individuais.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.

3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O Estado, para normal desempenho de suas atividades, e em decorrência da cada vez maior consensualidade a que está vinculado, recorre aos préstimos de particulares, posto ser impossível, *per se*, satisfazer todas suas necessidades.

Marçal Justen Filho aponta que a participação dos particulares é disciplinada na Constituição em duas grandes categorias de situações: participação compulsória do particular e participação espontânea do particular.³²

Segundo ensina o mesmo autor, na participação compulsória o Estado impõe sua vontade, sendo irrelevante o desejo do particular. Por sua própria característica de impositividade é prevista para hipóteses excepcionais.

A participação espontânea tem utilização infinitamente mais ampla. Decorre da própria democratização, onde os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente para serem exercidos com consensualidade. Afasta-se a idéia do Estado invocar a existência de interesse público para apropriar-se de bens particulares ou impor restrições a direitos, garantias e interesses dos particulares. Daí o incremento das relações do Estado com os particulares por meio dos contratos.

Contrato pode ser conceituado como o acordo de vontades no qual duas ou mais pessoas expressam sua vontade sobre determinado objeto, defendendo seus interesses, criando direitos e assumindo obrigações.

No âmbito do Direito Administrativo importa trazer a diferenciação doutrinária sobre *contratos da administração* e *contratos administrativos*.³³ A expressão *contratos da administração* é utilizada para abranger de forma ampla todos os contratos celebrados pela Administração Pública, sejam esses regidos prioritariamente por normas de direito público ou de direito privado. A expressão *contratos administrativos* é mais restrita, utilizada para designar os contratos firmados pela Administração, nessa qualidade, com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, embasados no regime jurídico de direito público.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 283.

³³ Sobre o assunto vide DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 240.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

Outra diferenciação comumente feita pelos juristas é de *contratos de direito privado da administração* e de *contratos administrativos*.

Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia didaticamente tais contratos da seguinte forma: os *contratos de direito privado da administração* regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo direito privado. Traz como exemplo um contrato de locação de imóvel para instalar uma repartição pública. Os *contratos administrativos* regem-se pelo Direito Administrativo. Traz como exemplos o contrato de concessão de serviço público, de obra pública, de uso de bem público.³⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz essa diferenciação exemplificando como *contratos de direito privado* a compra e venda, doação, comodato, que embora celebrados pela Administração, são regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas. Ao tratar dos *contratos administrativos* subdivide-os em tipicamente administrativos e os que têm paralelo no direito privado. São tipicamente administrativos aqueles regidos inteiramente pelo direito público, sem paralelo no direito privado. São exemplos a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público. Os que têm paralelo no direito privado são regidos pelas normas de direito privado, mas também por normas de direito público. São exemplos: mandato, empréstimo, depósito, empreitada.³⁵

Tal diferenciação, embora usual dentre os juristas, apresenta entendimentos controversos, com autores que não reconhecem a existência de contratos privados da Administração, a exemplo de Lúcia Valle Figueiredo, que afirma:

Consoante pensamos, *inexistem contratos privados da Administração*. Adotamos, pois, a posição do Prof. Gordillo, do Prof. Brewer-Carías, como já assinalado, e também a posição do Prof. Dromi, e ainda, lembramos a lição de Sérgio Ferraz. Existem – isto, sim – *contratos da Administração Pública* ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora de Direito Privado.³⁶

Embora se entenda que tais diferenças efetivamente existem, e sejam objeto de estudo de muitos juristas, tal discussão torna-se despicienda para o presente estudo frente à previsão legal existente no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a legislação vigente engloba ambas as hipóteses contratuais sob a

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 587.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 245.

³⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

denominação de *contratos*, para os efeitos de aplicabilidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dispõe a Lei nº. 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único:

Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Tal entendimento, pela abrangência de ambas as espécies pela legislação, é compartilhado por diversos autores.

Luiz Alberto Blanchet ressalta que:

[...] por imposição da própria lei, as normas referentes à alteração dos contratos, por exemplo, são aplicáveis tanto aos contratos tipicamente administrativos, como também àqueles que, embora de direito privado, são celebrados pela Administração Pública.³⁷

Mais adiante, após analisar dispositivos da Lei nº. 8.666/93, assevera:

[...] o legislador acabou imprimindo ao contrato de direito privado celebrado pela Administração, características peculiares, e até há pouco exclusivas, dos contratos administrativos, pois os incisos do art. 65 fornecem elementos para a delimitação das cláusulas regulamentares e financeiras, características dos contratos administrativos por natureza.³⁸

E complementa:

Temos, portanto, hoje em nosso Direito, duas espécies de contratos administrativos o que coincide com as definições de Berçaitz: contratos administrativos por natureza e contratos administrativos por imposição legal. Em verdade, quando distribuimos as duas figuras em duas espécies, estamos procurando manter a fidelidade com a visão jurídico-científica porquanto, a rigor, em termos meramente práticos, inexistente qualquer distinção entre ambos, já que estão submetidos às mesmas normas da Lei 8.666/93.³⁹

Lúcia Valle Figueiredo, analisando sob o ponto de vista da jurisdição, afirma:

³⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual., Curitiba: Juruá, 2005, p. 110.

³⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual., Curitiba: Juruá, 2005, p. 111.

³⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual., Curitiba: Juruá, 2005, p. 111.

No Direito Brasileiro não há grande importância em separar contratos administrativos e contratos privados da Administração, pois todos vão se submeter a única jurisdição. É dizer: como não temos dualidade de jurisdição, e sim jurisdição única, quaisquer problemas existentes nos contratos da Administração serão resolvidos perante o Poder Judiciário.⁴⁰

Assim, seja pela ausência de dois sistemas (contencioso administrativo e judiciário), seja pela abrangência do texto legal, há de se reconhecer que os contratos firmados pela administração, embora possam se valer por vezes de regras do direito privado, sempre estarão sujeitos à normatização específica e trarão como características, em maior ou menor grau, o binômio prerrogativas da Administração – direitos dos administrados.

3.1 PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

O regime jurídico-administrativo ao qual estão vinculados os contratos administrativos traz a possibilidade da utilização, pela Administração, das chamadas cláusulas exorbitantes, derogatórias, administrativas ou prerrogativas.

A denominação decorre da concepção da teoria do contrato administrativo, que utilizou como modelo a teoria do contrato privado. Verificou-se que nem todos os preceitos do contrato privado tinham aplicação no contrato administrativo. Assim a denominação de cláusulas exorbitantes se dá porque tais preceitos excediam da órbita do direito privado. A denominação de cláusulas derogatórias se deve pelo fato das mesmas substituírem ou derogarem normas do direito privado. São ainda chamadas cláusulas administrativas por serem típicas dos contratos administrativos.

Tais prerrogativas representam verdadeiros escudos legais. São estipulações explícitas ou implícitas, existentes no contrato ou na lei, que permitem ao Poder Público interferir nos ajustes firmados.

No entender de Hely Lopes Meirelles:

[...] excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde

⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.⁴¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma diferenciação entre as cláusulas exorbitantes, dividindo-as em dois grupos: aquelas que não são comuns nos contratos entre particulares e aquelas que seriam ilícitas nos contratos particulares.⁴² As primeiras, incomuns, são aquelas não usuais nos contratos particulares, mas que podem existir, desde que previstas expressamente nesses contratos. Estão abarcadas pelo princípio da autonomia da vontade e têm validade desde que não violem disposição legal. São exemplos dessa categoria a cláusula que permite a uma das partes alterar unilateralmente o contrato, a cláusula que permite a rescisão unilateral do contrato antes do prazo estabelecido para seu termo, a cláusula que dá a uma parte o poder de fiscalizar o contrato e a que possibilita exigir caução.⁴³ As segundas, tidas por ilícitas em contratos particulares, seriam aquelas que atribuiriam a uma das partes contratantes poder de império. Violariam a lei posto que esta é uma prerrogativa exclusiva da Administração. Como exemplos pode-se citar a responsabilização do contratado, a aplicação unilateral de penalidade e a retomada da concessão sem a interveniência judicial. Tais atos têm como característica a executoriedade, típica de certos atos administrativos e que não seriam válidos se conferidos ao particular.⁴⁴

São exemplos de prerrogativas da Administração ou de cláusulas exorbitantes, as elencadas no art. 58 da Lei nº. 8.666/93⁴⁵, (modificação unilateral do contrato para adequação às finalidades de interesse público, rescisão unilateral,

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 197.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 246.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 246.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 246.

⁴⁵ Lei nº. 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

fiscalização da execução, aplicação de sanções pela inexecução total ou parcial e ocupação provisória, em casos de serviços essenciais), além de outras esparsas na lei (ex: alterações quantitativas e qualitativas do objeto, exigência de prestação de garantia nas contratações, retomada do objeto, retenção de créditos decorrentes do contrato, exceção do contrato não cumprido).

Considerando que a utilização dessas prerrogativas ou cláusulas exorbitantes é objeto deste estudo, mostra-se relevante uma análise das principais dessas prerrogativas.

3.1.1 Alteração unilateral do contrato

Os contratos administrativos podem ser alterados pelas formas tradicionais, aplicáveis aos contratos em geral, ainda de modo bilateral, ou por imposição judicial. Para efeitos desse estudo, abordar-se-á apenas a alteração unilateral do contrato, representativa de uma prerrogativa da Administração.

Tal prerrogativa, em nosso ordenamento jurídico, está positivada na legislação federal que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos.⁴⁶ Por ser preceito de ordem pública não pode ser previamente renunciado pela Administração, segundo Hely Lopes Meirelles.⁴⁷

O embasamento para tal prerrogativa é assegurar à Administração a possibilidade de organizar obras e serviços públicos como verdadeiro dono.

Em decorrência de seu conteúdo, podem ser alteradas unilateralmente as cláusulas regulamentares, o que não se permite quanto às cláusulas econômicas.

Além dessa limitação, relevante ressaltar que não pode a Administração implantar alterações unilaterais ao seu livre arbítrio e de forma absoluta.

O contrato administrativo, salvo raras exceções, é precedido de licitação na qual a Administração, de forma discricionária, fixa seu objeto, valor, forma de

⁴⁶ Lei nº. 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 198.

execução e estabelece as exigências para participação do certame. Depois de cumpridas todas essas etapas e de apresentar a melhor proposta nos termos impostos pela Administração, não pode haver alteração contratual sem respeitar os direitos do particular.

Por isso mesmo que a alteração está condicionada a certas hipóteses e limites legais.⁴⁸ Estas alterações pressupõem eventos ocorridos ou conhecidos apenas após a contratação.⁴⁹ Se os motivos eram conhecidos antes da contratação, pode ser nula tal alteração. Marçal Justen Filho traz, ao lado dessa, outras hipóteses de nulidade da alteração: a) quando desmotivada; b) quando fundada em motivo já existente (e conhecido) em data anterior à da contratação; c) quando fundada em motivo inexistente e d) quando desproporcionada ao motivo invocado.⁵⁰

Portanto, não há total discricionariedade da Administração para alteração unilateral do contrato, uma vez que está restrita a certas hipóteses e limites. Para reconhecer tais hipóteses é relevante a diferenciação entre as cláusulas regulamentares e econômicas do contrato.

3.1.1.1 Cláusulas regulamentares e econômicas

As cláusulas regulamentares, também denominadas de cláusulas de serviço, são as que regulamentam o objeto da contratação e sua forma de execução. As cláusulas econômicas inseridas nos contratos administrativos são as que estabelecem a relação entre os encargos do contratado e sua remuneração.

⁴⁸ A Lei nº. 8.666/93 prevê, em seu art. 65, inc. I, as hipóteses de alteração unilateral do contrato pela Administração, limitando-as a: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela lei. Os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo trazem os limites que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, de acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras. Até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. O parágrafo segundo reza que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os mencionados limites, salvo se as supressões forem resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

Em decorrência de suas características estarão elas sujeitas ou não às alterações unilaterais promovidas pela Administração, uma vez que as cláusulas regulamentares são passíveis de alteração unilateral pela Administração, ao passo que as cláusulas econômicas não, em decorrência da intangibilidade da equação econômico-financeira do ajuste.

3.1.2 Rescisão unilateral do contrato

Os contratos administrativos podem ser rescindidos de forma unilateral pela Administração, de forma bilateral, por acordo entre as partes ou por determinação judicial. Aborda-se, no presente estudo, apenas a rescisão unilateral do contrato administrativo, representativa de uma prerrogativa da Administração.

A rescisão unilateral, também chamada de rescisão por ato unilateral ou rescisão administrativa, pode ocorrer por diversos fundamentos. Os autores propõem diversas classificações. Adota-se a proposta de Odete Medauar: a) por inexecução total ou parcial, ou por fatores impeditivos ou prejudiciais à execução; b) por razões de interesse público.⁵¹

Os casos de inexecução total ou parcial são previstos nos incisos I a VIII do art. 78 da Lei nº. 8.666/93, a saber: I - não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a

⁵¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 222.

sua execução, assim como as de seus superiores; VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução;

Os fatores exteriores, impeditivos ou prejudiciais à execução, motivadores da rescisão unilateral são trazidos nos incisos IX a XI, XVII e XVIII, a saber: IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato; XVIII - descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, ou seja, se o contratado empregar, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 18 (dezoito) anos e em qualquer trabalho, menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

A rescisão unilateral fundamentada nas hipóteses previstas nos incisos antes citados poderá acarretar, ainda: a) a aplicação das sanções previstas no contrato e na legislação; b) além disso, se for o caso, a assunção imediata, pela Administração, do objeto do contrato; c) a ocupação e uso do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução, necessários à sua continuidade, hipótese que demandará autorização expressa do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso; d) a execução da garantia para ressarcimento da Administração e pagamento das multas e indenizações devidas; e e) a retenção dos créditos decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados.

Por razões de interesse público, a rescisão unilateral tem expressa previsão no inciso XII do art. 78 da Lei nº. 8.666/93.⁵² Traz como motivação razões de interesse público, de alta relevância a amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato. É relevante esclarecer que, nesse caso, não existe qualquer inadimplemento do contratante, que continua cumprindo regularmente suas obrigações. A Administração rescinde o contrato por constatar que, por mais que o

⁵² Lei nº. 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

...

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

contratado cumpra o avençado, o interesse público não resta satisfeito. A hipótese traz a obrigatoriedade de observância de razão de alta relevância e amplo conhecimento. Marçal Justen Filho defende que, embora notória a dificuldade de definir o sentido de *alta relevância*, a Administração não pode ignorar sua existência. Está obrigada “a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses cuja relevância não é a usual”.⁵³ A situação deverá, ainda, ser de *amplo conhecimento*, ou seja, não poderá existir qualquer dúvida acerca do risco existente.

3.1.3 Não invocação da exceção do contrato não cumprido

Inicialmente cumpre esclarecer o que se entende por exceção do contrato não cumprido, ou *exceptio non adimpleti contractus*. Figura típica do Direito Privado, é a faculdade que se dá a uma parte de alegar que deixa de cumprir suas obrigações contratuais, motivada pelo descumprimento das obrigações contratuais pela outra parte.

Na teoria clássica do contrato administrativo não se permitia ao contratado invocar o descumprimento do contrato, pela Administração, para eximir-se do cumprimento de suas obrigações.⁵⁴ Tal entendimento se embasava no princípio da continuidade do serviço público, que impediria a interrupção do atendimento, pelo particular, a bem do interesse público.

A possibilidade de invocação da exceção do contrato não cumprido passou a ser admitida aos poucos pelos autores⁵⁵ e pela legislação. A Lei nº. 8.666/93 contempla hipóteses nas quais o particular pode invocar a exceção do contrato não cumprido. Tais hipóteses, listadas nos incisos XIV, XV e XVI do art. 78 da citada Lei são: XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 574.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 213.

⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 556-557, nota n. 60; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 601.

indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.

Nos casos dos incisos XIV, XV e XVI do art. 78 da Lei nº. 8.666/93, se o contrato for restabelecido, deve ser revista a equação econômico-financeira do mesmo. Na hipótese de ser rescindido, caberá indenização ao contratado.⁵⁶

Contudo, ainda que admitida e expressamente prevista em alguns dispositivos legais, a invocação da exceção do contrato não cumprido não é absoluta, pois ainda remanescem em outros dispositivos previsões em sentido contrário.⁵⁷

Ademais, ainda que expressamente prevista, a utilização de tal prerrogativa não é imediata, estando o particular atrelado ao pedido e reconhecimento, pelo Judiciário, do direito de descontinuar a execução do contrato.

⁵⁶ Lei nº. 8.666/93:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

...

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

⁵⁷ Lei nº. 8.666/93:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

...

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

3.1.4 Fiscalização

Outra cláusula exorbitante nos contratos administrativos é o direito conferido à Administração de fiscalizar a execução do contrato. Mais que um direito é também um dever⁵⁸ da Administração acompanhar e fiscalizar a integral e perfeita execução contratual.

Para tanto a Administração designa um representante que poderá determinar o que for necessário para a regularização de faltas e defeitos observados, sob pena de rescisão unilateral do contrato.⁵⁹

O contratado deverá manter no local da obra um preposto, aceito pela Administração, para representá-lo.⁶⁰

A fiscalização efetuada pela Administração, ou a possibilidade de sua realização, não reduz nem exclui a responsabilidade do contratado por danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, ocasionados por sua conduta dolosa ou culposa.⁶¹

3.1.5 Imposição de sanções

A imposição e execução de sanções de natureza administrativa é uma prerrogativa da Administração que não está condicionada ao reconhecimento ou

⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131.

⁵⁹ Lei nº. 8.666/93:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

⁶⁰ Lei nº. 8.666/93:

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

⁶¹ Lei nº. 8.666/93:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

pronunciamento de outro poder ou órgão. Decorre da auto-executoriedade dos atos administrativos.⁶²

Se por um lado representa uma prerrogativa da Administração, por outro representa também um dever, posto que a omissão da aplicação de uma sanção pode resultar em responsabilização, inclusive dando ensejo a ação popular.

As sanções aplicáveis pela Administração são as previstas em contrato ou em lei e devem guardar proporcionalidade com a gravidade do fato. São passíveis de aplicação: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, e após o apenado ressarcir a Administração pelos prejuízos causados.⁶³

3.1.6 Ocupação provisória de bens e serviços

A Administração, nos casos de serviços essenciais, poderá ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Tal possibilidade é assegurada nos casos onde houver necessidade de dar continuidade a serviços paralisados, em perigo de perecimento ou de desvirtuamento de seu objeto.⁶⁴ Será cabível, também, na hipótese da necessidade

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 502.

⁶³ Lei nº. 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132.

de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais cometidas pelo contratado.

Na hipótese de rescisão unilateral do contrato administrativo ocorrerá a retomada do objeto do contrato pela Administração.⁶⁵

3.1.7 Exigência de garantias

A exigência de garantias ao cumprimento das estipulações contratuais é mais uma prerrogativa típica da Administração. Isto porque, diferentemente das estipulações entre particulares, onde a garantia é prevista por acordo entre as partes, nos contratos administrativos tal exigência ficará a critério da autoridade competente. Portanto, embora a Administração não seja obrigada a exigir garantias, uma vez decidida sua apresentação, passa a ser obrigatória aos particulares.⁶⁶

Apresenta-se como obrigatória a apresentação de garantia quando o valor global da proposta vencedora da licitação for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º do art. 48 da Lei nº. 8.666/93⁶⁷, a saber: média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração, ou, o valor orçado pela

⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132.

⁶⁶ Lei nº. 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

⁶⁷ Lei nº. 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

...

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

Administração. Nesses casos será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º. do art. 56.

A modalidade de garantia a ser apresentada é de livre escolha do particular, dentre caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.⁶⁸

O montante não será superior a 5% (cinco por cento) do valor contratual, salvo em caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, onde o limite poderá ser elevado a até 10% (dez por cento).⁶⁹ Ainda, nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, situação em que ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.⁷⁰

A garantia é devolvida ao final do contrato, quando do cumprimento do mesmo.⁷¹ Na hipótese de rescisão contratual por motivo atribuível ao contratado, a Administração poderá reter a garantia para cobrar os prejuízos, indenizações e multas devidos. Tal medida é auto-executória e independe de recurso ou pedido ao Poder Judiciário.⁷²

⁶⁸ Lei nº. 8.666/93, art. 56:

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

⁶⁹ Lei nº. 8.666/93, art. 56:

...

§ 2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

⁷⁰ Lei nº. 8.666/93, art. 56:

...

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

⁷¹ Lei nº. 8.666/93, art. 56:

...

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 256.

3.2 DIREITOS DO ADMINISTRADO

Em contrapartida às prerrogativas, impõem-se sujeições à Administração, que visam garantir os direitos dos administrados.

Assim, as prerrogativas inerentes à Administração encontram limites à sua utilização nas garantias inatacáveis dos particulares que com ela contratam. As mais relevantes referem-se à inalterabilidade do objeto do contrato e os interesses patrimoniais que levam o particular a firmar o contrato, destes destacando-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o recebimento do preço avençado, o que é resguardado pela vedação de enriquecimento sem causa e a obrigação do Estado não apenas pelos contratos válidos, mas também pelos contratos inválidos ou inexistentes.

3.2.1 Equilíbrio econômico-financeiro

Ao verificar as condições para celebrar contratos com a Administração o particular analisa uma série de elementos que, ponderados com os custos e a capacitação para cumpri-los, serão relevantes, senão indispensáveis à decisão pela participação no certame que culminará na contratação ou a aceitação da proposta de contratação formulada pela Administração, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. São de vital importância os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório ou contrato; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento, entre outros.

A mesma lógica se aplica quanto à remuneração. Todas as circunstâncias concernentes à remuneração são importantes, tais como prazos e forma de pagamento, além do valor da remuneração que determinará, ao final, a margem de ganho no futuro contrato. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.⁷³

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 528.

Verifica-se, à época da contratação, todos esses elementos que demonstrarão, na oportunidade, a relação entre receitas e despesas e os ganhos esperados pelo contratante.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/93, art. 65, II, "d", e § 6º).⁷⁴

As condições oferecidas para contratação geram expectativas no contratado de que será remunerado nas condições propostas, pelo desempenho de suas atividades.

A relação ou equilíbrio econômico-financeiro deverá ser mantido durante toda a contratação, devendo ser revisto em caso de rompimento. Nessa hipótese, ressalta Marçal Justen Filho:

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade. A Administração pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar: - ausência de elevação dos encargos do particular; - ocorrência de evento antes da formulação das propostas; - ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado; - culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).⁷⁵

Depreende-se que não são todas as alterações contratuais que ensejam a revisão a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

A ocorrência de eventos ordinários, decorrentes da álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio é um risco que todo empresário corre, resultante das incertezas do mercado. Daí que “sendo previsível, por ele

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 165.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 530.

responde o particular".⁷⁶ Portanto, nessa hipótese, não há que se pleitear restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Para embasar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro faz-se necessária a ocorrência de eventos extraordinários e estranhos à relação contratual.⁷⁷ Tais eventos extraordinários são divididos em álea econômica e álea administrativa.

3.2.1.1 Álea econômica e álea administrativa

A álea econômica é aquela que corresponde a fatos globalmente considerados, conjunturais, naturais, cuja origem é desconhecida, tais como as crises econômicas, desastres naturais e oscilações de câmbio.

A álea econômica é aquela que dá ensejo à aplicação da teoria da imprevisão, que no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.⁷⁸

Romeu Felipe Bacellar Filho recorda que as hipóteses de força maior e caso fortuito ensejam a aplicação da teoria da imprevisão. A primeira porque, embora possa ser previsível, impede uma reação das pessoas, é irresistível. A segunda porque é imprevisível, e, por isso mesmo, inevitável.⁷⁹

São requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja: a) imprevisível quanto à sua ocorrência ou às suas conseqüências; b) estranho à vontade das partes; c) inevitável; d) cause desequilíbrio muito grande no contrato.⁸⁰

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 264.

⁷⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 268.

⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 270.

Tais ocorrências constam expressamente na Lei de Licitações e Contratos Administrativos como autorizadas da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁸¹

A álea administrativa abrange três modalidades:

A primeira decorre do poder de alteração unilateral do contrato administrativo para atendimento do interesse público, caso em que a Administração deverá restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido (art. 58, I, e art. 65, § 6º, da Lei nº. 8.666/93).⁸²

Essa alteração terá limites quantitativos⁸³ e qualitativos⁸⁴ também impostos por lei.

A segunda refere-se ao fato do príncipe, determinações estatais de ordem geral (lei ou ato normativo), imprevistas, não relacionadas diretamente com o

⁸¹ Lei nº. 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

II - por acordo das partes:

...

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

⁸² Lei nº. 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

⁸³ Lei nº. 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

⁸⁴ Lei nº. 8.666/93

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. A Administração, ao praticar o ato com reflexos no contrato, não age como parte no contrato.

Ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho que, se for possível a revisão da cláusula atingida, o contrato deverá ser readequado, compensando integralmente os prejuízos do particular que seguirá a execução contratual. Contudo, se a adequação for impossível ou inviável, o contrato deverá ser rescindido.⁸⁵

A terceira modalidade refere-se ao fato da Administração, que compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico.

Nesse caso o fato da Administração pode causar uma paralisação ou suspensão temporária da execução do contrato ou uma paralisação definitiva, autorizando o particular em determinados casos a invocar a exceção do contrato não cumprido, ainda que em caráter de excepcionalidade, caso em que o inadimplemento do particular será escusável, o que o livrará de sanções administrativas pelo descumprimento contratual. Poderá ainda resultar no desequilíbrio econômico-financeiro, trazendo ao contratado o direito à recomposição.

Como exemplos, têm-se os fatos descritos no art. 78, XIV, XV e XVI, da Lei 8.666/93, que ensejam para o particular direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e, em havendo rescisão, direito a indenização prevista no art. 79, § 2º.⁸⁶

⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128.

⁸⁶ Lei nº. 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

...

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

3.2.2 Vedação do enriquecimento sem causa

Milita em favor dos administrados a vedação do enriquecimento sem causa.

Por enriquecimento sem causa entende-se o aumento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que haja para tanto uma causa juridicamente idônea.

A vedação do enriquecimento sem causa constitui um princípio geral de direito, representando um valor jurídico de primeira grandeza a ser resguardado. Nesse sentido, relatam Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández:

[...] los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la consciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones.⁸⁷

Assim, sendo a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio geral de direito cuja aplicabilidade não é restrita apenas ao direito público ou privado, por certo que também se aplica ao Direito Administrativo e às contratações mantidas pela Administração com os particulares.

Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, ao analisarem as hipóteses nas quais o particular desenvolve atividade de proveito coletivo sem o cumprimento de formalidades pré-contratuais ou contratuais, apontam os requisitos necessários à caracterização do enriquecimento sem causa:

[...] o problema só adquire relevância se presentes os seguintes dados: a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; c) relação de nexo

...

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

⁸⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, reimpressão da 3. ed., v. I. Madrid: Civitas, 1981, p. 400.

entre um e outro dos fenômenos acima apontados; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos.⁸⁸

E adiante defendem que se a Administração não se opôs à atividade, restou caracterizado o consentimento tácito em sua realização, hipótese em que ficará obrigada a indenizar seu autor, se impossível ou inconveniente a restauração ao *status quo ante*.⁸⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da matéria, recorda que o Direito Brasileiro incorpora a moralidade administrativa como princípio constitucional de observância obrigatória da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de quaisquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, *caput*). Daí extrai que não se pode imaginar que a Administração se locuplete à custa dos particulares, dando ensejo ao enriquecimento sem causa. Por ser um princípio geral do Direito, o particular deve ser indenizado pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica seja irregular ou sem observância de qualquer formalidade, desde que o Poder Público tenha consentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita.

E conclui o citado autor que:

[...] a regra geral, que o princípio retor na matéria, evidentemente é - e não pode deixar de ser - o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. Logo, para ser excepcionado, demanda o concurso de sólidas razões em contrário, quais sejam: a prova, a demonstração robusta e substancial de que o empobrecido obrou com má-fé, concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida. É que, em tal caso, haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu. Fora daí, entretanto, seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial decorrente de relação jurídica travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica, mas só depois considerada inválida.⁹⁰

Marçal Justen Filho complementa o raciocínio ao comentar que, ao se vedar o confisco de bens por parte do Estado, torna-se descabida a possibilidade de apropriação de bens e direitos de particulares sem a contraprestação estatal. E vai

⁸⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa de licitação**. 3. ed., São Paulo: RT, 1980, p. 95-96.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa de licitação**. 3. ed., São Paulo: RT, 1980, p. 101-102.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 2, maio, 2001, p. 10-11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 07.12.2007.

além ao afirmar que a eventual invalidade do ato jurídico que levou o particular a realizar prestações em benefício do Estado não tem o condão de legitimar o enriquecimento sem causa. Daí a se concluir que caberá a restituição do equivalente ao que o particular executou, ou, em sendo isso impossível, a solução recairá em indenização pelo correspondente.⁹¹

3.2.3 Obrigação do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes

Outra garantia em favor dos administrados é a responsabilidade da Administração pelos atos inválidos.

Inicialmente cumpre trazer a posição da doutrina brasileira, no tocante aos atos administrativos inválidos, utilizando-se da análise de Celso Antônio Bandeira de Mello, que sintetizou as três diferentes teorias sobre a matéria.⁹²

A primeira posição congrega autores que entendem que o vício sempre acarreta a nulidade do ato, como defende Hely Lopes Meirelles.⁹³

A segunda reúne autores como Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que sustentam que a distinção entre atos nulos e anuláveis, observada no Direito Civil, aplica-se ao Direito Administrativo.

A terceira posição defende haver uma distinção entre atos nulos, anuláveis e irregulares, teoria essa sustentada por Seabra Fagundes, que aduz que a distinção do Direito Privado quanto aos atos nulos e anuláveis não encontra equivalência no Direito Administrativo, de sorte que a gravidade do vício deve ser apurada concretamente em face da repercussão sobre o interesse público.

Ponto comum é que as três teorias negam relevância jurídica aos atos inexistentes, que equivaleriam aos atos nulos.

Adota-se para fins desse trabalho o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que acompanha a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello no que

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 507.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 444-445.

⁹³ Hely Lopes Meirelles afirma inexistir, em Direito Público, a distinção entre atos nulos e anuláveis. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1992, p.156.

concerne à existência de atos nulos e anuláveis no âmbito do Direito Administrativo, acrescentando, porém, que há atos denominados *inexistentes*, cuja gravidade é de tal ordem que jamais prescrevem e não podem ser objeto de conversão.

Assim, são inexistentes os atos que se encontram fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo direito. Consistem em condutas criminosas “ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.”⁹⁴

São nulos os atos que carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais. São os atos eivados de nulidade absoluta, não passíveis de convalidação, fulminados em juízo *ex officio* ou sob provocação do Ministério Público. Prescrevem *longi temporis*.

Os anuláveis são aqueles que se constituem com desobediência a certos requisitos legais que não atingem a substância do ato, mas sim a sua eficácia, tornando-os inaptos a produzir os efeitos que normalmente lhes deveriam corresponder. Padecem de nulidade relativa. São passíveis de convalidação. Dependem de argüição judicial dos interessados. Prescrevem *brevi temporis*.

Quanto aos efeitos, relata Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis, não *deveriam* ser produzidos. Por isto não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. Podem produzi-los, até mesmo *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém os impugnar. É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos *nulos* e os *anuláveis*, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos.⁹⁵

No que concerne à invalidação dos atos administrativos, entende o mesmo autor necessária uma distinção das situações concretas:

Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações; (a) casos em que a invalidação do ato ocorre *antes de o administrado incorrer*

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 446.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 455-456.

em despesas suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável.

(b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, *já desenvolveu atividade dispendiosa*, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, *se o administrado estava de boa fé e não concorreu para o vício do ato fulminado*, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas, como, *a fortiori*, hão de ser respeitados os efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se, também que, se o administrado está a descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderia eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.⁹⁶

Destarte, salvo os casos em que o administrado atuou com dolo, imbuído de *má-fé*, visando iludir a Administração induzindo-a a supor que praticava ato jurídico sem vício e correto; ou ainda nos casos onde concorreu com agentes administrativos para conjuntamente fraudarem o Direito, não se pode admitir que a invalidação acarrete enriquecimento sem causa do Poder Público e um conseqüente empobrecimento do administrado. No sentido de resguardar os interesses dos particulares que confiaram nas promessas da Administração Pública e com ela contrataram, na expectativa de que não seriam lesados nessa relação, há previsão legal referente à responsabilidade da Administração, ainda que em casos de nulidade do contrato administrativo.⁹⁷

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 457-458.

⁹⁷ Lei nº. 8.666/93:

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.

4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS - TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Inicialmente cumpre buscar o significado de *princípio*. O significado não jurídico traz diversas acepções do vocábulo, restando como elemento comum a idéia de que *princípio* está sempre ligado a ponto de partida.⁹⁸

No âmbito jurídico José Joaquim Gomes Canotilho entende que *princípios*:

[...] são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios.⁹⁹

José Cretella Neto entende que toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturações e desenvolvimentos subseqüentes dessa ciência.¹⁰⁰

Pelas menções nesse estudo, importante ainda compreender o que se entende por princípios jurídicos fundamentais.

Para Juarez Freitas princípios fundamentais são:

[...] os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais

⁹⁸ O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa traz o seguinte ao tratar do vocábulo princípio: Princípio. [Do lat. *Principiu.*] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem;... 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei; 5. *P. ext.* Base; germe:...6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc. Cf. *princípio*, do v. *principiar.*] ~ V. *princípios*.

E ao tratar do vocábulo “princípios” traz:

Princípios. S. m. pl. 1. Rudimentos. 2. Primeira época da vida. 3. Bibliogr. V. *folhas preliminares*. 4. *Filos.* Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado. ~ V. *princípio*. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. ed. rev. e aumentada. 16. imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49.

¹⁰⁰ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.¹⁰¹

Em outra obra o mesmo autor sustenta que tais princípios fundamentais são “os princípios de estatura constitucional, norteadores das relações de administração pública” e complementa:

[...] encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expreso, embora alguns se mostrem desvendáveis somente por inferência ou por desenvolvimento interpretativo. Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como os máximos vetores teleológicos para aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios).¹⁰²

A propósito da menção a normas, regras e princípios mostra-se relevante trazer a diferenciação sobre tais conceitos, posto ser recorrente o questionamento se são termos equivalentes.

Como já demonstrado, princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas. Formam a base de normas jurídicas, e podem ou não estar positivados.¹⁰³

Suas funções primordiais são orientar o legislador na elaboração de leis justas e possibilitar a correta interpretação da lei pelo julgador na solução dos conflitos de interesse.

Em caso de conflito entre dois ou mais princípios, entende Norberto Bobbio inexistir antinomia em sentido próprio. Nenhum dos princípios é excluído do ordenamento jurídico. Há uma conjugação dos valores, ou, na hipótese de não ser isso possível, deve-se optar pela aplicação de um dos princípios no caso concreto. Nesse caso a justificativa é prioritariamente de ordem política e social, em detrimento da jurídica.¹⁰⁴

Esclarece Almiro do Couto e Silva que:

[...] os princípios meramente indicam caminhos para soluções que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles

¹⁰¹ FREITAS, Juez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

¹⁰² FREITAS, Juez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991, p. 91-97.

são comparados e sopesados a fim de que se apure com que “peso” ou em que “medida” deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio em outro.¹⁰⁵

Ao tratar de normas, José Afonso da Silva expressa serem esses preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a possibilidade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem. Por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.¹⁰⁶

Juarez Freitas defende que as normas estritas ou regras podem ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Portanto, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento.¹⁰⁷

Ao comentar sobre a relação dos princípios com as normas jurídicas, Norberto Bobbio ensina que os princípios gerais são normas como todas as demais, observando, contudo, que podem ser expressos ou não-expressos. Os não expressos são

[...] aqueles que se podem tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.¹⁰⁸

¹⁰⁵ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 21. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 27.02.2007.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 85-86.

¹⁰⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991, p. 159.

Almiro do Couto e Silva traduz o entendimento de Alexy, sobre as diferenças entre princípios e regras, *verbis*:

Ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam, tanto quanto possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas, sejam realizadas na maior medida. Princípios são, pois, *comandos de otimização*, os quais se caracterizam por poderem ser atendidos em distintos graus e que a medida do seu preenchimento depende não apenas das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é definido pela combinação de princípios e regras.¹⁰⁹

Importante ressaltar, ainda, a classificação tripartite das normas jurídicas proposta por Humberto Ávila, com a divisão em postulados, regras e princípios. Segundo o autor, postulados seriam “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”.¹¹⁰

Quanto aos princípios, seriam:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹¹¹

E por fim as regras consistiriam em:

[...] normas imediatamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.¹¹²

¹⁰⁹ ALEXY, Robert apud COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia n. 2, abr./jun., 2005, p. 21. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

¹¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

Dessa feita é possível concluir, com base nos estudos de Humberto Ávila, que as regras quanto ao aspecto de temporalidade, estariam voltadas para disciplinar um momento ocorrido no passado enquanto os princípios fixariam soluções ideais a serem alcançadas no futuro.

Relevante traçar, ainda, a conceituação de sobreprincípio e subprincípio, que, embora não representem categorias autônomas, serão utilizadas nesse trabalho.

Sobreprincípio consiste numa noção peculiar de alguns princípios, por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos.¹¹³ Nessa espécie de princípios há uma “conjugação hermenêutica de diversos outros subprincípios que são conformados e, ao mesmo tempo, dão conformação ao sobreprincípio que se posta sobre eles”.¹¹⁴

Os subprincípios, por sua vez, têm fins mais restritos e são conjugados com os sobreprincípios, que têm fins mais amplos, o que possibilitará uma melhor compreensão dos fins de cada subprincípio.

Todo o estudo sobre as normas e os princípios visa auxiliar na compreensão dos diversos princípios que se encontram em estreita correlação com o princípio da proteção à confiança.

4.2 CONFIANÇA

A confiança é estudada em diversos ramos do conhecimento. Na economia é considerada elemento básico de um dos ramos mais modernos da doutrina econômica: a chamada Nova Economia Institucional. Segundo tal doutrina o desenvolvimento econômico de uma sociedade é ditado pelo modo de ser de suas instituições. São estas essenciais para o desenvolvimento social porque norteiam as relações de cooperação entre os indivíduos, posto que reduzem a chamada insegurança estratégica, essa entendida como a “condição em que se encontra um

¹¹³ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

¹¹⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 39.

indivíduo diante de uma situação cujas conseqüências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos”.¹¹⁵

Daí resulta que, quanto maior o grau de insegurança estratégica, menor a cooperação entre os indivíduos. Conseqüentemente, quanto maior o grau de confiança na conduta de outrem, maior o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento da sociedade. Portanto, cabe às instituições, inclusive os canais reconhecidos de expressão do direito, como a jurisprudência e a doutrina, a função de reduzir a insegurança e promover a confiança, de modo a melhorar a eficiência e desenvolvimento da sociedade.

Juarez Freitas comenta o fenômeno e suas conseqüências para o país:

De fato, uma das tantas lições trazidas por sucessivas crises na área de infra-estrutura reside no papel inestimável da confiabilidade para viabilizar projetos improtáveis. A perversa instabilidade e a sucessão de planos econômicos, culminando no sinistro bloqueio monetário, assemelham-se, no plano do imaginário social, a golpes truculentos do Estado, ainda que em miniatura. A depreciação da confiança acarreta, entre outros efeitos, uma fantástica dificuldade para encontrar fontes de custeio da dívida pública e para reduzir juros e entusiasmar investimentos menos voláteis, que demandam prazos maiores para a devida amortização. Em cenário distinto, havendo fidúcia, dívidas públicas imensas podem ser contornadas ou, ao menos, razoavelmente postergadas, mesmo sem lastro algum, exatamente como sucede no caso exemplar do dólar, sem conversibilidade garantida e, no entanto, com tranqüilo curso internacional.¹¹⁶

Relata Judith Martins-Costa que a proteção jurídica da confiança foi inicialmente apontada pela sociologia como fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, cabendo ao sistema normativo a garantia das expectativas geradas nas interações sociais.¹¹⁷

No âmbito do Direito, pode-se dizer que a confiança é um valor jurídico como a ordem, o bem comum, o interesse social e a segurança, dentre outros, que o

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 96.

¹¹⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 96.

ordenamento jurídico busca preservar. Há de se consignar a dificuldade de delimitar confiança, para efeitos jurídicos, o que já foi apontado por Manuel Frada:

[...] a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação de seu âmbito, já de si problemática. Não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica.¹¹⁸

Arnaldo Rizzaro ao discorrer sobre a proteção devida à confiança comenta que:

A ciência do Direito tem por objetivo regular as relações sociais que se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos.¹¹⁹

Jesús González Pérez, ao explicar sobre confiança nas relações com a Administração Pública, traz que:

Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con que nos relacionamos. En el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas la actuación que cabe esperar de una Administración pública respecto de otra o respecto del administrado, o el administrado de la Administración pública.¹²⁰

Esse valor – confiança – deve ser protegido nas relações em geral. Dentre os vários princípios vinculados a essa proteção pode-se citar o da proteção à confiança, da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade, etc.

¹¹⁸ FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

¹¹⁹ RIZZARO, Arnaldo. Teoria da Aparência. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, 1982, p. 222.

¹²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004, p. 67.

4.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Juarez Freitas ao comentar sobre o princípio da proteção à confiança aduz que “parece inequívoco que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidúcia mútua, no plano institucional”.¹²¹

O estudo do princípio da proteção à confiança no Brasil é recente. Presente antes em outras áreas do Direito, especialmente no Direito Consumerista e no Direito Tributário, vem atualmente merecendo maior atenção dos autores de Direito Administrativo, embora não seja comumente objeto de estudos nas obras de Direito Administrativo.¹²²

Considerando que tal princípio representa uma face do princípio da segurança jurídica e que esse, por sua vez decorre do Estado de Direito,¹²³ é possível concluir que, em se tratando de estudo no âmbito do Direito Administrativo, tal princípio exerce influência em todas as atividades estatais.

Pode-se dizer que influi na atividade legislativa do Estado, como no caso da irretroatividade das leis; obediência, na formulação de leis, aos atos jurídicos perfeitos, à coisa julgada e ao direito adquirido; a necessidade de previsão de regras transitórias em casos de alterações significativas de situações jurídicas; a previsão de preservação parcial ou total de efeitos de normas supervenientes julgadas inconstitucionais. Rafael Maffini aponta ainda, num plano mais moderno, a *proibição de retrocesso*, no sentido de criar obstáculos às alterações legislativas que visem mitigar conquistas sociais já adquiridas pela coletividade ao longo do tempo.¹²⁴

Também na atividade jurisdicional repercute o princípio da proteção à confiança. Maior exemplo é a observância da coisa julgada. Pode-se trazer, ainda, os efeitos vinculantes de decisões do STF como demonstração da previsibilidade da atividade jurisdicional do Estado.

¹²¹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

¹²² Destacam-se no estudo da matéria Almiro do Couto e Silva, Rafael Maffini e Odete Medauar. Judith Martins-Costa, depois de iniciar estudos sobre a matéria no âmbito do direito privado, tem se dedicado às pesquisas envolvendo a Administração Pública.

¹²³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 53-55.

¹²⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 31.

E por certo que tal princípio influi sobremaneira nas atividades de administração pública. É nesse âmbito que se desenvolverá o estudo, não se pretendendo adentrar nas atividades legislativa e jurisdicional.

Judith Martins-Costa assinala que o princípio da confiança liga-se fundamentalmente com a) a proteção das expectativas; atuando ainda b) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.¹²⁵

No primeiro aspecto da confiança, como proteção das legítimas expectativas, a autora cita Sylvia Calmes para quem a proteção da confiança indica que “o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, relativamente ao qual ele deve poder dirigir sua confiança”.¹²⁶

Demonstra que essa confiança é uma *confiança adjetivada*, a confiança *legítima*, também chamada expectativa legítima.

Tal qualificativo, *legítima*, aposto à idéia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas.¹²⁷ E explica ainda a autora que:

O termo “legítima” explica AUBRY, aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando “em bom direito”, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao “bom direito” segundo os elementos circunstanciais e contextuais. Assim, por exemplo, declarações pré-contratuais; eventuais peças publicitárias; a destinação do bem; os usos habituais, as informações acaso prestadas; contratos anteriores ou posteriores, ou quaisquer tipos de atos ou de atividades que confirmem o sentido conferido a declarações, pactuações ou a expressões em contextos anteriores ou circundantes, etc.¹²⁸

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 96-97.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97.

É usual encontrar nos trabalhos doutrinários as expressões proteção à confiança, princípio da proteção à confiança legítima, proteção à confiança legítima, proteção substancial da confiança, princípio da confiança do cidadão, etc. Nesse trabalho serão utilizadas tais expressões como sinônimas, salvo em casos onde seja feita expressa menção ou distinção quanto ao significado.

O segundo aspecto da confiança, como *fundamento* e como *fonte* representa no dizer de Judith Martins-Costa, a atribuição, às declarações negociais, de um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico. Assim o declaratório pode retirar da declaração seu conteúdo, conforme os usos e as circunstâncias do caso, e segundo padrões de razoabilidade.¹²⁹

Quanto à eficácia, vinculada ao primeiro aspecto, a expressão princípio da confiança indica a) o limite ao exercício de direito e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada e/ou b) a fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta.¹³⁰

¹²⁹ Comenta a autora: “Já como ‘fundamento’ e explicação da vinculabilidade os negócios jurídicos (‘confiança como fundamento dos negócios’ ou ‘Teoria da Confiança’) a doutrina civilista prende sintetizar uma espécie de ponto de equilíbrio entre a ‘Teoria da Vontade’ e a ‘Teoria da Declaração’. Primeiramente, a declaração passou a ser vista de modo autônomo, adquirindo, aí – como observa MOTA PINTO – quase que um valor equivalente ao que tinham as palavras no formalismo arcaico do Direito Romano. A declaração negocial passou a ser imputado, em suma, um sentido objetivo e geral, isto é, abstratizante. Porém, ‘tamanho formalismo não se compactua com as necessidades sociais, que o Direito visa proteger’.

Assim é que, expurgando também esses excessos passou a ser conferida à declaração negocial um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor ‘objetivo e geral’, sim aquele que o declaratório podia retirar da declaração, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade.

Mesmo então se trata, na verdade, de uma especificação da confiança como proteção das expectativas assinalando MOTA PINTO que, conquanto tenha raízes já nos autores dos finais do séc. XX pela idéia de a responsabilidade do declarante ser ligada à geração de expectativas, constituindo ‘papel fundamental do direito (...) assegurar a proteção de expectativas’”. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97-98.

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 97. Em trabalho anterior a mesma autora já havia afirmado que: “no plano dogmático, a expressão proteção da confiança tem dupla acepção: a primeira como fonte produtora de deveres jurídicos e a segunda como limite ao exercício de direitos e de poderes formativos, diante das legítimas expectativas criadas nos outros pela conduta”. MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas

É inegável a vinculação do princípio da proteção à confiança com uma série de outros princípios gerais de direito e princípios do Direito Público e do Direito Administrativo. Embora seja tratada, às vezes de forma expressa, às vezes de forma tangencial a relação do princípio da proteção à confiança com diversos outros, tais como do Estado de Direito, da segurança jurídica, da boa-fé, da legalidade, da moralidade, da presunção de legitimidade, far-se-á a análise mais detalhada da relação com aqueles julgados mais relevantes no presente estudo, pela proximidade e correlação apresentadas com o princípio sob análise.

4.4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E O ESTADO DE DIREITO

Diz Rafael Maffini que não é fácil conceituar o que seja “Estado de Direito – ou suas variantes histórico-filosóficas ‘Estado Liberal de Direito’, ‘Estado Social de Direito’, ‘Estado Democrático de Direito’, ‘Estado de Justiça de Direito’”.^{131 132}

Contudo, por existir estreita ligação entre o princípio da proteção à confiança e o sobreprincípio do Estado de Direito, faz-se necessário seu estudo.

relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 233.

¹³¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 40.

¹³² Sobre a expressão *Estado de Direito*, ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

“Inicialmente, o Estado de Direito começou por ser caracterizado em termos muito abstractos como ‘Estado da Razão’, ‘Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: O Estado de Direito é um Estado liberal de direito. Contra a idéia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (‘Estado polícia’, ‘Estado gendarme’, ‘Estado guarda-noturno’), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os direitos fundamentais – liberdade e propriedade (*Freiheit und Eigentum*), só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular (doutrina da lei protectora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei).

A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei (*Herrschaft des Gesetzes*) transformando-se em ‘órgão do Estado’. No âmbito da actividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos deviam actuar nos termos da lei (princípio da legalidade da administração) e obedecer a princípios materiais como, por exemplo, o *princípio da proibição do excesso (Übermassverbot)*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 96-97.

Inicialmente deve-se considerar que o Estado de Direito corresponde a uma norma expressa na Constituição.¹³³ Embora com previsão expressa, tem caráter principiológico, sendo reconhecido como um sobreprincípio¹³⁴, dada sua abrangência e sua íntima correlação com diversos princípios¹³⁵, com incidências mais específicas.

Quanto ao conteúdo jurídico de Estado de Direito, relata Rafael Maffini¹³⁶ que, com base em levantamentos realizados no *síte* do Supremo Tribunal Federal, com menção desse sobreprincípio, foram encontradas decisões que apontam para diversos sentidos, assim resumidos: 1) o Estado deve observância à ordem jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional, o que determina a estrita observância do princípio da legalidade nas ações estatais; 2) em decorrência do entendimento anterior, de vinculação do Estado à ordem jurídica, decidiu-se no sentido de estar o Estado sujeito a controle jurisdicional de suas atividades, no que concerne à responsabilidade estatal das atividades prejudiciais a terceiros; 3) O Estado de Direito fundamenta a divisão de poderes; 4) o Estado de Direito pressupõe a efetivação de direitos e garantias fundamentais; 5) o Estado de Direito traz íntima relação com o princípio da segurança jurídica.

Resume o mencionado autor que as decisões do STF que tratam do sobreprincípio Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais:

- a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias individuais; e) segurança jurídica.¹³⁷

¹³³ Constituição Federal de 1988:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

¹³⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

¹³⁵ Diz José Joaquim Gomes Canotilho: "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos do Estado de direito". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

¹³⁶ O autor aponta que até 31.08.2005 foram encontradas 17 ocorrências com a expressão "Estado de Direito" e outras 31 com a expressão "Estado Democrático de Direito", sendo que em vários casos eram coincidentes. MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

¹³⁷ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 45.

Almiro do Couto e Silva defende que o Estado de Direito apóia-se, num aspecto material, nas idéias de “justiça e segurança jurídica”, enquanto no aspecto formal compõe-se de uma série de elementos, dentre os quais se destacam a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão de funções do Estado; c) a legalidade da Administração Pública; d) a proteção da confiança.¹³⁸

Como se depreende da análise trazida, sempre que analisado o significado do sobreprincípio Estado de Direito, resulta na menção ao princípio da segurança jurídica e, por vezes, ao princípio da proteção à confiança.

Isso denota a estreita vinculação entre esses princípios e a finalidade comum de proteção à confiança.

4.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Pela estreita relação entre o sobreprincípio Estado de Direito com o princípio da segurança jurídica (e da relação desse com o princípio da proteção à confiança) torna-se de grande relevância o estudo do princípio da segurança jurídica.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.¹³⁹ E complementa:

[...] a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores

¹³⁸ COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 46.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118. Em sentido contrário, José Roberto Vieira entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no caput do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, 54, p. 98.

conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.¹⁴⁰

Esse princípio, como já apontado por Judith Martins-Costa, apresenta uma série de significados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que são assim sistematizados: a) pelo viés positivo a segurança jurídica está no fundamento da decadência; da prescrição; da preclusão; da coisa julgada; do direito adquirido; do ato jurídico perfeito; da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo; da razão de adstrição às formas processuais; da irretroatividade de lei, quando gravosa ao *status libertatis* das pessoas ou quando mais gravosa a situações consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei; b) pelo viés negativo o STF decidiu que a segurança jurídica não é afrontada diante do rigor probatório para fins de concessão de benefícios a pessoas ou categorias especiais, ao contrário, seria reforçada por tal atitude; e que a segurança jurídica não impede que ato administrativo ou lei nova dê nova conformação a situações jurídicas, desde que resguardado o princípio da legalidade, pois não limita de modo absoluto o poder de conformação do legislador.¹⁴¹

A autora atenta, ainda, que em todos os significados apresentados há algo em comum que é o “valor da permanência ou imutabilidade”.¹⁴²

E explica:

E a permanência constitui-se, com efeito, num valor a ser protegido, pois reflete a **confiança** das pessoas na ordem jurídica considerada como regra do jogo de antemão traçada para ser, no presente e no futuro, devidamente respeitada: sinaliza que essa ordem não permitirá modificações suscetíveis de afetar suas decisões importantes de maneira imprevisível (salvo por razões imperiosas). A permanência constitui, nesse sentido, uma das

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 113. A autora se reporta a levantamento realizado no Ementário Eletrônico do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2003.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 113.

projeções da **confiança legítima**, garantindo o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público.¹⁴³

Complementando a idéia da significação do princípio da segurança jurídica, Rafael Maffini salienta que tal princípio decorre de uma

[...] confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança, o que necessariamente se dá em face da conjugação de várias normas jurídicas, dentre os quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança dentre outras tantas.¹⁴⁴

A estreita relação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança é reconhecida pelos juristas. Ao discorrer sobre o princípio da segurança jurídica, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.¹⁴⁵

A idéia de segurança se traduz num princípio que apresenta duas faces: uma objetiva, que envolve questões de limites à retroatividade dos atos estatais, inclusive os legislativos, já há muito positivados em nosso sistema constitucional¹⁴⁶, e outra, subjetiva, ligada à proteção da confiança das pessoas nos atos, condutas e procedimentos estatais, que será objeto do estudo.

Têm-se reconhecido nessas duas faces dois princípios, o da segurança jurídica, quando se trata do aspecto objetivo, e o da proteção à confiança quando se trata do aspecto subjetivo.¹⁴⁷

José Joaquim Gomes Canotilho explica de forma didática:

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 113.

¹⁴⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 49.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

¹⁴⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 5º:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.¹⁴⁸

A linha diferenciadora do princípio da segurança jurídica e do princípio da confiança é tênue. Contudo, é certo que ambas demandam, dentre outras, as seguintes características: transparência dos atos do poder, racionalidade, clareza de ideias e palavras e fiabilidade. Tais postulados são exigidos em qualquer ato, de qualquer um dos poderes.

Com fundamento nos estudos de Sylvia Calmes, Rafael Maffini¹⁴⁹ termina por sistematizar o significado de segurança jurídica em três aspectos: a) o primeiro induz à ideia de *previsibilidade*, no sentido dos destinatários das funções estatais terem condições de conhecer os comportamentos da administração antes de sua concretização. Ainda, segundo o autor, nesse sentido a segurança jurídica estará conformada pela legalidade. É decorrência desse entendimento a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a existência de regras de transição, a anterioridade da previsão de algumas matérias e a proteção da confiança legítima (*ex ante*) em relação às regras legais; b) o segundo diz respeito à noção de *acessibilidade*, no sentido de conhecer as ações estatais. Nesse ponto a abordagem aproxima-se da noção de transparência, que tem dois aspectos: formal e material. O aspecto formal concerne à acessibilidade no sentido de publicidade efetiva,

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

¹⁴⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 50-54.

adequada e suficiente. O aspecto material traz a necessidade de que os atos administrativos sejam motivados, coerentes, claros e precisos, tanto no que se refere às ações em si quanto às razões que os determinaram. c) a terceira acepção traz a noção de previsibilidade *ex post*, no sentido de *estabilidade*, assim entendido continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas, tanto nos atos quanto nos comportamentos estatais. Nesse sentido o princípio da segurança jurídica se conforma e é conformado por institutos como a coisa julgada, preclusão, decadência, usucapião, o direito adquirido e a proteção à confiança.¹⁵⁰

A diferença do significado de proteção à confiança na relação com a segurança jurídica nos aspectos *ex ante* e *ex post* pode – e deve – ser esclarecida da seguinte forma: no aspecto *ex ante* o princípio da proteção à confiança aproxima-se, para fins de concretizar a segurança jurídica, dos aspectos objetivos, relacionados com a ordem jurídica propriamente dita. Daí a resultar as noções de legalidade, irretroatividade de normas, anterioridade de tipificação legal, etc. É essa face mais conhecida e há muito presente no ordenamento jurídico, seja nas previsões legais ou constitucionais inerentes à matéria. Não é nesse sentido que se pretende aprofundar o estudo.

No aspecto *ex post* (estabilidade, assim entendido continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas, tanto nos atos quanto nos comportamentos estatais), a proteção à confiança, em nome da segurança jurídica, cuida dos aspectos subjetivos, no sentido de trazer estabilidade nas relações jurídicas decorrentes da ação estatal, seja pela preservação de atos ou de seus efeitos, ainda quando viciados, e no sentido de impor comportamentos ao Poder Público. É essa feição subjetiva que será alvo de estudo mais aprofundado.

Pode-se valer da explicação de Pérez Luño para aclarar a idéia de objetividade e subjetividade. O autor sustenta que segurança é uma idéia objetiva, qualidade ou estado de carência de risco, enquanto certeza é forma subjetiva de conhecimento dos direitos individuais. E explica que é fato que as leis nos dão segurança objetiva. Quando contratamos ou transacionamos com base na lei, se o contrato ou o negócio funcionam, a lei cumpriu sua missão; se as partes se desentendem, o contrato não funcionou, e, em conseqüência, aquela segurança inicial torna-se uma incerteza subjetiva para as partes. Ambas afirmam que têm

¹⁵⁰ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 52.

direitos, que a razão está com cada uma, vão à Justiça, e a coisa julgada, determinando o certo, liquida a questão e restaura a segurança da lei e a certeza dos direitos individuais.¹⁵¹

Almiro do Couto e Silva sintetiza que a incidência do princípio da proteção à confiança no aspecto subjetivo da segurança jurídica se dá de duas principais formas: a) impondo limites ao Estado em relação às prerrogativas de alteração de condutas ou modificação de atos que gerem efeitos favoráveis aos seus destinatários, ainda quando viciados; b) determinando conseqüências patrimoniais pelas alterações, quando existente crença gerada nos beneficiários de que os atos eram legítimos, e, portanto, seriam mantidos.¹⁵²

A proteção da confiança não é o único princípio-espécie da segurança jurídica. A irretroatividade, a proteção dos direitos adquiridos, a legalidade são exemplos de princípios abrigados na segurança jurídica. Todos eles integram e estão presentes na esfera de incidência da segurança jurídica, a essa vinculando-se de formas diferenciadas.

Rafael Maffini resume a vinculação entre o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança:

[...] tendo por premissa que o princípio da proteção da confiança surge de uma dedução do princípio da segurança jurídica, poder-se-ia, para fins de previsão até mesmo terminológica, tratar da questão do seguinte modo: o gênero “princípio da segurança jurídica” *lato sensu*, tal como compreendido e sistematizado acima, ou seja, como resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade) poderia ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas concepções, em duas principais formas de incidência: a) o sentido objetivo, aqui designada de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica objetivamente considerada; b) o sentido subjetivo, assim considerado a proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação.¹⁵³

No que concerne à vinculação com o sobreprincípio Estado de Direito, explica o mesmo autor:

¹⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 37.

¹⁵² COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 27.02.2007.

¹⁵³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.¹⁵⁴

Resta demonstrada, portanto, a estreita relação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, com as necessárias distinções quanto à atuação de um e outro.

4.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

É ainda comum no Direito Administrativo a referência à *segurança jurídica*, *proteção à confiança* e *boa-fé* como sinônimos. Daí a necessidade de demonstrar a relação e as diferenças existentes entre tais princípios.

Jesús González Pérez, após discorrer sobre os princípios da boa-fé e da confiança legítima, chega a afirmar:

Realmente no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y de la buena fe. A veces se considera este una implicación de aquél y, por lo general, se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. En el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a la que ha otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima y sí el de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de este, pero sí el de aquél.¹⁵⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar do princípio da segurança jurídica diz que:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança na interpretação de determinadas normas legais, com a

¹⁵⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

¹⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004, p. 68-69.

conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública.¹⁵⁶

E adiante afirma, ao aproximar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé:

A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.¹⁵⁷

Contudo, sobre a crença de que os citados princípios têm mesmo alcance e conteúdo, esclarece Almiro do Couto e Silva:

Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.¹⁵⁸

Por terem estreitas ligações, e portanto por fazerem parte de uma *mesma constelação de valores*, faz-se necessário diferenciar tais princípios. Feita a distinção entre segurança jurídica e proteção à confiança, cabe, agora, diferenciar esse do princípio da boa-fé.

Inicialmente impende trazer a noção de boa-fé, que envolve percepções que podem variar de pessoa para pessoa.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

¹⁵⁸ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005.-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

De origem no Direito Privado, presente principalmente nos negócios jurídicos e nas obrigações, o princípio da boa-fé passou a ter notória importância também nas relações envolvendo o Poder Público.

A boa-fé em termos gerais possui dois sentidos, um objetivo e outro subjetivo.

No que concerne à boa-fé subjetiva, também denominada boa-fé crença, encontra-se vinculada ao estado de ânimo, relacionado às intenções. Pode-se definir como um estado psicológico contraposto à má-fé ou em que há ausência de má-fé. Nesse sentido, assim a conceitua Alinne Arquette Leite Novais: “A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica.”¹⁵⁹

A boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, enseja imposições comportamentais, significa o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta a ser seguida pelo contratante, pautada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contratante, visto como um membro do conjunto social.

Judith Martins-Costa resume de forma clara tais significados ao diferenciá-los:

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência”, ou convencimento individual a cobrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.¹⁶⁰

¹⁵⁹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir., São Paulo: RT, 2000, p. 411.

É no sentido objetivo ou comportamental que a boa-fé se aproxima do princípio da proteção à confiança, sendo, por vezes, utilizados como de idêntico conteúdo.

As principais características que aproximam os princípios são a) a boa-fé objetiva como imposição de conduta leal, visando estabelecer um estado de tutela jurídica das expectativas legítimas depositadas pelos cidadãos na Administração, no que concerne a condutas, procedimentos, promessas e atos estatais adotados na atividade administrativa; b) a boa-fé visa também propiciar um estado de confiança mútua nas relações.

Os princípios da boa-fé e da proteção à confiança sistematicamente interagem, atuando conjuntamente.

Nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas que a boa-fé traduz verifica-se a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de evitar a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no outro.

Judith Martins-Costa comenta que:

[...] isso se verifica principalmente quando entre os sujeitos da relação há uma assimetria de poder (jurídico ou fático) tendo, pois, exponencial importância quando em um dos pólos está a Administração Pública com a presunção de legalidade e de legitimidade a revestir os seus atos administrativos.¹⁶¹

Também no que concerne ao Direito Administrativo são constantes as comparações e utilização indiscriminada dos princípios. Sobre tal ocorrência relata Federico Castillo Blanco:

En fin, nuestros tribunales de justicia proclaman con igual celo, según venimos exponiendo, el principio de protección de confianza legítima y el de buena fe. Conjunta o separadamente, ambos son recogidos para, al fin y la postre, proteger situaciones jurídicas legítimas en que la actuación de la Administración no ha respondido a lo que de ella se esperaría, donde ésta se ha contradicho en su relación con los ciudadanos o infringido la confianza que en ella se había depositado. Sin embargo, hay que reiterar que dicha aplicación se ha realizado, en la mayoría de las ocasiones, com

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 99.

sumo desconcierto, con una aplicación simultánea de ambos conceptos a situaciones fácticas idénticas y sin deslindar suficientemente el campo de acción de cada uno de ellos.¹⁶²

Contudo não são em todas as circunstâncias que os princípios encontram-se tão estreitamente vinculados. Embora patente a proximidade existente entre os dois princípios, que apresentam notória confluência para um estado de lealdade tanto da Administração Pública quanto dos destinatários de suas funções, concorda-se com o entendimento de Rafael Maffini que defende a existência de diferença entre os princípios, que pode ser assim resumida: a proteção à confiança, quando da existência de atos administrativos concretos, individuais e pessoais tem a boa-fé do administrado como pressuposto. Contudo, quando o ato administrativo for genérico, que traga aos cidadãos expectativas de benefícios a partir de sua concretização, então não necessitará a demonstração explícita do pressuposto boa-fé dos destinatários do ato, uma vez que acudiria aos interessados a presunção de validade do ato administrativo.¹⁶³

Judith Martins-Costa ao diferenciar os princípios, trata de forma didática:

Distinguem-se, pois os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primeiramente, ao dever geral de cooperação, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civiliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primeiramente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).¹⁶⁴

Ainda no intuito de aclarar tal diferença ressalta-se que, sendo a boa-fé objetiva um princípio que visa comportamentos leais nas relações bilaterais, também no Direito Administrativo estaria vinculado a uma via de mão dupla, onde tanto a Administração Pública quanto o administrado deveriam estar imbuídos dessa conduta reta e leal.

¹⁶² CASTILLO BLANCO, Federico. apud MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 58.

¹⁶³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 62.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 98.

A proteção da confiança, por sua vez, tem um caráter mais amplo, deduzida de forma imediata da segurança jurídica e de forma mediata do Estado de Direito. Não há o viés obrigatório da bilateralidade.¹⁶⁵ Busca-se a estabilidade, a previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos e comportamentos.¹⁶⁶ Como tal, nem sempre tal proteção estará vinculada à boa-fé do administrado, que depositará confiança nos atos administrativos que gozam de presunção de validade e veracidade.

Isso importa dizer que em atos concretos praticados contra a ordem jurídica, os destinatários somente poderão invocar o princípio da proteção à confiança se demonstrado comportamento objetivo e subjetivo de boa-fé. Contudo, tal demonstração seria despicienda se o ato tiver caráter normativo ou em relação aos precedentes administrativos.¹⁶⁷

Discernido o campo de atuação específico, autônomo, do princípio da proteção à confiança, onde não necessita estar coligada com a boa-fé para ter eficácia jurídica, cumpre comentar sobre a incidência dos princípios da boa-fé e da proteção à confiança nas relações entre particulares e a Administração Pública.

Nessas relações a conjugação entre esses princípios é grande, motivada por: a) a assimetria de poderes existente entre os partícipes da relação, caracterizada pela verticalidade e, b) a presunção de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos, geradores de confiança e expectativas nos particulares.

¹⁶⁵ Buscando demonstrar a desnecessidade desse caráter bilateral no que concerne ao princípio da proteção à confiança, Judith Martins-Costa comenta: “Um comprador pode ter, por exemplo, nenhuma expectativa acerca dos riscos ou dos vícios envolvidos em certo produto, pode ter, até mesmo, expectativas negativas: mesmo assim, haverá, para o vendedor, o dever de informar e esclarecer como imperativo da boa-fé, inclusive para lograr o consentimento informado. Como esclarece CARNEIRO DA FRADA, em sua exaustiva monografia. ‘Não interessa portanto por si: para a incidência do princípio da confiança, aquilo em que a vítima da violação da regra da boa-fé acreditou. Quando muito, pode ser de averiguar se ela devia poder confiar no comportamento do outro. Mas as expectativas neste sentido ‘razoáveis’ ou ‘legítimas’ de um sujeito não são senão uma projecção de exigências objectivas de comportamento impostas pela ordem jurídica. Por outras palavras: a tutela das expectativas mediante a regra de boa-fé é apenas reflexa. Releva somente no quadro das exigências de probidade e equilíbrio de conduta que aquela veicula’”. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 99.

¹⁶⁶ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 60.

¹⁶⁷ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 62.

É usual, ainda, a utilização indiscriminada no âmbito do Direito Administrativo das expressões *boa-fé* e *confiança*, o que será possível constatar em diversas passagens desse trabalho. O que é relevante é discernir em que sentido é utilizada a expressão. Assim, por diversas vezes nas decisões e/ou nas menções dos autores, utiliza-se a expressão *boa-fé*, no sentido de proteção à confiança.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Nesse sentido comenta Judith Martins-Costa: “Assim sendo, no direito público se amalgamam (ora sob a denominação ‘boa-fé’, ora sob o nome ‘confiança’ os deveres positivos de lealdade e honestidade e os deveres negativos de não frustrar (ou de não suscitar levianamente) as legítimas expectativas do administrado”. MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, p. 102.

5 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Não tem o presente trabalho a pretensão de trazer um estudo de Direito Comparado tendo por objeto o princípio da proteção à confiança, o que certamente demandaria pesquisas muito mais aprofundadas.

Contudo, considerando que no Brasil esse princípio encontra-se em fase inicial de desenvolvimento¹⁶⁹, e até para facilitar sua compreensão, é importante demonstrar, ainda que de forma abreviada, sua origem e evolução em determinados países nos quais o estudo e aplicação estão mais avançados.

Assim, ainda que tais informações tenham apenas caráter instrumental, servem como subsídios para a compreensão de dados relevantes a serem contextualizados no estudo do tema no Direito Administrativo brasileiro.

Quando do levantamento bibliográfico para o presente trabalho foi possível constatar que, tal qual no Brasil, em diversos países da América Latina o tema é trazido à discussão. Contudo, o embasamento recai, quase que invariavelmente, sobre os estudos existentes na Alemanha, Espanha e França.¹⁷⁰ Assim, opta-se pela análise do desenvolvimento do princípio nesses três países, dadas as referências quanto ao desenvolvimento nos mesmos, e pelo fato de estar o estudo, no Brasil, num itinerário semelhante aos encontrados em tais países.¹⁷¹

Almiro do Couto e Silva ao tratar do princípio da proteção à confiança comenta que os atos do Poder Público gozam de aparência e presunção de legitimidade, o que há muito tempo tem justificado sua manutenção, mesmo quando eivados de vícios.¹⁷² Comenta que:

¹⁶⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 79.

¹⁷⁰ São encontrados estudos também na Itália e Portugal, além do Direito Comunitário Europeu, mas que têm embasamento no Direito Germânico.

¹⁷¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 81.

¹⁷² COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 27.02.2007.

[...] o exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Digesto, sob o título <<de ordo praetorum>> (D.1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. Indaga Ulpiano: <<que diremos do escravo que, conquanto ocultando esta condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?>> E responde pela afirmativa.¹⁷³

Ao comentar as condições sob as quais surgiu o princípio da proteção à confiança, relata Almiro do Couto e Silva:

O Estado Social ou o Estado-Providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff.¹⁷⁴

E ao discorrer especificamente sobre a gênese e o desenvolvimento do princípio, relata que nas últimas décadas do século XX ganhou mais nitidez, tendo se destacado do princípio da segurança jurídica e tendo alcançado grande expansão e repercussão na Europa.¹⁷⁵

Reforça essa idéia o comentário de Javier Garcia Luengo quando diz que abordado principalmente pela doutrina alemã do pós-guerra, com resultados consideravelmente positivos, ganhou corpo na Europa, não só dentre os países do âmbito jurídico de influência alemã, mas também nos demais grandes sistemas europeus, tendo sido admitido como princípio geral próprio dos estados membros no

¹⁷³ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

¹⁷⁴ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

¹⁷⁵ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 6-7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

Direito Comunitário. Relata, ainda, que sua influência é sentida na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no desenvolvimento de ordenamentos anglo-saxões que relacionam a idéia de proteção à confiança com a coisa julgada e as expectativas legítimas.¹⁷⁶

E adiante comenta:

[...] lo más destacable de la evolución de la protección de la confianza en la posguerra es, sin duda, la reinterpretación del principio desde la perspectiva constitucional y un desarrollo sin precedentes en la doctrina y la jurisprudencia, que supera, casi por completo, los reparos que inicialmente suscito en la doctrina, hasta el punto de que dicho desarrollo ha sido calificado como <<la marcha triunfal de la protección de la confianza>>.¹⁷⁷

Importante a lição de Almiro do Couto e Silva sobre o desenvolvimento do princípio na União Europeia, posto ser possível traçar um paralelo com o estudo do desenvolvimento do princípio no Direito Alemão. Aponta o autor que, no mesmo momento que tal princípio se firmava no Direito Alemão e no Direito Suíço de expressão alemã, o princípio ingressava na União Europeia sob a denominação de *princípio da proteção da confiança legítima*. Percorreu entre os anos de 1957 a 1978 o caminho de sua afirmação tanto no domínio da regulamentação econômica quanto no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida. Ao final, consagrou-se em decisões da Corte Europeia como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário”.¹⁷⁸ Tal noção é relevante, ainda, para compreensão do ingresso de tal princípio em outros sistemas jurídicos europeus, como adiante se verá.

¹⁷⁶ GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 27-29.

¹⁷⁷ GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 30.

¹⁷⁸ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

5.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

O princípio da proteção à confiança originou-se no direito alemão. De origem jurisprudencial, teve como marco de seu surgimento uma série de decisões prolatadas que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos destinatários.¹⁷⁹

O caso narrado como ponto de partida¹⁸⁰ para a utilização do princípio da proteção à confiança (*vertrauensschutz*)¹⁸¹ foi analisado e teve decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlin, em 14 de novembro de 1956. Tratava-se do processo da viúva de um funcionário público que obteve, mediante ato administrativo, promessa de que, caso se transferisse de Berlin Oriental (República Democrática Alemã) para Berlin Ocidental, teria sua pensão normalmente paga. Após se mudar e passar a receber a pensão, as autoridades constataram ilegalidade por vício de competência. Com base nisso revisaram o ato e retiraram o benefício, além de determinar a devolução dos valores pagos com base no ato tido por ilegal. Levado à apreciação do judiciário, o Tribunal entendeu que, ainda que houvesse ilegalidade, no caso apresentado o princípio da proteção à confiança confrontado

¹⁷⁹ Nesse sentido: COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr./jun., 2005, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007; MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 81.

¹⁸⁰ Embora esta decisão seja trazida como ponto de partida para utilização do princípio da proteção à confiança, e seu desenvolvimento ter sido mais notório no pós-guerra, Javier Garcia Luengo comenta que, segundo Püttner havia apontado, o termo já havia sido detectado na jurisprudência do Tribunal Administrativo da Prússia muito tempo antes da guerra. Dentre os casos citados encontra-se uma decisão de 19 de fevereiro de 1892 versando sobre a pretensão da Administração de ordenar a destruição de edificações autorizadas por órgão incompetente. A pretensão da Administração foi rejeitada pelo Tribunal. Na época da República de Weimar a discussão girou em torno da aceitação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, alcançando a jurisprudência um notável desenvolvimento. Neste sentido chama a atenção decisão datada de 26 de junho de 1930, que versa sobre o caso de um cidadão que, após receber a informação de uma autoridade municipal de que um terreno era isento de uma determinada contribuição, o adquire. Posteriormente a Municipalidade exige a cobrança da contribuição. O Tribunal Administrativo da Prússia decide que a cobrança não é possível, posto que contrária ao princípio da boa-fé, aplicável também aos entes públicos. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2002, p. 29-30.

¹⁸¹ Segundo Javier Garcia Luengo tal vocábulo corresponde exatamente à tradução de “proteção à confiança”. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2002, p. 29.

com o da legalidade, tinha mais peso, determinando que o ato não fosse desconstituído.

A essa se seguiram várias outras decisões. A produção científica e jurisprudencial foi intensa no meio jurídico alemão. Almiro do Couto e Silva comenta que:

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.¹⁸²

Em 1972 Ossenbühl declarava que a quantidade de decisões e trabalhos científicos sobre a proteção à confiança frente à revisão de atos de ofício foi tão grande que tornaram “tan previsible las resoluciones de los Tribunales como si estuviésemos ante Derecho de origen parlamentario”.¹⁸³

Na década de 70 o Tribunal Federal Constitucional reconheceu o princípio da proteção à confiança como princípio constitucional.¹⁸⁴

Em 25 de maio de 1978 foi editada a Lei de Processo Administrativo alemã que dispôs sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, em seus §§ 48 e 49.

O § 48 dispunha sobre a extinção de atos administrativos inválidos, enquanto o § 49 relacionava-se com a extinção de atos administrativos válidos. Segundo Almiro do Couto e Silva, se a edição desta Lei “não arrefeceu significativamente o entusiasmo da doutrina sobre a matéria [...] eliminou muitas das controvérsias

¹⁸² COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987, p. 55.

¹⁸³ Ossenbühl apud GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 30.

¹⁸⁴ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

existentes, embora tenha dado lugar a muitas outras, em face da complexidade do seu texto.”¹⁸⁵

Rafael Maffini trata desses dispositivos¹⁸⁶, o que embasa as seguintes observações: o § 48, que trata sobre a extinção de atos administrativos inválidos tem três vertentes.

O § 48.1 dispõe sobre a anulação de atos administrativos que resultem em efeitos desfavoráveis aos destinatários. Nesta hipótese a regra geral é pela possibilidade da anulação dos atos, sem maiores limitações, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, podendo ser sua invalidação total ou parcial.

O § 48.2 dispõe sobre a anulação de atos administrativos que resultem em benefícios aos destinatários. Nesta hipótese a regra geral é pela impossibilidade da anulação dos atos benéficos aos destinatários, concessivos de vantagens pecuniárias ou outras prestações divisíveis (bônus de refeições, roupas, etc.). As hipóteses de anulação são restritas, com diversos limites. Ressalva-se desta proteção: a) os casos nos quais o beneficiário obteve a vantagem a partir de fraude, ameaça ou coação; b) quando o beneficiário obteve a vantagem mediante apresentação de dados incompletos ou inexatos sobre elementos essenciais à obtenção do benefício; c) casos nos quais o beneficiário sabia de antemão da origem inválida do ato, ou dela deveria ter conhecimento, não sabendo por conta de grave negligência.

Por fim, ainda referente a atos administrativos inválidos, que representam benefícios aos destinatários, mas que não são passíveis de manutenção, como por exemplo, licenças e autorizações possuidoras de caráter geral ou de concessão de nacionalidade, prevê o § 48.3 instrumentos de proteção com caráter reparatório. Assim, pelo fato do destinatário ter acreditado no ato administrativo que lhe trazia vantagens, e por não ser tal ato preservável, tem o beneficiário direito a uma indenização. Pelo disposto no § 48.4, a Administração, a partir do momento que tem conhecimento da irregularidade, nos casos dos §§ 48.2 e 48.3, poderá extingui-lo no

¹⁸⁵ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

¹⁸⁶ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 84-88.

prazo de um ano, findo o qual não poderá mais fazê-lo, salvo nas hipóteses em que o beneficiário agiu de má-fé ou conhecia a irregularidade do ato.

O § 49, que trata sobre a revogação de atos administrativos válidos, também apresenta três vertentes.

O § 49.1 dispõe sobre a revogação de atos administrativos válidos que resultem em efeitos desfavoráveis aos destinatários. Nesta hipótese a regra geral é pela possibilidade da anulação dos atos, salvo se ocorrer alguma hipótese excepcional que inviabilize tal anulação, como por exemplo, quando foi dada garantia a um terceiro de que o ato não seria revogado.

O § 49.2 dispõe sobre a revogação de atos administrativos válidos que resultem em benefícios aos destinatários. Nessa hipótese a regra geral é pela impossibilidade da revogação dos atos benéficos aos destinatários, com exceções trazidas no texto, a saber: a) quando a revogabilidade já era prevista em lei, no próprio ato ou em qualquer outra norma jurídica, sendo o ato, desde logo, instável; b) quando o beneficiário não cumpriu as condições necessárias para obtenção do benefício, ou, as cumpriu tardiamente; c) em casos de superveniência de fatos determinantes de maior prejuízo na sua manutenção do que na sua revogação; d) quando da superveniência de situações normativas, em face das quais atos que poderiam nem mesmo ser praticados concedem vantagens não utilizadas pelos destinatários e cuja manutenção pode ocasionar perigo ao interesse público; e) quando a revogação visa eliminar graves prejuízos ao bem comum, o que deve ser restritivamente interpretado.

Em caráter excepcional, prevê o § 49.3 a possibilidade de revogação de atos administrativos válidos, com efeitos retroativos, quando tenha havido, em casos especiais, o descumprimento de condições atribuíveis ao beneficiário do ato.¹⁸⁷

Apresenta-se, em suma, o quadro das previsões legais sobre o princípio da proteção à confiança no Direito Alemão: a) proteção plena da confiança, onde se impossibilita a extinção dos atos irregulares concessórios de prestações pecuniárias

¹⁸⁷ Relata Rafael Maffini que tal dispositivo foi acrescentado em 1996. Traz o autor que “Em tradução livre, tal regra assim dispõe: ‘§ 49.3. Um ato administrativo legal que reconhece uma prestação pecuniária ou em espécie e divisível para o cumprimento de uma determinada finalidade, seja esta única ou periódica, ou condição para o seu reconhecimento, pode ser total ou parcialmente revogado, inclusive quando se tornada definitiva, e também com efeitos retroativos: 1. Se a prestação não houver sido implementada, ou não o foi prontamente à obtenção, ou não mais será na finalidade para a qual o ato foi praticado; 2. Se o ato se submetia a uma condição e o destinatário não a cumpre ou não a cumpre no prazo fixado’”. MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 87.

ou prestações divisíveis, bem como no caso de atos válidos cuja extinção, salvo casos especiais (§ 49.3), não é possível; b) proteção compensatória da confiança, nos casos onde a extinção é possível, mas a violação da confiança do destinatário deve ser indenizada; c) proteção aberta da confiança, relacionada com atos que sejam prejudiciais aos destinatários, o que se justifica pela proteção à confiança ser princípio que tende à manutenção de efeitos favoráveis aos administrados.¹⁸⁸

Assim, com origem jurisprudencial, o princípio da proteção à confiança mereceu posituação no Direito Alemão, onde passou a ser ponderado com o princípio da legalidade.

5.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO ESPANHOL

Outro país no qual houve grande desenvolvimento do princípio da proteção à confiança é a Espanha, motivo pelo qual está a merecer análise.

Inicialmente é importante ressaltar que o Direito Espanhol recepcionou os princípios gerais do Direito Comunitário Europeu, o que ensejou a aplicabilidade de tal princípio no país. Outro ponto que convergiu para a aplicação de tal princípio foi a larga utilização do princípio da boa-fé, que resultava em conseqüências assemelhadas àquelas decorrentes da proteção à confiança.¹⁸⁹

Tal qual no Direito Alemão, na Espanha o princípio também foi inicialmente recepcionado pela jurisprudência, principalmente a partir do final da década de 80 do século passado. A decisão apontada como a precursora da aplicação de tal princípio no Direito Espanhol é a exarada pelo Tribunal Supremo, em 28 de fevereiro de 1989, que versou sobre a não concessão de subvenção pública a um centro particular de formação profissional para o curso realizado nos anos de 1983 e 1984, uma vez que tal entidade tinha cumprido para tal período letivo as mesmas condições que permitiram o recebimento da subvenção pública no período letivo anterior, de 1982 e 1983. A decisão foi no sentido de reconhecer o direito à subvenção em favor da

¹⁸⁸ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 87.

¹⁸⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 88.

entidade uma vez que o ato de concessão do benefício no ano letivo anterior teria gerado uma *razoável esperança* de que, uma vez cumpridas as mesmas condições, seria concedida a subvenção também no ano letivo seguinte. Embora se reconheça que a fundamentação não tenha sido sólida no sentido de fixar a utilização do princípio da proteção à confiança¹⁹⁰, foi a primeira decisão que fez referência à confiança depositada pelo administrado, motivo pelo qual é considerada a primeira a ter recepcionado o princípio.¹⁹¹ A importância da mesma é que, a partir desse momento iniciaram estudos mais aprofundados sobre a matéria e surgiram diversas discussões judiciais envolvendo tal princípio.¹⁹²

Posteriormente foram diversas as decisões que abordaram de forma direta o princípio da proteção à confiança, sendo considerado o *leading case*¹⁹³ a decisão do Tribunal Superior de 01 de fevereiro de 1990¹⁹⁴, que apreciou novamente a matéria de subvenções a centros docentes para determinar que no conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica tem primazia o último, não só quando se produz uma convicção psicológica no particular, mas também quando se funda em sinais emanados da Administração que induzam a confiar na legalidade da atuação administrativa.¹⁹⁵ No julgamento atribuiu-se efeitos a uma promessa que não era endereçada especificamente a um centro, mas que gerou um comunicado

¹⁹⁰ Javier Garcia Luengo aponta como primeira decisão que trouxe expresso o termo *protección de la confianza legítima* a STS de 25 de abril de 1989 (Ar. 3476, ponente: Martínez Sanjuán, B. S.), que tratava de um arquiteto que realizou alguns projetos para o Ministério da Educação e Ciência e pleiteou seus honorários conforme a prática administrativa daquele país, descumprida pela unidade contratante. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 46

¹⁹¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 88-89.

¹⁹² Neste sentido, é citado por Javier Garcia Luengo o trabalho de MARÍN RIAÑO, Fernando. La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentário a la STS (Sala 3.ª, Secc. 3.ª), de 28 de febrero de 1989. **La Ley**. v. 2, p. 605-608, 1989. GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 31.

¹⁹³ A expressão indica o processo tomado como modelo para o julgamento dos demais casos relativos a uma questão, ou como traz Guido Fernando Silva Soares, *leading case* é "uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam"; é uma decisão que "cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros". SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 40-42.

¹⁹⁴ GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002, p. 47-50.

¹⁹⁵ Desta decisão é importante ressaltar o seguinte excerto: "En el conflicto que se suscita entre la legalidad de actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primazia esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraña a los que informan nuestro Ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia en su sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que

redigido em termos imprecisos que fez gerar expectativas de que tal centro teria direito a tal espécie de subvenções.

Após reiteradas decisões invocando o princípio, foram sistematizadas, para fins de aplicação concreta do princípio da proteção à confiança, as ocorrências e características condicionadoras da sua aplicação, conforme referido por Rafael Maffini, com base nos apontamentos de Federico Castillo Blanco. São elas: a) exigência de uma situação de quebra de previsibilidade em relação à atuação estatal, apta a gerar expectativas dignas de proteção; b) a quebra de expectativas não pode estar fundamentada por motivos ou princípios superiores; c) deve haver ponderação entre o interesse público e particular visando a obtenção de um grau de estabilidade e previsibilidade; d) as mudanças normativas, ainda que decorrentes da atividade administrativa, devem prever meios e tempo razoável para sua imposição frente às situações individuais que serão por elas alcançadas; e) há a necessidade de sinais externos da Administração aptos a ensejar a confiança digna de proteção; f) deve haver uma situação contrária à ordem jurídica que confronte a legalidade e a proteção à confiança, determinando sua ponderação.¹⁹⁶

Com a afirmação do princípio, inicialmente na jurisprudência, foi o mesmo positivado, o que veio a ocorrer primeiro em âmbito local por meio da *Ley foral navarra 6/1990*, de 02 de julho de 1990, que trazia, em seu art. 1º:

La Comunidad foral de Navarra organiza su Administración local conforme a lo dispuesto en esta Ley foral, de acuerdo con los principios de autonomía, participación, desconcentración, eficacia y coordinación en la gestión de los intereses públicos para la consecución por ésta de la confianza de los ciudadanos.¹⁹⁷

forma parte España, y que consiste en el “principio de protección de la confianza legítima” que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa em signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses em juego – interés individual e interes general -, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos com graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica.” GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Civitas, Madri, 2002, p. 47-48.

¹⁹⁶ CASTILLO BLANCO, Federico apud MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 90.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madri: Civitas, 2004, p. 61.

A seguir, em âmbito nacional, por meio da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, em 26 de novembro de 1992 (denominada Ley 30/1992), que trazia em seu art. 106 a seguinte redação: “las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Embora sem menção expressa ao princípio da proteção à confiança, entende-se ser essa a primeira lei de caráter nacional a prever tal princípio uma vez que há referência ao princípio da boa-fé. Deve-se considerar a normal confusão então existente entre ambos, combinada com a estreita vinculação entre a boa-fé objetiva e a proteção à confiança, o que autorizaria a incidência da proteção à confiança.

A mesma lei foi depois alterada, por meio da *Ley 4/1999*, que trouxe de forma expressa tal princípio, estabelecendo, em seu artigo 3.1, que a Administração Pública deve servir com objetividade aos interesses gerais, de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, além de ser submetida à Constituição, à lei e ao Direito, devendo respeitar em sua atuação os princípios da boa-fé e da confiança legítima.

5.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Pela importância e influência do Direito Francês no Direito Administrativo brasileiro, optou-se por buscar o estágio de tal princípio também naquele país.

O princípio da proteção à confiança, nos moldes já pesquisados no Direito Alemão e no Direito Espanhol apresenta, na França, duas principais aplicações: a) na estabilidade e previsibilidade de situações jurídicas geradas pela Administração Pública; b) a responsabilidade do Estado diante da frustração de expectativas criadas em benefício dos administrados.

No que concerne ao primeiro aspecto, Sylvia Calmes¹⁹⁸ propõe sistematização. Inicia pela incidência do princípio da proteção à confiança na

¹⁹⁸ CALMES, Sylvia apud MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 92-93.

formação dos atos administrativos, principalmente no que concerne às regras de competência. A principal aplicação seria a preservação dos atos praticados por quem não detinha competência para tal, embora apresentasse razoável aparência de tê-la. O princípio da proteção à confiança fundamentaria a *théorie des fonctionnaires de fait*.

Também no que concerne ao início da vigência dos atos administrativos unilaterais, defende a autora que tanto a exigência de adequados meios de publicidade quanto a irretroatividade dos efeitos dos atos administrativos, que se assemelha à irretroatividade legal, seriam modos indiretos de aplicação do princípio da proteção à confiança, embora mais aproximados do aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica.

Esclarece a autora, no que concerne à aplicação do princípio da proteção à confiança em relação aos atos administrativos de efeitos concretos, que a principal incidência ocorre nas restrições à extinção dos atos administrativos. Assim como no Direito Alemão, distinguem-se os atos válidos e inválidos, bem como os atos que geram direitos aos beneficiários e os que não geram direitos.

Quanto aos atos administrativos, tanto válidos quanto inválidos que não geram direitos aos administrados, não haveria maiores restrições quanto à extinção, salvo a eventual necessidade de resguardar os efeitos já produzidos dos atos válidos. Quanto aos atos administrativos que geram direitos aos beneficiários, duas são as hipóteses: a) quando se tratar de atos válidos, o entendimento seria pela impossibilidade de retratação, em função da aplicação do princípio da proteção à confiança; b) quando se tratar de atos inválidos, a retratabilidade de tais atos está inserida no conflito entre a proteção subjetiva da confiança na manutenção do ato e o princípio objetivo da legalidade.

Quanto à ponderação entre os princípios da proteção à confiança e da legalidade, aponta-se como ponto de partida dessa discussão o *affaire Dame Cachet*, de 1923, no qual o Conselho de Estado pôs em cheque o conflito entre a segurança jurídica e a legalidade. A decisão foi no sentido de que não cabia a revogação de atos administrativos quando existentes direitos subjetivos deles provenientes, e que os atos viciados somente poderiam ter decretada sua nulidade pela Administração Pública no prazo de dois meses, mesmo prazo que tinham os particulares para postular, em recurso contencioso, a anulação, a invalidade dos atos administrativos. Tal entendimento foi logo confirmado pelos *affaires Vallois* e

Gros de Beles, ambos de 1923, e pelo *affaire Dame Inglis*, de 1925.¹⁹⁹ Rafael Maffini, invocando o entendimento de Jean Rivero, comenta que tal decisão parte de um pressuposto lógico de grande coerência. Resguardou-se a possibilidade da Administração Pública reconhecer a irregularidade de seus próprios atos, contudo não poderia fazê-lo por meio de um poder de autotutela que fosse superior àquele contido no controle judicial da Administração Pública. Destarte, a invalidação administrativa apenas seria “possível enquanto um recurso contencioso pode ser interposto, isto é, durante dois meses a contar da decisão e, se um recurso foi efectivamente interposto, até que o juiz tenha decidido. Para além disso a revogação é irregular: a decisão, mesmo ilegal, está definitivamente adquirida”.²⁰⁰ Rafael Maffini alerta, ainda, que na França o princípio da proteção à confiança normalmente é tratado sob a feição de *direito adquirido*, embora com feições próprias.²⁰¹

Comentando sobre a matéria, Hauriou sintetiza:

Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve espaço de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo. Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja em relação aos recursos contenciosos, seja em relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.²⁰²

No que concerne à incidência do princípio da proteção à confiança como limitador do Estado contra a frustração de expectativas criadas aos administrados, Rafael Maffini comenta que a jurisprudência francesa ainda é tímida, situação que, diante da influência do Direito Comunitário, deve mudar, com um aumento do reconhecimento da incidência do princípio, seja na valoração dos danos causados, na configuração da responsabilidade, na indenização à frustração de promessas

¹⁹⁹ COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 56.

²⁰⁰ RIVERO, Jean apud MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 94.

²⁰¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 94.

²⁰² HAURIUO apud COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 56.

formais e práticas reiteradas da Administração Pública, geradoras de uma expectativa legítima.²⁰³

Nesse sentido, da incidência do princípio da proteção à confiança gerador da responsabilização estatal de natureza indenizatória, aponta-se como caso paradigmático o *arêt Freymuth*. Por meio de um ato normativo, Decreto *Ségolène Royal*, de 18 de agosto de 1992, houve a proibição de importação de determinados produtos, sem qualquer previsão de regras transitórias. Tal ocorrência gerou prejuízos aos envolvidos na cadeia econômica, que se viram impossibilitados de formular novos planos para a atividade empresarial. Uma das empresas, a Enterprise Transports Freymuth pleiteou a reparação dos prejuízos acarretados pela abrupta interrupção das atividades determinada pelo Decreto. O Tribunal Administrativo de Estrasburgo, em 08 de dezembro de 1994, entendeu que alterações de tal ordem não poderiam ocorrer sem que houvesse regras transitórias. Determinou que o Estado reparasse os prejuízos causados, em face da frustração de legítimas expectativas da empresa, pelo ato administrativo.²⁰⁴

O Direito Francês ainda não traz positivadas normas específicas envolvendo o princípio da proteção à confiança, estando o desenvolvimento, naquele país, no âmbito jurisprudencial e doutrinário, caminho já percorrido por Alemanha e Espanha.

²⁰³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 94.

²⁰⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 95. O autor comenta, após trazer excerto da decisão, que a mesma foi modificada na Corte de Apelação de Nancy, em 1999.

6 ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O princípio da proteção à confiança, embora não seja comumente abordado pelos juristas no estudo do Direito Administrativo, não é de todo desconhecido no cenário jurídico brasileiro. Sua análise ocorreu inicialmente em outros âmbitos de atuação que não o Direito Administrativo. No Direito Consumerista é antiga sua invocação, embasando institutos que regem os direitos do consumidor, como por exemplo, a vinculação da oferta, proibição de publicidade abusiva ou enganosa, comércio eletrônico, compra à distância, opção pela responsabilização individual ou solidária do(s) fornecedor(es), dentre outros. Nesse sentido, aponta Paulo Nalin:

[...] em que pese a formulação, verdadeira, de ter o princípio da confiança debutado no Brasil, com maior força, no seio da ordenação consumerista, torna-se imprescindível o envio de sua análise a outros segmentos do Direito, especialmente aos do Direito Civil, ante sua indissociável conexão com a boa-fé.²⁰⁵

Também no Direito Tributário encontra-se a discussão do princípio da proteção à confiança há muito tempo. É invocado e se concretiza pela proibição de retroatividade das leis gravosas, da exigência de não-surpresa e de vedação da imprevisibilidade, da relativização da legalidade em favor da proteção da expectativa legítima, da irreversibilidade do ato de lançamento por erro de direito e de valoração de fatos, da autovinculação pela regulamentação, informações e respostas de autoridades financeiras, da proibição de revogação de isenções onerosas e da sujeição plena da revogação das isenções gratuitas à anterioridade, da exclusão ou redução de multas e da proibição de analogia na fixação do tipo tributário.²⁰⁶

É presente, ainda, no Direito Penal e no Direito Trabalhista.

No Direito Administrativo Brasileiro o caminho trilhado no estudo do princípio da proteção à confiança seguiu os passos do ocorrido em outros países. Iniciou com a abordagem jurisprudencial, sustentada pelo estudo doutrinário, e, por fim, chegando à positivação em determinados diplomas.

²⁰⁵ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato**: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 154.

²⁰⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário. **Revista do Tribunal Regional Federal**, 1 Região, Brasília, v. 18, n. 8, 2006, p. 78.

A abordagem da recepção do princípio no Direito Administrativo Brasileiro se dará da seguinte forma: a) recepção como princípio constitucional; b) recepção na jurisprudência, com a abordagem do tratamento da matéria no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça; c) recepção na legislação.

6.1 ACOLHIMENTO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A segurança jurídica é princípio basilar de direito. A doutrina tem reconhecido como direito fundamental, presente no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), onde os Estados se comprometem a “promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”.²⁰⁷

No Direito Brasileiro, embora haja controvérsia dentre os autores se tal princípio é explícito²⁰⁸ ou implícito²⁰⁹, há concordância no sentido de que o princípio

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47–83.

²⁰⁸ José Roberto Vieira entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no *caput* do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 98.

Constituição Federal de 1988:

Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁰⁹ Defende Celso Antônio Bandeira de Mello que esse princípio “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

No mesmo sentido, afirma Romeu Felipe Bacellar Filho: “Se não há expressamente mencionado no texto constitucional, um princípio da segurança das relações jurídicas, é evidente que da leitura atenta dos preceptivos da Constituição extraem-se além dos princípios explícitos também os princípios implícitos, um dos quais aquele de que trata o presente trabalho.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In:

da segurança jurídica tem previsão constitucional e que o mesmo está presente e se irradiando no ordenamento jurídico.

Contudo, no sentido de proteção à confiança, objeto do presente estudo, discute-se se tal princípio foi recepcionado em âmbito constitucional.

Quem primeiro tratou da matéria foi Almiro do Couto e Silva em artigo intitulado “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo.”²¹⁰ Recentemente voltou a tratar da matéria em tópico específico denominado “A Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) como Princípio Constitucional no Direito Brasileiro e sua Importância no Direito Administrativo”, em artigo intitulado “O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.784/99).”²¹¹

Cumprido esclarecer que, no estudo da recepção do princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo Brasileiro, poucas são as menções expressas a essa denominação. Trata-se do princípio correntemente pela denominação de *princípio da segurança jurídica*, mas com o significado de proteção à confiança.

Sobre tal ocorrência, relata Almiro do Couto e Silva:

O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade.²¹²

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 201.

²¹⁰ COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

²¹¹ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

²¹² COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

E, adiante finaliza: “Também são raras na doutrina nacional as manifestações que atribuem à segurança jurídica, vista como proteção à confiança, a posição de princípio constitucional.”²¹³

Complementa esse entendimento o relato de Rafael Maffini:

Cumpra salientar que, na maior parte das decisões ora descritas, o princípio da proteção à confiança resta concretizado sem que os tribunais superiores pátrios o refiram expressamente, porquanto o fazem ora sob a denominação de “segurança jurídica”, ora sob a denominação de “boa-fé”, ora, ainda, sob argumentos que, lateralmente, dizem respeito ao princípio em comento.²¹⁴

Daí a entender-se não ser comprometedora a diferença de nomenclatura encontrada nos julgados e por vezes também na doutrina, dada a proximidade dos princípios “na medida em que a proteção da confiança, de um lado, representa o aspecto subjetivo da segurança jurídica e, de outro, tem, nos atos concretos, a boa-fé como pressuposto”.²¹⁵

Por fim, em artigo intitulado “A Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos: a Segurança como Crédito de Confiança”, Judith Martins-Costa demonstra a mudança do significado de segurança jurídica no Supremo Tribunal Federal, contemplando-o no sentido de proteção à confiança. Em sua conclusão resume:

[...] pois é justamente a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança, considerados de um ponto de vista estático e tradicional, que fará revestir a nova conotação da confiança, princípio tão antigo, inerente às bases da formação de Roma.²¹⁶

Assim, nas decisões trazidas doravante como acolhedoras do princípio da proteção à confiança, embora possam expressar outras denominações, ressalta-se que o sentido buscado sempre é de proteção à confiança.

²¹³ COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.

²¹⁴ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

²¹⁵ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 116.

6.2 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicia-se a análise do acolhimento do princípio da proteção à confiança na jurisprudência pelos julgados do Supremo Tribunal Federal. Em que pese haver uma série de julgados, inclusive referentes a decisões anteriores às adiante citadas, optou-se pela análise pontual, uma vez que trazem com maior clareza a noção de proteção à confiança, sendo decisões consideradas paradigmáticas pelos autores que se prenderam ao estudo da matéria.²¹⁷

Importante ressaltar que nos três julgados que trazem de forma mais clara a noção de proteção à confiança foi de especial importância a participação do Ministro Gilmar Mendes para a fixação do entendimento.

O primeiro caso a ser abordado trata-se de questão de ordem na Medida Cautelar nº. 2.900, cujo julgamento da Segunda Turma do STF, ocorrido em 27 de maio de 2003, teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes. Envolve o caso de uma aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas que, após aprovação em concurso público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi admitida. Por conta disso, mudou seu domicílio para Porto Alegre e solicitou transferência de seu curso para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A transferência para UFRGS foi negada administrativamente. A interessada impetrou Mandado de Segurança, deferido por sentença prolatada em dezembro de 2000. Na decisão reconhecia-se o direito da impetrante em transferir-se e freqüentar o curso na UFRGS e, determinava-se à autoridade impetrada que providenciasse imediatamente a transferência da aluna, permitindo que a mesma fizesse a matrícula e freqüentasse as atividades discentes e todas as demais decorrentes de sua condição de estudante.

²¹⁷ Nesse sentido: COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 27.02.2007.; MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 110-120.

Em grau de recurso a 3ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região reformou a sentença, denegando a segurança. Isso motivou o recurso extraordinário e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente, então, já estava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS (o recurso foi interposto em outubro de 2002, portanto quase dois anos após a decisão de primeira instância). O Ministro Gilmar Mendes, em caráter liminar, concedeu efeito suspensivo ao recurso, o que foi confirmado, depois, pela 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal. Na fundamentação entendeu que “no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica”.

Almiro do Couto e Silva aponta que tal caso guarda grande similitude com decisões anteriores do STF²¹⁸, nas quais se verifica que tratam de situações que se consolidaram em decorrência de provimentos judiciais provisórios que foram depois reformados, após o transcurso de alguns anos de tramitação processual. Aponta ainda o jurista que a diferença entre as decisões anteriores e a analisada é a fundamentação, pois essa traz menção ao princípio da segurança jurídica, ao passo que as anteriores apenas referiam-se que o ato judicial, depois reformado, dera causa a situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada.

Judith Martins-Costa utiliza esse julgado como elemento base na análise da re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os Cidadãos²¹⁹, defendendo que a partir do mesmo o princípio da segurança jurídica passa a ter, também, o significado de proteção à confiança.

²¹⁸ RMS 13.807 (RTJ 37/248) e RMS 17.144 (RT 45/589); RE 85.179-RJ (RTJ 83/931). A última, que teve como Relator o Ministro Bilac Pinto concluiu pela impossibilidade do tardio desfazimento do ato administrativo, “já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou”.

²¹⁹ A autora transcreve a decisão citada e em seu artigo conclui que, a partir desta decisão, o princípio da segurança jurídica passa a ter nova significação, como crédito de confiança. Nesse sentido, extrai-se do artigo o seguinte excerto: “Essa decisão, conquanto ainda liminar, ao propor a re-significação do princípio da segurança jurídica, marca um giro hermenêutico no Direito brasileiro. Re-significação quer dizer, do ponto de vista da teoria da linguagem, a passagem de um significado conotado por certo signo lingüístico a um outro significado, ocasionando a mudança no seu valor semântico, sem alteração, contudo, no valor facial do signo. O giro hermenêutico provocado pela re-significação do princípio da segurança jurídica está a indicar que esse princípio vem ingressar no Direito positivo brasileiro com um **renovado âmbito de normatividade**. Esse renovado âmbito de normatividade – marcando o trânsito do acento tônico do princípio da segurança jurídica para o que, em outras plagas, tem sido denominado de **princípio da confiança legítima** - deriva da circunstância de, no Direito, serem as palavras **constituintes** – delas derivando eficácias e, portanto, a construção de realidades normativas. Mas as palavras são também **constituídas** por pré-compreensões, pela história que vem antes de sua apreensão intelectual”. MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 112.

O segundo caso a ser tratado refere-se a Mandado de Segurança (MS nº. 24.268/MG)²²⁰ impetrado por uma pensionista contra ato do Tribunal de Contas da União que cancelou, de forma unilateral e sumária, o pagamento de sua pensão especial, concedida 18 anos antes. A pensionista tinha sido adotada por seu bisavô em 30.07.84, tendo o mesmo falecido em 07.08.84, em decorrência de câncer, aos 83 anos. A fundamentação para o cancelamento do pagamento da pensão foi a falta de prova de que o ato de adoção foi feito nos termos previstos em lei, e que a adoção, feita em curto espaço de tempo antes da morte do adotante, representou simulação com o fito de manter, em favor da pensionista, o benefício previdenciário. A impetrante alegou ofensa ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada. Por maioria o STF concedeu a segurança por entender ter sido violado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Contudo, o interessante para esse estudo, como aponta Almiro do Couto e Silva, é o contido no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes que assinala:

Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão – e agora já são 20 anos. Não estou seguro de que se possa invocar o art. 54 da Lei nº. 9784, de 1999 [...] – embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei – uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deve ser computado com efeitos retroativos. Mas afigura-se-me inegável que há um “*quid*” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em caso como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião. [...] é possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da “*causa petendi*” limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento.

O terceiro caso, apontado pelo mesmo autor, é o Mandado de Segurança (MS 22.357/DF)²²¹, no qual se discutia a manutenção de atos de admissão de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sem concurso público, violando estipulações constitucionais (especificamente art. 37, I e II da Constituição Federal). No caso em tela tratava-se de admissões havidas na INFRAERO. Salienta-se que houve, no passado, controvérsia sobre a aplicação dessas normas às empresas públicas e sociedades de economia mista, em

²²⁰ STF, MS nº. 24268/MG, Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05.02.2004.

²²¹ STF, MS nº. 22357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 27.05.2004.

decorrência da redação original do art. 173, § 1º da Constituição Federal.²²² No âmbito do STF a matéria foi pacificada pela decisão no Mandado de Segurança nº. 21.322 que teve como Relator o Ministro Paulo Brossard, no sentido de ser obrigatório o concurso público nas admissões de empregados naquelas entidades. Tal decisão foi publicada no Diário Oficial de 23.04.93.

Porém, em 06.06.1990 o Tribunal de Contas da União já havia firmado esse mesmo entendimento, com a orientação de anulação dos atos de admissão posteriores àquela data e não de todos os atos de admissão realizados desde a vigência da Constituição de 1988.

No caso em apreço, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes:

Está certo, portanto, que, embora o Tribunal de Contas houvesse, em 06.06.90, firmado o entendimento quanto à indispensabilidade de concurso público para a admissão de empresas estatais, considerou aquela Corte que, no caso da INFRAERO, ficava a empresa obrigada a observar a orientação para as novas contratações. Essa orientação foi revista no julgamento das contas do exercício de 1.991, assentando o Tribunal que a empresa deveria regularizar as 366 admissões, sob pena de nulidade (fls. 492). Ao julgar o Recurso de Revisão, o prazo de 30 dias para a adoção das providências referidas foi dilatado para 195 dias contados de 09.05.95, data da publicação no Diário Oficial. No entanto, tendo meu antecessor, Néri da Silveira, deferido em parte, aos 02.10.1995, a liminar (fls. 622), não se executou a decisão do TCU, objeto do presente mandado de segurança.

E após mencionar considerações doutrinárias sobre a matéria, o Ministro Gilmar Mendes trouxe a parte que mais interessa a esse trabalho:

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº. 9784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g. art. 2º).

Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los.

Vale lembrar que o próprio Tribunal de Contas da União aceitou a situação de fato existente à época, convalidando as contratações e recomendando a realização de concurso público para admissões futuras. Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

²²² Constituição Federal de 1988:

Art. 173, § 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui considero sobretudo: a boa-fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da INFRAERO; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, §1º, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa fé.

Assim meu voto é no sentido da concessão da segurança para afastar (1) a ressalva do Acórdão nº. 110/93, Processo TC nº. 016.629/92-2, publicado em 03.11.93, que determinou a regularização das admissões efetivadas sem concurso público, após a decisão do TCU de 16.05.90 (proferida no processo TC nº. 006.658/89-0), e, (2) em conseqüência, a alegada nulidade das referidas contratações dos impetrantes.

Rafael Maffini aponta outros julgados que em seu entendimento são “portadores de uma argumentação jurídica pertinente ao princípio da proteção da confiança.”²²³

O primeiro deles é cronologicamente anterior às duas últimas decisões antes relatadas. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 23.383, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, uma entidade de classe impetrou Mandado de Segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça contra ato do Ministro de Estado da Educação e do Desporto que homologou parecer emitido pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação. Esse parecer apontava para a edição de Resolução autorizando o prosseguimento de cursos da área da saúde por universidades credenciadas, desde que os cursos tivessem sido criados no interregno entre a vigência da Lei nº. 9.394/06 e a publicação do Decreto nº. 2.207/97. Questionado o ato ministerial junto ao STJ, a Terceira Seção do Tribunal denegou, por unanimidade, a ordem. Em decorrência disso a entidade interpôs o Recurso Ordinário perante o STF. Após a análise do Recurso Ordinário, o Ministro Gilmar Mendes negou provimento, sob a alegação de que a decisão atacada estaria, de fato, homenageando o princípio da segurança jurídica. Após considerações doutrinárias sobre a matéria, o Ministro concluiu que:

[...] se afigurava pacífico o entendimento autorizativo da criação dos cursos antes do advento da nova disciplina legal, não há porque negar validade à resolução que se limita a reconhecer a plena legitimidade de sua instituição nesse período.

²²³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 102.

Assim a decisão denegatória no âmbito do STJ restou mantida, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF, em julgamento datado de 17.06.2003 que invocou o princípio da segurança jurídica, no sentido de proteção à confiança gerada pela normatização então vigente.

Outro precedente trazido pelo mencionado autor é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 434.222, que teve como Relator o Ministro Carlos Velloso. Nesse caso um servidor público inativo havia se aposentado com benefícios previstos em legislação estadual anterior à Constituição Federal de 1988. Tais benefícios traziam uma vantagem acrescida aos proventos que afrontava a Constituição então vigente. Daí a resultar numa situação que, apesar de inconstitucional, com base na lei existente, possibilitou a prática de atos de efeitos concretos, cujos benefícios foram aproveitados por seus destinatários por longo período de tempo. Na decisão do Agravo Regimental interposto pela Administração Pública contra decisão que negara seguimento ao Recurso Extraordinário, em julgamento ocorrido em 14.06.2005, a 2ª. Turma do STF entendeu que, embora a lei inconstitucional já tivesse nascido morta, sem a possibilidade de ulterior convalidação pela superveniência de novas regras constitucionais, os atos concretos, bem como seus efeitos, deveriam ser preservados diante da boa-fé dos seus destinatários, que já haviam aproveitado os benefícios por longo período. A fundamentação trazia como motivação o alcance de um estado de segurança jurídica. Embora a referência expressa à segurança jurídica e à boa fé, entende-se que a decisão em comento traz notória concreção ao princípio da proteção à confiança. Fundamenta o Ministro Carlos Velloso que “os efeitos do ato da administração [...] devem ser mantidos em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé”. E diz, ainda, que:

[...] o princípio da segurança jurídica assenta-se, sobretudo, na boa-fé e na necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. No caso, não custa repetir, o ato administrativo embasa-se no princípio da boa-fé, tanto do órgão administrativo que deferiu a vantagem, como, e principalmente, do servidor, o que recomenda a manutenção dos efeitos do ato [...]

Concorda-se com posição de Rafael Maffini quando afirma que esses julgados, embora possam ser apontados como casos paradigmáticos de aplicação,

pelo STF, do princípio em tela, não são os únicos, havendo outros casos que, indiretamente, também traduzem a aplicação do princípio da proteção da confiança.

Dentre os casos narrados são apontados julgamentos nos quais o STF, sob a argumentação da aplicação, direta ou *a fortiori*, da *teoria do funcionário de fato*, manteve válidos os efeitos, perante terceiros, de atos praticados por agentes públicos que tinham tido seus provimentos posteriormente invalidados.²²⁴ Essas decisões, embora não tenham feito referência expressa e direta, concretizam o princípio da proteção da confiança uma vez que propiciam a estabilização das situações jurídicas decorrentes de atos estatais.

O STF já decidiu, em outras oportunidades, sob a alegação do princípio da proteção da irredutibilidade de vencimentos²²⁵, pela manutenção de parcelas remuneratórias mesmo quando indevidas. Com isso, mais uma vez concretizou o princípio da proteção à confiança nos atos estatais.

Rafael Maffini aponta, ainda, outro julgado que representa aplicação do princípio da proteção da confiança na jurisprudência do STF, embora também não tenha se referido expressamente a tal princípio. Trata-se do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº. 118.927, que não deu provimento ao recurso, fazendo valer o princípio da proteção à confiança (sob denominação de segurança jurídica, nas palavras do relator e na ementa). A decisão foi no sentido de não agasalhar ato da Administração Pública que, após as fases inicialmente previstas no edital, passou a fazer novas exigências. Da ementa de tal julgado retira-se que “a segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida”.²²⁶ Denota-se presente o princípio da proteção da confiança, nesse caso relacionado com a idéia de vinculação ao instrumento convocatório, o que se repete em todas as formas de seleção pública, como por exemplo, nos concursos públicos para ingresso em cargos e empregos públicos e nos procedimentos licitatórios que

²²⁴ Dentre outros aponta-se: RMS 9.757, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 17.04.1963; RE 78. 209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 04.06.1974; RE 78.594, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 07.06.1974; RE 79.628, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22.10.1974; RE 78.533, Rel. para Acórdão Min. Décio Miranda, j. 13.11.1981.

²²⁵ STF, RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 15.04.1984; STF, RE 122.202, Rel. Min. Francisco Resek, j. 10.08.1993; STF, RE 378.932, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.09.2003.

²²⁶ STF, RE-AgR 118927/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.12.1995. Ementa: CONCURSO - EDITAL - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos ao concurso não de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida.

visam a obtenção da proposta mais vantajosa para contratação com a Administração Pública.

Ao realizar buscas no Supremo Tribunal Federal é possível encontrar outras decisões nesse sentido, de promover o cumprimento das regras inicialmente estabelecidas nos editais e contratos.²²⁷

Depreende-se, portanto, que existem diversos precedentes no Supremo Tribunal Federal que, embora não mencionem expressamente o princípio da proteção à confiança, nele buscam fundamentos. Porém tais decisões carecem de sistematização, que nas palavras de Rafael Maffini “afigura-se incipiente. O caminho a ser percorrido, como antes referido, já começou, embora esteja inquestionavelmente nos seus primeiros passos”.²²⁸

²²⁷ Nesse sentido: STF, RMS 23640/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, j: 16.10.2001, DJ 05.12.2003, p. 00038: Por maioria. Resultado: Negado o Provimento, vencido o Min. Marco Aurélio que dava provimento para conceder o Mandado de Segurança. Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Concorrência Pública. Proposta financeira sem assinatura. Desclassificação. Princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. STF, ADI 2337 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 21.06.2002, DJ 21.06.2002, p. 00096. Votação: Por maioria. Resultado: A Medida Cautelar para suspender, com eficácia *ex-nunc*, a Lei 11.372 de Santa Catarina. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Concessão de Serviços Públicos. Invasão, pelo Estado-Membro, da esfera de competência da União e dos Municípios. Impossibilidade de interferência do Estado-Membro nas relações jurídico-contratuais entre o Poder concedente Federal ou Municipal e as empresas concessionárias. Inviabilidade da alteração, por lei estadual, das condições previstas na licitação e formalmente estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal e municipal. Medida Cautelar deferida. Os Estados-Membros - que não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias - também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica - CF, art. 21, XII, "b") e pelo Município (fornecimento de água - CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo.

²²⁸ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 106.

6.3 ACOLHIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se no âmbito do Supremo Tribunal Federal as decisões que acatam o princípio da proteção à confiança não são em número muito elevado, o mesmo não se pode falar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde são freqüentes tais decisões, embora não se refiram expressamente a tal princípio, mas, tenham por finalidade precípua a manutenção da proteção da confiança gerada nos particulares.

A existência de regras infraconstitucionais que acolhem o princípio da proteção à confiança, como adiante se demonstrará, resulta em diversas decisões de competência dessa Corte, que reiteradamente se manifesta no sentido de resguardar a confiança. Rafael Maffini aponta uma série de julgados tidos como precedentes naquela Corte e que serão doravante trazidos à análise, na ordem proposta pelo autor.²²⁹

Aponta o jurista que o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 407²³⁰ há muito já se valeu do princípio da proteção da confiança.²³¹ Trata-se de caso no qual servidores públicos foram aprovados em concurso público para provimento no cargo de Auxiliar de Receita da Secretaria da Fazenda do Estado do Maranhão, foram investidos e entraram em exercício. O Governador do Estado, por meio de decreto desconstituiu os atos de investidura, sob a alegação de que o concurso seria inválido. Os servidores públicos impetraram Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado, sendo denegada a ordem. Interposto o Recurso Ordinário perante o STJ, a Primeira Turma daquela Corte concedeu a ordem com o fito de invalidar o ato do Governador que desconstituíra o ato de investidura dos servidores. Embora da decisão conste a justificativa de que a desconstituição dos atos de investidura dos impetrantes não poderia ter ocorrido de forma unilateral e sem a observância do contraditório e da ampla defesa, da fundamentação da decisão consta também o argumento que o princípio da legalidade deveria ser cotejado com outros princípios não menos importantes, tais

²²⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 106-114.

²³⁰ STJ, RMS 407/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 07.08.1991, DJ 02.09.1991, p. 11787.

²³¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 107.

como a segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé. O Relator, Ministro Gomes de Barros, embasou seu voto na argumentação contida no parecer, do então Subprocurador-Geral da República, Gilmar Mendes, hoje Ministro do STF, responsável pelo embasamento de diversos votos que reconheceram a princípio da proteção à confiança naquela Corte. Consta no voto condutor que “a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto”. E mais, que:

[...] tal princípio, muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para a implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.

Verifica-se no precedente que aquela Corte considerou a possibilidade de ponderação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica com o fito de proteger a legítima expectativa daqueles que confiaram em ato estatal que dava origem a benefícios.

Outro julgado, considerado um *leading case* envolvendo o princípio da proteção à confiança em decisões do STJ, é o Recurso Especial nº. 6.518.²³² Versa sobre o caso de uma candidata que se inscreveu em concurso público que tinha como requisito, para a inscrição, a idade mínima de 18 anos. A interessada fez a inscrição sem ter completado a idade prevista. Feitas as provas, a mesma logrou aprovação. Homologado o concurso, a candidata se apresentou para a formalização da nomeação, ocasião em que já havia completado 19 anos de idade. A Administração Pública negou-lhe a investidura por não ter a idade quando da inscrição no concurso.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi favorável à candidata sob o argumento de que a idade, bem como outras condições, seria requisito para o ingresso no serviço público, não para a participação no certame. O voto condutor da decisão, ao não conhecer do Recurso Especial, fez referência ao princípio da segurança jurídica e à necessidade de serem ponderados a legalidade e o interesse público com o princípio da boa-fé e da segurança das relações jurídicas. Traz a ementa do julgado:

Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia

²³² STJ, Resp. 6518/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 19.08.1991, DJ 16.09.1991, p. 12621.

com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito.

Rafael Maffini aponta, ainda, que a jurisprudência do STJ traz uma questão relacionada com o princípio da proteção à confiança envolvendo isenção tributária. No Recurso Especial nº. 1073²³³ apreciou-se questão em que uma empresa buscava a manutenção da isenção de ICM outorgada pelo Convênio ICM 9/75, o qual foi alterado (Convênio ICM 11/81) e, posteriormente, revogado (Convênio ICM 26/83). A fundamentação consistia no fato de que a isenção seria condicionada ao desenvolvimento de um projeto ainda não concluído. A decisão monocrática, com base no artigo 178 do Código Tributário Nacional, foi no sentido de que a isenção seria revogável a qualquer tempo. Em grau de recurso o Tribunal de Justiça de São Paulo modificou a decisão, o que motivou Recurso Especial interposto pelo Estado de São Paulo.

No julgamento do Recurso Especial o STJ decidiu, por maioria, pela impossibilidade de revogação do incentivo condicionado à implementação de um projeto empresarial, se esse ainda se encontrava em execução. Coube o relato do Acórdão ao Ministro Gomes de Barros, que consignou que revogar a isenção “em pleno andamento do plano seria reprovável deslealdade, que não se deve permitir ao Estado”. Ressalta-se no julgado o dever do Estado observar, sob pena de configuração de conduta desleal, as expectativas por ele mesmo criadas sobre as quais os administrados legitimamente depositaram sua confiança. Nesse mesmo sentido, da manutenção de conduta leal por parte da Administração, Rafael Maffini apresenta outros julgados.²³⁴

²³³ STJ, Resp. 1073/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Rel. para Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 18.12.1991, DJ 22.06.1992, p. 9723.

²³⁴ Traz o referido autor que, sobre a matéria, outros dois precedentes chamam a atenção. “O primeiro deles consiste no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 1.694. Relata-se no caso que, durante aproximadamente 17 anos, o Estado do Rio Grande do Sul, através dos órgãos competentes, mantinha um programa, intitulado ‘residência multidisciplinar’, integrando vários profissionais (médicos, enfermeiros, terapeutas ocupacionais etc.). Segundo o programa, os profissionais, selecionados por concurso público, teriam regime de trabalho integral, com dedicação exclusiva, mediante contra-prestação pecuniária equivalente ao devido em programas de residência médica. Com a superveniente edição de legislação alterando os critérios de remuneração da residência médica, o Estado do Rio Grande do Sul deixou de cumprir o pactuado em relação aos profissionais que não fossem médicos, os quais, então pleitearam junto ao Tribunal de Justiça que fossem mantidos os critérios pactuados, pretensão essa que não foi tutelada.

O STJ reformou a decisão sob o argumento de que também a Administração Pública, em relação aos contratos que celebra, deveria se sujeitar aos ditames de boa-fé e de lealdade, cumprindo as promessas feitas. Por ocasião do julgamento, inclusive, fez-se referência ao voto vencido no Tribunal de Justiça, de lavra do Desembargador Décio Erpen, que qualificou a ação do Poder Público como uma verdadeira ‘deslealdade estatal’.

Quanto aos limites à revogação de atos administrativos que geram efeitos benéficos aos seus destinatários, também há precedentes. No Mandado de Segurança nº. 4.288²³⁵, o STJ entendeu haver limites à revogação de atos administrativos que geram efeitos benéficos aos seus destinatários, limitando a extinção de atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade. No caso em análise o Ministro de Estado da Administração Federal e da Reforma do Estado prorrogou a validade de concurso público para ingresso no Quadro do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e em outros órgãos da Administração Pública Federal. Posteriormente o mesmo Ministro revogou o ato de prorrogação do concurso público. Alguns candidatos aprovados no certame impetraram mandado de segurança insurgindo-se contra o ato de revogação. A decisão foi no sentido da invalidação do ato administrativo que havia revogado o ato de prorrogação do concurso público, sob a justificativa de que a extinção de atos válidos, quando objeto de revogação, demanda mais cautela do que em relação a atos inválidos. Reconheceu-se a figura de atos irrevogáveis. Dentre os casos de atos irrevogáveis estariam os atos geradores de direitos subjetivos devidamente adquiridos. O STJ entendeu que a prorrogação do concurso público era ato discricionário, a ser ou não adotado pela Administração, sem que isso gerasse

Ainda nessa linha de raciocínio, é possível referir o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 6.183. O Banco do Brasil, o Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda, o Ministério da Agricultura e a Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados firmaram um 'memorando de entendimento', pelo qual o Banco do Brasil reconheceu 'a conveniência de suspender os processos' de execução ou de cobrança nos casos em que houvesse 'ânimo do devedor de acertar as contas', assumindo publicamente o compromisso de suspensão dos referidos processos pelo prazo de até noventa dias.

Diante disso, um cliente do Banco do Brasil que se enquadrava nas condições acima referidas protocolou requerimento de acerto de contas e almejou a suspensão do processo executório, no qual um bem penhorado já estava com praça designada. Indeferido o pedido administrativo, o agricultor impetrou Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça, sendo a decisão de mérito denegatória da segurança pretendida. O fundamento da decisão de improcedência centrou-se no fato de que o referido 'memorando de entendimento' não possuiria caráter generalizado e normativo, sendo, pois, inapto a ensejar a configuração de seu direito líquido e certo.

A partir de bem lançadas considerações acerca da responsabilidade pré-contratual e do princípio geral da boa-fé, o Min. Ruy Rosado de Aguiar assentou que 'o que vale para a autonomia privada, vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital é predominante público, nas suas relações com os cidadãos'. Demais disso, asseverou-se que o referido ato estatal criaria 'no devedor a justa expectativa de que, comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer acerto de contas, teria o prazo de suspensão de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Assim, reconheceu-se que a expectativa criada através de ato estatal deveria produzir o efeito de se garantir a observância do comportamento estatal, sobre o qual a confiança dos seus destinatários havia sido legitimamente depositada.' MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 109-111.

²³⁵ STJ, MS 4288/DF, Rel. Min. William Patterson, Terceira Seção, j. 12.06.1996, DJ 24.06.1996, p. 22703.

direito subjetivo²³⁶ dos concursandos. Contudo, uma vez prorrogada a validade do certame, essa circunstância transformaria a expectativa dos candidatos aprovados num direito subjetivo, passível de ser tutelado jurisdicionalmente. Assim, criada tal expectativa, deve ser observado o prazo da prorrogação, motivo pelo qual a expectativa ensejaria limites à extinção do ato administrativo de prorrogação por questões de conveniência e oportunidade. Equiparou-se a situação àquela existente quando da nomeação de servidores públicos, uma vez que os aprovados em concurso público não teriam direito subjetivo de serem nomeados. Contudo, uma vez nomeados, surgiria a legítima expectativa, traduzida em direito subjetivo, de serem empossados, motivo pelo qual não poderia o ato de nomeação ser simplesmente revogado.

Em diversas decisões o Superior Tribunal de Justiça, ora invocando a vinculação ao instrumento convocatório, ora a impessoalidade, ora a finalidade, por vezes a moralidade, considerou inválida a imposição de regras, interpretações ou restrições aplicáveis a concursos públicos em momento posterior à publicação dos instrumentos de chamamento, bem como após a realização de suas fases.

Como já comentado anteriormente, em que pese a invocação dos referidos princípios (moralidade, finalidade, impessoalidade, boa-fé, dentre outros), sempre se depreende das decisões a proteção à confiança. Isso porque alterações ou imposições trazidas após o início do processo seletivo tendem a frustrar as expectativas dos interessados na observância das regras editalícias. Rafael Maffini aponta que haveria afronta ao princípio da proteção da confiança até mesmo em relação à supressão de lacunas contidas nos instrumentos convocatórios, pois

[...] sendo o edital o ato normativo que determinará a condução do certame, toda e qualquer omissão ou silêncio havido em seu conteúdo não poderão credenciar a expedição de regras que venham a criar condições inovadoras, por mais proveitosas que pareçam ser.

E adiante complementa:

²³⁶ Direito subjetivo é aquele do qual o indivíduo é titular, por ser inerente à sua pessoa. É a faculdade de agir, de exigir a prestação ou abstenção de atos ou o cumprimento da obrigação a que a contraparte esteja sujeita. Segundo Angela Cássia Costaldello “Os direitos subjetivos constituem atributos inseparáveis do sujeito, como uma manifestação de sua liberdade. Surgem como potestades jurídicas, desvinculadas de qualquer relação concreta, tendo por pressuposto o sujeito que tem direitos, assegurados pelo ordenamento jurídico, e que podem ser exercidos. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 111.

Com efeito, uma vez lançado o instrumento convocatório de um concurso público, de uma licitação ou de qualquer outra forma de seleção pública, deve-se criar um ambiente de tutela jurídica das expectativas geradas pelo que tais editais dizem expressamente, bem assim em relação aos seus eventuais “silêncios”.²³⁷

Do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 5.437²³⁸, extrai-se o cuidado na preservação da confiança, posto que, ao analisar a imposição de regras após o início do concurso, manifestou-se a Corte que “o candidato deve possuir uma perspectiva precisa do concurso a que vai se submeter, e ela influi decisivamente em seu comportamento durante as provas”.

Na fase que antecede as contratações com a Administração Pública também são comuns os pronunciamentos do STJ no sentido de manter as condições originalmente estabelecidas, com o fito de preservar a confiança e as expectativas dos administrados. São recorrentes as decisões no sentido de restabelecer as condições estabelecidas no edital de licitação, bem como no sentido de desconstituir alterações efetuadas durante o trâmite dos procedimentos.

Exemplifica tal entendimento o julgamento do Mandado de Segurança nº 5755²³⁹, que teve como Relator o Ministro Demócrito Reinaldo. A decisão concedeu a segurança reconhecendo a inobservância do devido processo legal, pela alteração do edital no curso do procedimento licitatório, em desobediência aos ditames da Lei. Foi determinada a correção, com fundamento no princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A decisão reconhece que o instrumento convocatório norteia a atividade do Administrador no procedimento licitatório, que constitui ato administrativo formal e se erige em freios e contrapesos aos poderes da autoridade julgadora. O devido processo legal se traduz (no procedimento da licitação) na obediência à ordenação e à sucessão das fases procedimentais consignadas na lei e no edital de convocação, sendo este inalterável através de mera comunicação interna aos licitantes (art. 21, § 4º., da Lei nº. 8.666/93). Assim conclui que, iniciado o certame, a alteração editalícia que traga reflexo nas propostas já apresentadas, exige a divulgação pela mesma forma que se deu ao texto original, determinando-se

²³⁷ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 113-114.

²³⁸ STJ, RMS 5437/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, j. 06.04.1999, DJ 10.05.1999, p. 195.

²³⁹ STJ, MS 5755/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, j. 09.09.1998, DJ 03.11.1998, p. 6.

a publicação do Edital pelo mesmo prazo inicialmente estabelecido, não sendo suprida a exigência por meros avisos internos. Entendeu-se que a forma utilizada desatende a legislação de regência e gera aos participantes o direito subjetivo a ser protegido pelo Mandado de Segurança. Nesse sentido são encontradas outras deliberações.²⁴⁰

No aspecto que mais interessa a esse estudo, envolvendo contratos celebrados com a Administração, aponta-se como precedente no Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial nº. 141.879²⁴¹ que reconheceu a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança, em especial no sentido da aplicação da teoria dos atos próprios em face da Administração Pública. Tratava-se de caso no qual o Município de Limeira, após ter celebrado contratos de promessa de compra e venda de lotes localizados numa área de seu domínio, em que se incumbira de formalizar o loteamento, propusera ação ordinária pretendendo invalidar tais negócios jurídicos sob a alegação de que o loteamento era irregular, faltando-lhe o registro, o qual dependeria de atos praticados por outros órgãos públicos. Inicialmente julgada

²⁴⁰ STJ, MS 5601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, j. 06.11.1998, DJ 14.12.1998, p. 81. Decisão: Por unanimidade, conceder a Segurança. Ementa: Administrativo. Processual Civil. Procedimento licitatório. Instrumento convocatório. Vinculação da Administração e dos participantes. Pressupostos de sua mutabilidade. Inobservância. Mandado de Segurança. Concedido. Vinculada, que está, a Administração, ao Edital - que constitui lei entre as partes - não poderá dele desbordar-se para, em pleno curso do procedimento licitatório, instituir novas exigências aos licitantes e que não constaram originariamente da convocação. Estabelecido, em cláusula do Edital, que as empresas recém-criadas ficaram dispensadas (como prova de qualificação técnica) da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, era defeso, à Administração, mediante simples aviso interno, criar novas obrigações aos licitantes, inobservando o procedimento consignado na lei. É lícito, à Administração, introduzir alterações no Edital, devendo, em tal caso, renovar a publicação do aviso por prazo igual ao original, sob pena de frustrar a garantia da publicidade e o princípio formal da vinculação ao procedimento. A exigência da publicidade plena (do processo licitatório) não preclui pela inexistência de reclamação dos licitantes, na fase administrativa e não impede que a corrigenda se faça na esfera jurisdicional, porquanto, segundo mandamento constitucional, nenhuma lesão de direito poderá ficar sem a apreciação do Judiciário. Não é irregular, para fins de habilitação em processo de licitação, o balanço que contém a assinatura do contador, ao qual a lei comete atribuições para produzir e firmar documento de tal natureza, como técnico especializado. Segurança concedida. Decisão indiscrepante.

STJ, REsp. 354977/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 18.11.2003, DJ 09.12.2003, p. 213. Decisão: Por unanimidade, negar provimento ao Recurso. Ementa: Recurso Especial. Licitação. Leilão. Edital. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Edital faz lei entre as partes. 1. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes.

²⁴¹ STJ, REsp. 141879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 17.03.1998, DJ 22.06.1998, p. 90. Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. - Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. Recurso não conhecido.

improcedente a ação, essa decisão foi mantida no Tribunal de Justiça do Estado. Na análise do Recurso Especial o STJ não conheceu do Recurso sob o fundamento de que o princípio da boa-fé (no caso entendido como proteção à confiança)

[...] deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.

Dessa decisão consta ainda o argumento de que o Município deveria regularizar o empreendimento, nos termos do artigo 40 da Lei nº. 6.766/79, mesmo se o loteamento tivesse sido oferecido por terceiros, de forma que, com maior razão, deveria fazê-lo nos loteamentos executados pelo próprio Município.

Outro precedente importante é trazido no julgamento do Recurso Especial nº. 147666²⁴², Relator Ministro Ari Pargendler, que envolve a promessa da Administração, em edital de licitação, que previa a permissão de uso de determinado local para instalação de lanchonete. Do instrumento constava a permissão de uso de outros espaços para outras atividades de diferente natureza, o que gerou nos interessados a expectativa de utilização exclusiva para o ramo de alimentação. Contudo a Administração, diante da ausência de interessados em diversas salas, alterando a destinação originária, outorgou permissões para atividades similares no ramo de mini-lanchonete e pastelaria. O permissionário buscou o Judiciário para fazer valer a promessa constante do edital de licitação, com a declaração de insubsistência dos posteriores atos de permissão, que além de se configurarem prejudiciais ao impetrante representavam uma violação à promessa da Administração e uma afronta à expectativa criada no impetrante. Tal recurso foi provido e a segurança concedida.

A análise do acolhimento desse princípio na jurisprudência ficará adstrita aos tribunais superiores. Contudo, são encontrados diversos julgados envolvendo as matérias já tratadas, nos mais variados tribunais, que resguardam a confiança depositada pelos administrados na Administração Pública. Vários desses julgados envolvem dispositivos legais, alguns dos quais se entende, acolhedores do princípio da proteção à confiança, como adiante se constatará.

²⁴² STJ, REsp. 147666/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, j. 03.09.1998, DJ 19.10.1998, p. 65.

6.4 ACOLHIMENTO NA LEGISLAÇÃO

A exemplo do que ocorreu na Alemanha, na Espanha e na França, depreende-se que também no Brasil o princípio da proteção à confiança no Direito Administrativo foi recepcionado inicialmente pela jurisprudência e pela doutrina para somente depois ser positivado.

Embora seja possível encontrar normas legais anteriores, como adiante se demonstrará, considera-se o marco da positivação deste princípio na legislação federal a inserção das disposições constantes da Lei nº. 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.²⁴³

Essa Lei estabelece, em seu art. 54, o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos eivados de vícios de legalidade, quando concederem efeitos favoráveis aos seus destinatários, para que a Administração possa anulá-los, salvo se comprovada má-fé.²⁴⁴

Embora a ementa da Lei traga que a mesma regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, entende-se que tal norma tem sua aplicação irradiada para toda a Administração Pública, ainda que de forma não obrigatória, pois representa uma confirmação de postulados constitucionais, os quais têm caráter obrigatório, independentemente da esfera de administração dos diversos entes públicos.²⁴⁵ Aplica-se à atividade administrativa, ainda que de caráter decisório

²⁴³ Resultante do Projeto de Lei nº. 2.464/96, de iniciativa do Poder Executivo, a Lei nº. 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal foi elaborada por uma Comissão de Juristas composta inicialmente por Almiro do Couto e Silva, Caio Tácito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Inocêncio Mártires Coelho, José Carlos Barbosa Moreira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Odete Medauar (nomeados pela Portaria nº. 1.404, de 17.10.1995 – Ministério da Justiça). Posteriormente juntaram-se àqueles Adilson de Abreu Dallari, Cármen Lúcia Antunes Rocha, José Joaquim Calmon de Passos e Paulo Eduardo Garrido Modesto (nomeados pela Portaria Conjunta nº. 47, de 31.10.1996 – Ministérios de Estado da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado).

²⁴⁴ Lei nº. 9.784/99:

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

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

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

²⁴⁵ Nesse sentido, comenta Marçal Justen Filho: “A Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição. Isso produz uma situação muito peculiar. A Lei nº. 9.784 disciplina o tema do processo administrativo no âmbito federal. Portanto,

e não tão somente para os atos administrativos internos objeto de um processo administrativo.²⁴⁶ A aplicação da Lei é ampliada ao se constatar que o dispositivo analisado revogou, em parte, o art. 114 da Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O artigo parcialmente revogado dispunha que “A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.” Se a Lei nº. 9.784/99 impôs limite temporal para a revisão em determinados casos – a bem da segurança jurídica e da proteção à confiança -, por certo que sua aplicabilidade restou limitada.

O dispositivo analisado traduz-se em uma restrição à autotutela administrativa uma vez que traz óbices ao então quase absoluto dever-poder da Administração invalidar seus atos quando eivados de vícios. Por representar um obstáculo à invalidação de atos administrativos ainda que viciados, e portanto reconhecer a preservação dos mesmos, sob determinadas condicionantes, como tempo decorrido do ato, existência de boa-fé e existência de efeitos benéficos, conclui-se que efetivamente a norma visa resguardar a confiança depositada pelos destinatários na Administração.

A mesma Lei nº. 9.784/99 resguarda, em outros dispositivos²⁴⁷, a proteção à confiança. No art. 2º. *caput*, foi inserido o princípio da segurança jurídica como norteador da atividade administrativa. Pela estreita vinculação do princípio da

poderia dizer-se que o diploma não afetaria as demais órbitas federativas, titulares de competência privativa para dispor sobre o tema no seu próprio âmbito. Ocorre que a Lei nº. 9.784 torna evidentes certos postulados de natureza constitucional, de observância obrigatória em toda e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei nº. 9.784 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule ‘normas gerais’, mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da Federação) encontra na Lei nº. 9.874 uma espécie de ‘confirmação’ do conteúdo da Constituição. As regras meramente procedimentais, porém retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 81.

²⁴⁶ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 118.

²⁴⁷ Lei nº. 9.784/99:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

...

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

...

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

segurança jurídica e do princípio da proteção à confiança, por certo que o intuito é também preservar esse, tido como feição objetiva daquele. Sobre a inserção de tal dispositivo na Lei, comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa idéia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre os critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior.²⁴⁸

Denota-se, pela própria explicação da autora, que o intuito é resguardar a confiança dos administrados no agir da Administração Pública, evitando a quebra da confiança por interpretações desconstruídas no trato das atividades públicas.

O mesmo artigo traz, em seu inciso IV, a imposição de que a atividade administrativa seja regida segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. A mesma boa-fé que, em determinados casos, representa um pressuposto de incidência da proteção à confiança.

Embora se considere que essa legislação foi a que mais claramente acolheu o princípio da proteção à confiança, pode-se dizer que há em diversos outros dispositivos legais, ainda que de forma implícita, a proteção à confiança depositada pelo administrado nas atividades estatais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Lei nº. 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – traz, em diversas passagens, dispositivos que visam resguardar essa confiança do administrado.

Já na Seção I do Capítulo I, ao tratar dos princípios, são inseridos os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, que por certo visam resguardar a confiança do administrado de que o certame não se desviará da forma previamente estabelecida e, tampouco, se utilizará de critérios

²⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 84.

que não sejam passíveis de conferência na escolha da melhor proposta para a Administração.²⁴⁹ Tais princípios recebem reforço em outros dispositivos.

Quanto à vinculação ao edital, traz o art. 40 os elementos obrigatórios que devem constar do instrumento convocatório, representando estes os limites de atuação do administrador público.²⁵⁰

Destacam-se dentre as estipulações, a demonstração, desde logo, das condições para participação na licitação e o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos. Com isso afasta-se a subjetividade no certame, impondo um rito que gere confiança no administrado e que, em caso de descumprimento, seja restabelecido pelo Judiciário, a pedido do interessado. Também o fato da minuta do contrato a ser firmado constituir anexo do edital, dele fazendo parte integrante, visa resguardar a confiança do licitante, dando-lhe a certeza de que a contratação proposta pela Administração não guarda aspectos sigilosos ou obscuros.

Somam-se aos dispositivos já citados o art. 41, o art. 43, inc. V e o art. 48, inc. I que reiteram a obrigatoriedade da Administração em observar as normas e condições do edital, e que obrigam a proceder a um julgamento conforme critérios

²⁴⁹ Lei nº. 8.666/93:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º. têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

²⁵⁰ Lei nº. 8.666/93:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

...

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

objetivos previstos no instrumento convocatório, inclusive desclassificando propostas que não atenderem o ato de chamamento.²⁵¹

No que concerne ao contrato administrativo, novamente a Lei prevê, em seu art. 55, inc. XI, que será cláusula obrigatória em todo contrato a que estabeleça a vinculação ao edital ou à dispensa ou inexigibilidade da qual se originou.²⁵²

Tais previsões, que de forma reiterada dispõem sobre o dever de vinculação ao instrumento convocatório, prestam-se a concretizar o princípio da proteção à confiança na medida em que impõem à Administração Pública proibição de frustrar a expectativa daqueles que confiaram nas regras que a própria Administração estabeleceu para o certame. Por certo que a alteração de regras editalícias, ou a imposição de novas normas ou interpretações, sobretudo as de índole restritiva, afrontam o princípio em comento.

O art. 58 estabelece as prerrogativas da Administração, ou cláusulas exorbitantes, listando dentre outras, no inc. I, a possibilidade de alteração unilateral, mas consignando que devem ser respeitados os direitos do contratado, em direta proteção à confiança por este depositada na Administração Pública, gerador de expectativas legítimas. Também nos parágrafos desse artigo são trazidos outros limites à atuação da Administração, que não poderá alterar as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos, salvo com concordância do contratante. Em havendo tal concordância, prevê, desde logo, sejam revistas tais cláusulas econômico-financeiras para que se mantenha o equilíbrio contratual.²⁵³ Destarte,

²⁵¹ Lei nº. 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

...

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

²⁵² Lei nº. 8.666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

...

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

²⁵³ Lei nº. 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

...

mantém-se o equilíbrio contratual e, por conseqüência, embora havendo alteração das estipulações iniciais, resguarda-se a confiança do administrado de que o negócio realizado com a Administração não representaria prejuízo, mas sim uma garantia de retorno mínimo.

Importante apontar, ainda, que o art. 59 da mencionada lei traz a previsão de declaração de nulidade do contrato administrativo e seus efeitos. Embora a previsão seja de que tal declaração opera retroativamente e impede os efeitos que deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos, o parágrafo único prevê de forma expressa que a declaração de nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que esse houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados. Assim, por certo que, mais uma vez, recepciona-se o princípio da proteção à confiança uma vez que o administrado não será prejudicado por ter confiado na legitimidade dos atos da Administração, ainda que posteriormente declarados nulos.²⁵⁴

A Lei nº. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, também traz alguns dispositivos que, ainda que de forma implícita, resguardam a proteção à confiança.

No Capítulo IV, art. 9º., ao tratar da política tarifária, prevê formas de preservação da tarifa, por regras de revisão trazidas na Lei, no edital e no contrato. Os §§ 2º. e 4º. trazem a possibilidade (faculdade) de previsão contratual de mecanismos de revisão tarifária, com o fito de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro, e a previsão (imposição) de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, concomitantemente à eventual alteração unilateral do mesmo.²⁵⁵ Ao proteger esse equilíbrio, por certo que o dispositivo tem por finalidade,

§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

²⁵⁴ Lei nº. 8.666/93:

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.

²⁵⁵ Lei nº. 8.987/95:

Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

também, proteger a expectativa do particular que, ao contratar com a Administração o fez na confiança de que teria determinado retorno no cumprimento do objeto da contratação.

A mesma Lei, no Capítulo V, art. 14, ao tratar da Licitação prevê que o certame observará os princípios do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.²⁵⁶ O art. 18, ao prever os elementos mínimos que devem constar no edital, os arrola em seus incisos I a XV, e nos casos em que envolvam contratos de permissão. O inc. XVI determina sejam tornados públicos os termos do contrato de adesão a ser firmado.²⁵⁷ Pela semelhança das estipulações presentes na Lei de Licitações, entende-se cabíveis as argumentações trazidas quando da análise dos dispositivos daquela Lei.

Por fim, outro diploma que merece análise é a Lei nº. 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada²⁵⁸ no âmbito da Administração Pública.

Nas Disposições Preliminares, art. 4º.²⁵⁹, são trazidas as diretrizes a serem observadas, das quais se destacam o respeito aos interesses dos entes privados incumbidos da execução dos contratos e a transparência dos procedimentos e das

§ 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

...

§ 4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

²⁵⁶ Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

²⁵⁷ Lei nº. 8.987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

...

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

²⁵⁸ Nos termos da Lei nº. 11.079/04, parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

²⁵⁹ Lei nº. 11.079/04:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

...

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

...

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

decisões. Ambas estipulações visam proteger a confiança que o particular deposita na Administração de que essa respeitará seus interesses na contratação, mantendo-a válida, ainda quando houver alteração nas condições da contratação e quando houver alternância de governantes.

Nos artigos 10 e 12²⁶⁰ consta a previsão de que a contratação da parceria público-privada será precedida de licitação, remetendo-a às disposições da lei especial, fazendo válidas as observações já trazidas quando da análise daquela lei.

Do que foi trazido sobre a legislação federal referente aos contratos administrativos, depreende-se que as diversas leis, ainda que de forma implícita, têm resguardado o princípio da proteção à confiança, procurando tornar firmes as promessas da administração frente aos particulares.

Assim como visto na legislação federal, diversas são as legislações estaduais e municipais que tratam dos contratos administrativos e que contemplam, em maior ou menor grau, tal princípio. Contudo não será feita análise de normas estaduais ou municipais por escapar ao objetivo do presente estudo que, nesse momento, se prende a demonstrar a existência de positivação do princípio sob comento.

²⁶⁰ Lei nº. 11.079/04:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

...

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

7 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES

Como já verificado, o princípio da proteção à confiança tem larga aplicação no Direito Administrativo em geral. Impõe-se a análise de tal princípio também nas relações obrigacionais entre a Administração Pública e os particulares.

Isso porque as relações obrigacionais em que a Administração é partícipe são instrumentos indispensáveis à consecução de seus objetivos, principalmente a satisfação do interesse público, dada a maior consensualidade experimentada pela Administração Pública. Para alcançar esses objetivos faz-se necessário que tais relações resguardem a confiança nelas depositadas pelos particulares.

7.1 ÓBICES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA?

Os princípios são essenciais em um sistema jurídico. Desconsiderá-los ou utilizá-los de forma desmedida pode levar à injustiça e à desordem jurídica, posto ser possível a invocação dos princípios como justificativa para atos arbitrários ou perniciosos ao interesse público.

Contudo, os princípios coexistem de modo que um não esgota o conteúdo dos demais. Para tanto se faz necessária a ponderação dos princípios.

É notório que há choques entre os diversos princípios. Mas esses deverão ser anulados de forma casuística, ora pela utilização de um, ora pela utilização de outro em maior proporção, dependendo do valor jurídico que se pretenda tutelar.

Assim, embora tal ponderação ocorra nos casos concretos, impende analisar a aplicabilidade ou não, no plano abstrato, do princípio da proteção à confiança em face dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, reiteradamente invocados como absolutos no âmbito do Direito Administrativo, o que poderia redundar no afastamento da aplicação do princípio da proteção à confiança.

7.1.1 Princípio da legalidade

Esse princípio impõe ao Estado a observância das normas legais, norteadando suas atividades sempre dentro dos ditames da lei. Por isso mesmo, diante de situações em que há algum vício de legalidade, é comum a invocação desse princípio para desconstituição dos atos e negócios, nem que isso gere prejuízos ao particular e danos à confiança depositada na Administração. Por serem as cláusulas exorbitantes previstas em lei, é usual, ainda, a invocação da lei para sua utilização, ainda que às vezes possa ser desmedida.

Por isso questiona-se: seria o princípio da legalidade um óbice à aplicação do princípio da proteção à confiança?

O que em um primeiro momento representou a idéia do positivismo formalista, com o advento do chamado Estado Democrático de Direito, sofreu alterações nesse entendimento, com o abandono das noções de justiça formal, de legalidade, para se adotar a idéia de Estado submetido ao Direito, o qual busca a *justiça material*, substantiva.

Essa mudança trouxe sensível alteração no conteúdo axiológico do princípio da legalidade. Aqui se insere a mudança de princípio da legalidade para princípio da juridicidade²⁶¹ ou da submissão da Administração ao Direito, onde a legitimidade não se dá mais pela forma da lei, mas sim, pelo seu conteúdo, pela matéria da lei.

Assim, o princípio da legalidade e da submissão da Administração ao Direito não pode mais ser visto como legalismo estrito. Nesse sentido, ensina Juarez Freitas:

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartado no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional.²⁶²

²⁶¹ Leciona Angela Cássia Costaldello: “Porém a legalidade que hoje estão a se referir os estudiosos do Direito, diz respeito a algo mais amplo que a legalidade formal a que se submete o Poder Público. Há que se adotar, pois, a noção mais abrangente e mais profunda de legalidade, ou seja, a de juridicidade administrativa. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 49-50.

²⁶² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44.

Daí a se concluir que a invocação pura e simples do princípio da legalidade com o fito de alterar ou rescindir os contratos administrativos não mais procede, pois está o Estado vinculado não a uma legalidade estrita, formal, mas sim à legalidade de forma ampla, com o objetivo de alcançar a justiça material, aí inclusa a vedação de causar prejuízos a terceiros.²⁶³

A própria jurisprudência vem retratando uma releitura do poder da Administração de desfazer seus próprios atos. Resulta que, sem negar-se o teor da Súmula 473 do STF, vem-se conferindo a essa Súmula uma interpretação harmônica com a proteção da confiança, considerada elemento de concreção do princípio da segurança jurídica.²⁶⁴

Por sua vez, a invocação das cláusulas exorbitantes, como discricionariedade da Administração, por terem essas previsão legal, não encontra respaldo. Está o princípio da legalidade funcionando como limitador aos arbítrios e caprichos do Administrador e não como fundamento a atitudes que possam prejudicar os particulares que confiaram na correção das atitudes estatais.²⁶⁵

²⁶³ Diz Cármen Lúcia Antunes Rocha ao comentar sobre a matéria: "O 'império' da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o 'Império da Justiça', sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A 'legalidade' não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos." ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 109.

²⁶⁴ Em decisão sobre a anulação de certame licitatório, assim decidiu o STJ: STJ, REsp. 300116/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 06.11.2001, DJ 25.02.2002, p. 222.

I - "Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio." (STF – RE 108.182/Min. Oscar Corrêa).

II - "A regra enunciada no verbete nº. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência." (STJ – RMS 407/Humberto).

III - A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados.

Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º da Lei 8.666/93.

IV – A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados ofende o Art. 49, § 3º. da Lei 8.666/93.

²⁶⁵ Caio Tácito ensina que "na medida em que o poder absoluto sujeita-se ao império da lei, a conseqüente limitação de poderes administrativos permite conceber o controle da legalidade sobre a autoridade do Estado em benefício do administrado." TÁCITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, v. 81, 1987, p. 165-171.

7.1.2 Princípio da supremacia do interesse público

A supremacia do interesse público tem sido objeto de diversos estudos²⁶⁶ e julgados²⁶⁷ que apontam sua mitigação no sentido de não ser absoluta tal supremacia, uma vez que nem todos os interesses ditos públicos podem embasar a utilização de prerrogativas por parte da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que a Administração Pública não pode expressar tais prerrogativas com a mesma liberdade que fariam os particulares. Isso porque só é legítima a invocação das prerrogativas “se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu nome terá de ser exercido.”²⁶⁸

Adiante o mesmo autor faz a distinção dos interesses primários e dos interesses secundários, sendo os primários os interesses da coletividade como um todo, e os secundários os interesses que o Estado, pelo fato de ser sujeito de direitos, pode ter como qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade de servidor de interesses de terceiros (coletividade).²⁶⁹

Os interesses secundários não são atendíveis se não forem coincidentes com os primários, motivo pelo qual as prerrogativas da Administração não podem ser utilizadas de forma legítima para alcançar interesses ou conveniências secundários

²⁶⁶ Dentre os diversos trabalhos nesse sentido, pode-se destacar: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1998; ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1988; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personificação” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

²⁶⁷ Nesse sentido: STJ, REsp. 300116/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 06.11.2001, DJ 25.02.2002, p. 222, já transcrito.

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 68.

²⁶⁹ Além de diferenciar tais interesses, exemplifica: “Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles no máximo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

do aparelho estatal ou dos governantes.²⁷⁰ Representam, portanto, limite à utilização de cláusulas exorbitantes nas contratações com particulares.

Ao analisar especificamente a utilização das prerrogativas, Rafael Maffini entende que, mesmo quando existentes, essas não são diretamente decorrentes do interesse público, mas sim sofrem um fenômeno de mediatização advindo da necessidade de regras expressas contidas em lei em sentido formal.

Após embasar suas assertivas, conclui que não há óbice na chamada supremacia do interesse público para a utilização do princípio da proteção à confiança, ao contrário, esse serve como elemento para alcançar aquela, como ensina:

Em outras palavras, deve-se entender que o princípio da proteção da confiança, ao tutelar interesses privados decorrentes de expectativas legítimas dos destinatários da função administrativa, proporciona a plena satisfação do interesse público consistente na obtenção de um estado de segurança jurídica. Não seria exagerado afirmar, nesse sentido, que a proteção da confiança realiza, a um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à segurança jurídica e ao Estado de Direito).²⁷¹

Conclui-se, portanto, que os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público não são óbices à utilização do princípio da proteção à confiança, ao contrário, muitas vezes atuam em reforço a esse princípio.

7.2 NOVA ÉTICA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO

É de grande importância para a Administração se desvincular de atitudes tipicamente de império, que por vezes dirigem a atividade estatal e resultam em violação às expectativas dos particulares.

Diz Judith Martins-Costa que surge uma nova ética para a Administração Pública, traduzida na necessidade das palavras e ações da Administração serem levadas a sério, porque geradoras de legítima confiança nos particulares. E segue

²⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

²⁷¹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 75-76.

afirmando que essa nova ética para a Administração Pública “induz observar, sob uma nova ótica, os tradicionais princípios da legalidade e da segurança que até então pareciam sustentar, absolutos, os fundamentos do Estado de Direito”.²⁷²

O cada vez mais freqüente apelo à confiança na relação da Administração com o cidadão ressalta a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança para resolver os problemas do Estado de Direito.²⁷³

Assim, embora se reconheça que os princípios da legalidade e da segurança tenham em sua base a proteção à confiança, há de se esclarecer que o termo confiança trazia um outro significado, de previsibilidade e certeza dos atos estatais, tendo como base a separação entre a sociedade e o Estado, a relativa estreiteza das funções administrativas, a relativa estabilidade da produção normativa estatal e a idéia de que a relação entre os particulares e o Estado seriam *relações de poder, de sujeição ou de subordinação*.²⁷⁴ Hoje a compreensão de confiança é outra, segundo Judith Martins-Costa, de proteção jurídica e postulado ético que, além de constituir pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica, representa também uma necessidade “que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas.” E adiante arremata:

[...] em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), impondo deveres de cooperação e de colaboração que se espraiam em numerosas formas de relacionamento: parcerias, negócios jurídicos das mais diversa índole e configuração, tratativas, atos-formativos, atos-fatos, etc.²⁷⁵

No plano dogmático a expressão princípio da confiança indica a fonte produtora de deveres jurídicos e o limite ao exercício de direitos e poderes

²⁷² MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 231.

²⁷³ Almiro do Couto e Silva há muito já apontava a polarização existente entre os princípios da legalidade e da segurança, demonstrando a necessidade de ponderação e de prevalência ora de um, ora de outro, para alcançar a Justiça. COUTO e SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 46-63.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 232.

²⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 232-233.

formativos. Assim ressalta de um lado a “valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança”, condição indispensável das ações e das relações afetas à direção do Estado, e de outro a sua completa feição, uma vez que “a confiança não é pensável *in abstracto*, longe das particulares ações e situações”.²⁷⁶

Assim, “nas relações obrigacionais de direito público e de direito privado o princípio da confiança desdobra-se nos mandamentos de agir segundo a boa-fé e a lealdade – estes, há muito objeto das reflexões no Direito Privado, e segundo a moralidade pública.”²⁷⁷

Essas relações obrigacionais de direito público devem considerar que nos dias atuais a relação entre o Estado e os particulares não se traduzem mais em relações de subordinação, mas de complementação e complementariedade.

7.3 DEVERES DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARTICULARES

Essa nova perspectiva de atuação da Administração frente aos administrados demanda a tutela, nessas relações, da boa-fé²⁷⁸ e da confiança dos administrados²⁷⁹, aí incluídas as expectativas geradas pela conduta da

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 233.

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 233.

²⁷⁸ Entende-se que a previsão inserta no art. 2º, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº. 9.784/99 de que a Administração Pública deve atuar de acordo com “os padrões éticos da probidade, decoro e boa-fé” introduziu no universo da Administração Pública, de forma expressa, o princípio da boa-fé. Daí a operar, também, “nas relações obrigacionais em que é parte a Administração Pública”. Não bastasse a previsão na citada lei, que regulamenta o processo administrativo na União, consta no art. 422 do Código Civil de 2002 que: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Quanto à eventual dúvida concernente à sua aplicabilidade nos contratos celebrados com a Administração, há de se ressaltar o disposto no art. 54 da Lei nº. 8.666/93, que traz a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, abrangendo, por certo o princípio da boa-fé, inclusive em sua concepção de proteção à confiança.

²⁷⁹ Nesse sentido, ressalta Judith Martins-Costa: “A Administração – ainda que atuando como autoridade decisória – está adstrita a conformar a própria conduta a normas de comportamento que, mesmo não expressamente previstas na lei ou em atos administrativos, permitem realizar o interesse

Administração, bem como a manutenção das mesmas em respeito à confiança por elas despertada na sociedade.

Essa forma de agir deve condicionar as ações da Administração também nas relações obrigacionais. É no âmbito das obrigações negociais e extra-negociais que o princípio da confiança é especificado pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva²⁸⁰, ambos constituindo a sua dupla face.²⁸¹

Quanto à observância do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, ressalta Jesús Gonzalez Pérez:

Porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones entre las Administraciones públicas y entre las Administraciones públicas y los administrados.²⁸²

Entende-se que a boa-fé deve estabilizar todas as relações contratuais, protegendo a confiança, desde a cogitação inicial até a extinção do vínculo. Recorda Jesús Gonzalez Pérez que “la buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con que nos relacionamos”.²⁸³

Depreende-se, portanto, que embora se trate de princípio cuja aplicação foi desenvolvida inicialmente no âmbito das obrigações entre particulares, é aplicável o princípio da boa-fé objetiva, com base na proteção à confiança, essa derivada da

público sem o excessivo sacrifício da esfera jurídica dos cidadãos. Daí que, objetivamente gerada a confiança por atos, palavras ou comportamentos concludentes, esta se incorpora ao patrimônio jurídico daqueles a quem são dirigidos esses atos, palavras ou comportamentos: o Ordenamento jurídico tutela os efeitos produzidos pela ação geradora de confiança em quem nela legitimamente confiou, coibindo ou limitando a ação administrativa, ou impondo deveres à Administração.” MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 236.

²⁸⁰ Judith Martins Costa destaca que ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias de “boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do ‘alter’*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 412.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 237.

²⁸² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004, p. 53.

²⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004, p. 67.

moralidade administrativa e da segurança jurídica, para determinar comportamentos no âmbito das negociações celebradas entre a Administração Pública e particulares.

Essa proteção à confiança tem eficácia negativa (obrigação de não fazer) e positiva (obrigação de fazer). Demanda da Administração a observância de alguns deveres como de não-revogar ou revisar atos lícitos, porém inoportunos; dever de não recuar de promessas feitas; o dever de não invalidar atos ilegais, se já consolidadas pelo tempo, em certas situações (eficácia negativa). Ou ainda os deveres de colaboração e cooperação (eficácia positiva).

É a função negativa ou limitadora que influi mais diretamente sobre a utilização das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. É também essa função negativa que impede a realização de atos caracterizadores das figuras típicas, pela Administração.

7.4 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No âmbito dos contratos administrativos os princípios da proteção à confiança e da boa-fé assumem grande relevância, superando, por vezes, a importância a eles atribuída no Direito Privado.

Essa assertiva é justificada no fato dos atos da Administração Pública gozarem de presunção de legitimidade. Tais atos são legítimos e perfeitos até prova em contrário, fazendo com que os particulares tenham tais atos como manifestações públicas orientadas por uma boa-fé qualificada.

Soma-se a isso ter previsão constitucional o princípio da moralidade pública, o que torna necessária a adoção de condutas éticas por parte da Administração.

Resulta dizer que tais princípios têm o condão fazer com que se presumam de acordo com a moral e a boa-fé os atos administrativos, daí decorrendo que a conduta dos particulares frente à Administração é pautada pela crença da plena legitimidade dos atos estatais, o que deve representar a garantia de segurança e estabilidade de tais atos.

No que concerne às licitações e contratos administrativos, os particulares tomam ciência das futuras contratações mediante atos administrativos levados a

público. Os instrumentos convocatórios são atos jurídicos que trazem a notícia da contratação e seus respectivos limites (formais e materiais). Se não forem alterados conforme os trâmites previamente estabelecidos em lei e nas suas próprias normas, presumem-se perfeitos e resultam na celebração do contrato com o proponente que apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Os particulares despendem tempo, esforços e recursos objetivando a contratação. Investem e executam variados estudos e tarefas tendo por base atos públicos que gozam de presunção de legitimidade. Assim, o princípio da proteção à confiança deve apurar a compreensão desses atos jurídico-administrativos, de modo a preservar os seus efeitos e a consolidar no tempo o relacionamento público-privado.²⁸⁴

Ressalta Egon Bockmann Moreira que:

[...] os particulares não podem ver frustradas as suas expectativas e investimentos pela “mudança de humores” da Administração, pela eleição do próximo governo ou devido a uma compreensão instável dos vínculos contratuais.²⁸⁵

As obrigações contratuais, uma vez assumidas, geram a legítima crença de que as prestações serão cumpridas. Os contratos administrativos também geram tal expectativa, embora a administração goze de prerrogativas como a possibilidade de alterações unilaterais e respectivas conseqüências quanto ao equilíbrio econômico-financeiro.

Na hipótese de ser detectada nulidade contratual, deverá a Administração respeitar o devido processo legal, bem como promover a indenização ao particular.

Existem duas formas básicas de concretizar o princípio da proteção à confiança nas obrigações: a) garantir a posição jurídica embasada na confiança; ou b) propiciar a indenização àquele que confiou e teve sua confiança violada.

Analisa-se, agora, a utilização das prerrogativas da Administração e os efeitos sobre os direitos dos administrados.

²⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. (Coord.) **O abuso de poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 73.

²⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. (Coord.) **O abuso de poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 73.

7.5 CLÁUSULAS EXORBITANTES E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Na busca da consecução do interesse público goza a Administração, como antes mencionado, de prerrogativas, também chamadas cláusulas exorbitantes, derogatórias ou administrativas.

São estipulações explícitas ou implícitas, existentes no contrato ou na lei, que permitem ao Poder Público interferir nos ajustes firmados, inerentes ao regime jurídico-administrativo ao qual estão vinculados os contratos administrativos.

Merece análise a possibilidade de utilização dessas prerrogativas diante do princípio da proteção à confiança e outros elementos que influenciam as atividades da Administração.

Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar de prerrogativas da Administração Pública, que ao lado dessas existem restrições, sujeições a que a Administração Pública se submete, podendo sua inobservância resultar até mesmo em nulidade do ato administrativo, ou mesmo responsabilização da autoridade.²⁸⁶

Então a utilização das prerrogativas ou das denominadas cláusulas exorbitantes é possível à Administração, desde que observados os limites desta atuação.²⁸⁷ E tais limites ou restrições são de várias ordens, no sentido de proteger a confiança e as expectativas legítimas geradas pela atividade estatal nos particulares que com ela contratam ou mantêm tratativas.

²⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 65-66.

²⁸⁷ Comenta Angela Cássia Costaldello “Apesar da Administração Pública ser detentora de posição privilegiada em relação aos particulares, não há qualquer fundamento para que legitime um atuar desprevenido de lealdade, de boa-fé”. COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 152.

7.6 DIREITOS DOS ADMINISTRADOS COMO PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Os direitos dos administrados, também tidos por sujeições da Administração, limitam a utilização das prerrogativas e traduzem as expectativas geradas nos particulares quando contratam ou mantêm tratativas com o Poder Público.

Exemplificam essa limitação o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a inalterabilidade de cláusulas econômicas dos contratos, a vedação do enriquecimento sem causa e a obrigação do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes. Analisa-se, doravante, essas hipóteses.

7.6.1 Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Como já comentado, o contrato administrativo é celebrado à vista das condições econômico-financeiras existentes no momento da celebração e segundo os objetivos que cada uma das partes busca retirar da avença. A entidade pública que deseja a obra, o bem ou serviço torna público seu desejo impondo unilateralmente as condições, dentre as quais o preço. O particular que se dispõe a cumprir o objeto do contrato observa essas condições, mediante o recebimento de um preço que lhe propicia, segundo as condições econômicas do mercado naquele instante, uma determinada margem de ganho. A lógica é retratada por Hely Lopes Meirelles:

O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras.²⁸⁸

Os ajustes são realizados segundo esses objetivos e condições na confiança que não sofrerão alterações ou variações substanciais no futuro. A crença pressupõe que se houver alteração, deverão ser mantidas as condições existentes na época da contratação, de modo a assegurar, ao longo da vigência contratual o que fora desejado pelas partes.

²⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 166.

No sentido de proteger a confiança dos particulares no cumprimento das promessas feitas pela Administração, limita-se o poder estatal de alterar os contratos que revolvam o equilíbrio econômico-financeiro²⁸⁹, causando prejuízos ao particular.²⁹⁰ Nesse sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

E evidente que, para serem mantidas as efetivas condições das propostas (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que precede o contrato), a Administração terá que manter íntegra a equação econômico-financeira inicial. Ficará, pois defendida tanto contra os ônus que o contratado sofre em decorrência de alterações unilaterais, ou comportamentos faltosos da Administração, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda provocado por inflação, em todos os contratos que se perlonguem no tempo.²⁹¹

Ademais, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetado nem mesmo por lei, posto que há dispositivo constitucional que prevê expressamente tal manutenção.²⁹²

Em decorrência de tal limitação e de suas características, estarão as cláusulas contratuais sujeitas ou não às alterações unilaterais promovidas pela Administração.

²⁸⁹ STJ, RMS 1694/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 07.03.1994, DJ 25.04.1994, p. 9196.

ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE ESTÁGIO EM PROGRAMA MULTIDISCIPLINAR DE SAÚDE PÚBLICA - REMUNERAÇÃO VINCULADA À DOS RESIDENTES MÉDICOS - BOA-FÉ - EQUILÍBRIO ECONÔMICO - CONGELAMENTO. Se o Estado, em contrato firmado com estagiários, lhes promete remuneração igual a que paga aos médicos residentes, não pode, no curso do contrato romper esta igualdade, em detrimento aos estagiários. Os contratos administrativos não estão imunes aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico.

²⁹⁰ Nesse sentido já decidiu o STJ:

STJ, RMS 14924/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 06.09.2005, DJ 03.10.2005, p. 155.

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE USO. ALTERAÇÃO UNILATERAL. CONTRARIEDADE AO POSTULADO DA AMPLA DEFESA. 1. Não é razoável, tampouco compatível com os postulados da ampla defesa e da boa-fé, que a Administração, ao perceber que laborou em defeitos de previsão acerca dos aspectos versados em contrato administrativo de concessão e, por conseguinte, na formulação e execução de projeto por ela própria definido, suprima deliberadamente incentivo econômico pré-estabelecido em benefício do concessionário. 2. Recurso ordinário provido.

²⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 597-598.

²⁹² Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

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.

As cláusulas econômicas ou negociais, que estabelecem a relação entre os encargos do contratado e sua remuneração, são inalteráveis unilateralmente em decorrência da intangibilidade da equação econômico-financeira do ajuste, a ser mantida durante toda a execução do contrato.

As cláusulas regulamentares, também denominadas de cláusulas de serviço, que são as que regulamentam o objeto da contratação e sua forma de execução, são passíveis de alteração unilateral pela Administração, segundo as exigências do interesse público que o contrato visa a atender.

Contudo, essa discricionariedade não representa poder absoluto, uma vez que exaurida nos trâmites que precederam a contratação, sendo sua utilização excepcional.²⁹³

A alteração unilateral do contrato só pode incidir nas cláusulas regulamentares, isso é, nas de execução a cargo do contratado, e nas cláusulas disciplinadoras do prazo (extinção antecipada), observados os limites legais. Dentre os elementos passíveis de alteração nas cláusulas de serviço está o objeto, cuja execução, por óbvio, cabe ao contratado.

Afora essas hipóteses, não há que se falar em alteração unilateral do contrato posto ser reconhecida como direito do contratado a inalterabilidade das cláusulas de preço e de condições de pagamento, alteráveis apenas mediante acordo.

Ressalte-se que a alteração unilateral dessas cláusulas, chamadas de financeiras, é possível e legítima quando a Administração Pública contratante

²⁹³ Comenta Marçal Justen Filho ao tratar da matéria:

"1) Alteração do Contrato no Direito Administrativo

No direito privado, o tema da alteração dos contratos não desperta maior interesse. Em virtude do princípio da obrigatoriedade das convenções, não há cabimento para alterações no conteúdo das avenças. Qualquer alteração representa uma exceção raramente verificada. A questão é distinta no direito administrativo. A modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis. É o reflexo jurídico da superposição do interesse público.

2) Discricionariedade à Alteração de Contrato

A alteração do contrato retrata, sob alguns ângulos, uma faculdade discricionária da Administração. Não existe, porém, uma liberdade para a Administração impor a alteração como e quando melhor lhe aprouver. Tal como anotado no comentário ao art. 58, ao qual se remete, a contratação é antecedida de um procedimento destinado a apurar a forma mais adequada de atendimento ao interesse público. Esse procedimento conduz à definição do objeto licitado e à determinação das regras do futuro contrato. Quando a administração pactua o contrato, já exercitou a competência discricionária correspondente (discricionária em termos, porquanto o disposto no contrato deve ser compatível com o ato convocatório e com a proposta selecionada como vencedora). A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula 473 do STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa." JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 524-525.

suprime ou acresce o objeto do contrato ou, quando por motivos técnicos, reduz o trabalho do contratado, diminuindo seus custos.²⁹⁴ Nessas hipóteses o contratado sofre desoneração de parte de seus encargos, mesmo porque não deve haver de sua parte locupletamento sem causa. Contudo, mesmo na alteração dessas cláusulas, veda-se sejam impingidos prejuízos aos particulares.²⁹⁵

7.6.2 Rescisão unilateral

A rescisão unilateral é prerrogativa da Administração nas circunstâncias caracterizadoras de: a) inexecução total ou parcial, ou por fatores impeditivos ou prejudiciais à execução; b) por razões de interesse público.²⁹⁶

Interessa a esse estudo a última hipótese, onde se afronta a expectativa do particular na manutenção do ajuste, com os benefícios que seriam auferidos da contratação. Viola-se, portanto, a confiança.

Ao tratar dos limites da decisão administrativa pela rescisão unilateral dos contratos tendo por fundamento razões de interesse público, Marçal Justen Filho

²⁹⁴ Lei nº. 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

²⁹⁵ STJ, RMS 1603/TO, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, j. 03.03.1993, DJ 29.03.1993, p. 5218.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXCLUSIVIDADE. ALTERAÇÃO UNILATERAL, PELA ADMINISTRAÇÃO, DE CLÁUSULA REGULAMENTAR DA CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. O contrato de concessão da Administração com terceiros, para a realização de serviço público, constitui ajuste de Direito Administrativo, bilateral e oneroso, inalterável, unilateralmente, especialmente em relação a cláusulas que ocasionem manifesto prejuízo do concessionário. A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável, com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure ampla defesa ao contratante prejudicado. É ineficaz a alteração de cláusulas financeiras do contrato de concessão, com prejuízo para a concessionária, sem que aquela (alteração) tenha sido efetivada mediante procedimento licitatório. A mera autorização precária para que terceiro realize serviço já concedido, através de contrato, a outrem, é despida de efeitos jurídicos, por afrontar direito adquirido, sob a proteção de regra da constituição brasileira. Recurso Provido. Decisão Unânime.

²⁹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 222.

defende que a Administração deve respeitar estritamente os direitos do contratado.²⁹⁷

Deve indenizá-lo de forma integral pelos prejuízos acarretados. Na determinação do montante desses prejuízos devem ser considerados os gastos e despesas experimentados pelo contratado, bem como o lucro que apuraria na execução do contrato.

Esse tipo de rescisão acarreta inegáveis prejuízos à Administração, uma vez que, além das despesas anteriores, deverá ressarcir os gastos e despesas do contratado e indenizar-lhe os lucros. Assim, tal rescisão só se justifica se os prejuízos decorrentes da continuidade da contratação forem maiores que esses, acarretando maiores lesões ao patrimônio público. Por isso que tal rescisão deve ser antecedida de todos os levantamentos necessários a demonstrar a necessidade de extinção do contrato.

O contratado tem o direito de ser ouvido, ainda mais no que concerne a seus interesses diretos, como por exemplo, a apuração dos prejuízos.

Embora não seja possível retirar essa prerrogativa da Administração, a limitação à utilização da prerrogativa reside na necessária indenização do particular, que assim terá concretizado pelo efeito indenizatório a violação à confiança.

7.6.3 Enriquecimento sem causa – responsabilidade do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes

Outro elemento a restringir a utilização das cláusulas exorbitantes é a vedação ao enriquecimento sem causa, como já demonstrado, princípio geral de direito, plenamente aplicável às relações mantidas entre particulares e Administração Pública. E ao lado desse, em estreita ligação, encontra-se a responsabilidade do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes.

De uma forma geral toda e qualquer atitude da Administração, inclusive a utilização das denominadas cláusulas exorbitantes, deve observar que é vedado o enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra. Assim, a utilização de

²⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., Dialética: São Paulo, 2004, p. 574.

prerrogativas tais quais a rescisão unilateral do contrato, a alteração unilateral do contrato, o não acatamento administrativo da exceção do contrato não cumprido, e em determinados casos a imposição de sanções ao particular, quando a Administração encontra-se inadimplente com suas obrigações financeiras, são atitudes que podem ocasionar enriquecimento sem causa da Administração em prejuízo do particular.

Nesses casos que têm grande potencial de causar danos aos particulares, sendo viável a manutenção da contratação que a Administração pretende questionar, entende-se como providência mais acertada, representando isso verdadeiro limite à utilização das cláusulas exorbitantes, pela manutenção da situação já existente, como efeito do princípio da proteção à confiança. Porém, não sendo isso possível, estará a Administração obrigada a ressarcir o particular, representando esse o outro efeito do princípio da proteção à confiança.

Nem mesmo nas situações que envolvam contratos nulos ou inexistentes estaria a Administração autorizada a utilizar das prerrogativas de forma que pudesse resultar em prejuízos aos particulares. Mesmo nesses casos, se impossível a manutenção do ajuste, será devida indenização a fim de não se caracterizar enriquecimento da Administração.²⁹⁸ Sobre a matéria leciona Hely Lopes Meirelles:

²⁹⁸ Nesse sentido já se manifestou reiteradamente o STJ:

STJ, REsp. 317463/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 16.03.2004, DJ 03.05.2004, p. 126.

ADMINISTRATIVO. OBRAS EMERGENCIAIS. CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1º) tenha ela, Administração, auferido vantagens do fato e (2º) que a irregularidade não seja imputável ao contratado. 2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. STJ, AgRg. no REsp. 332956/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 21.11.2002, DJ 16.12.2002, p. 251.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. PAGAMENTO PELAS OBRAS REALIZADAS. ART. 59, DA LEI 8.666/93. - A existência de nulidade contratual, em face da alteração de contrato, que no mesmo campo de atuação, ou seja, obras em vias públicas, modifica o objeto originalmente pactuado, não mitiga a necessidade de pagamento pelas obras efetivamente realizadas. - A devolução da diferença havida entre o valor da obra licitada e da obra realizada, daria causa ao enriquecimento ilícito da administração, porquanto restaria serviços realizados sem a devida contraprestação financeira, máxime, ao se frisar que o recorrente não deu causa à nulidade. - Agravo regimental improvido.

STJ, AgRg. no REsp. 303730/AM, Rel. Min. Paulo Medina, Segunda Turma, j. 17.09.2002, DJ 02.12.2002, p. 273.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

NULIDADE. ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº. 8.666/93. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE INDENIZAR DA ADMINISTRAÇÃO. Para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº. 8.666/93, necessário se faz a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato

O contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, só subsistindo suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. Todavia, mesmo no caso de contrato nulo ou inexistência de contrato, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever moral e legal (art. 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento.²⁹⁹

Entende-se presente o enriquecimento sem causa onde tenha havido de fato execução de um contrato mesmo que esse em direito não exista. O consentimento da Administração pode ser consentimento de fato, decorrente de assentimento manifestado por elementos externos à vontade administrativa. Como exemplos, pode-se citar a urgência, a necessidade ou o caráter indispensável das prestações, que fazem presumir o consentimento administrativo.

Daí os limites à utilização das cláusulas exorbitantes frente ao princípio da proteção à confiança, respaldado por institutos como a vedação ao enriquecimento sem causa e a responsabilidade da Administração pelos contratos inválidos ou inexistentes.

Contudo, não sendo viável a manutenção da situação, a vedação ao enriquecimento sem causa impõe à Administração o dever de indenizar o particular que nela confiou, apostando que não seria prejudicado se mantivesse com ela uma relação contratual.

7.7 LIMITAÇÃO ÀS PRERROGATIVAS PELA CARACTERIZAÇÃO DE FIGURAS TÍPICAS

O direito oferece proteção com base na confiança em diversas situações, contudo, seria impossível prever todas essas ocorrências em textos legais. A

administrativo irregular, o que implica no reexame do quadro fático-probatório constante nos autos. Incidente, pois, a Súmula nº. 07/STJ. Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas. Agravo regimental improvido.

²⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 23. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 209.

proteção à confiança está intimamente ligada ao princípio da boa-fé. Da mesma forma que o princípio da boa-fé precisa do processo de concreção para que seja aplicado, também o princípio da proteção à confiança depende da atuação judicial no caso concreto para que seja efetivamente tutelado.

Muitas vezes essa atuação se dá no caso concreto, não estando o julgador limitado aos textos legais. Em diversas oportunidades, para que seja viável esse trabalho, deve o magistrado se valer de conceitos que podem ser estranhos ao direito, a fim de mensurar se a conduta do agente está dentro do usualmente aceito pelos usos e costumes do tráfico jurídico, e para mensurar seu significado jurídico perante aqueles que a praticam.

Após reiterados julgamentos envolvendo casos semelhantes em que foram aproveitados elementos extra-jurídicos para solução de conflitos, formam-se catálogos de jurisprudência e a sistematização destes catálogos reporta ao sistema o princípio fundamentador comum, agora de forma concreta.³⁰⁰

Esse processo é dinâmico, o que resulta numa constante mudança dos elementos caracterizadores da conduta típica. Contudo, quando tais características são comuns a uma série de situações, surgem conceitos que podem ser utilizados em todos os casos, podendo redundar numa aplicação de soluções generalizadas para todos os casos assemelhados.

O agrupamento não é rígido, uma vez que a classificação dos casos não traz limites totalmente definidos, o que possibilita que uma ocorrência concreta se enquadre em mais de um grupo.

Para efeito desse estudo, adota-se a sistematização proposta no Direito Civil português por Menezes Cordeiro³⁰¹, procurando examinar a aplicação de tais grupos de casos às relações entre a Administração Pública e os particulares.

³⁰⁰ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p.140-141.

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

7.7.1 *Venire contra factum proprium*

O instituto *venire contra factum proprium* é aquele que veda, sob certos pressupostos e condições, os comportamentos contraditórios. Nesse caso existe clara ofensa à confiança, uma vez que o agente adota uma posição jurídica contrária àquela que vinha usualmente adotando.

Para sua caracterização exige-se dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferentes no decorrer do tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo, e a situação representa um exercício inadmissível do direito. Importante ressaltar que o segundo *factum* pode ser inclusive legal ou contratualmente possível.

Não se trata o *venire contra factum proprium* de toda e qualquer contradição entre comportamentos. Tem como fundamento a proteção da confiança gerada na parte contrária pelo primeiro comportamento do titular do direito subjetivo.

Assim, o que se busca nessa hipótese não é proibir a adoção de condutas contraditórias ou proteger o primeiro ato praticado, mas sim, resguardar os interesses daqueles que confiaram no comportamento inicial do agente e foram levados a uma situação que, em caso de adoção do segundo ato, em contrariedade ao primeiro, afetaria seus interesses, causando-lhes danos. Trata-se, portanto, de aplicação da teoria da confiança, do princípio da boa-fé e de exigência da própria segurança do tráfico jurídico.

A intenção manifestada inicialmente pode ser no sentido de praticar ou continuar praticando determinado ato ou no sentido de se abster de praticar certos atos. O segundo ato praticado passa a ser contraditório quando o agente deixa de fazer aquilo que usualmente vinha fazendo ou se propôs a fazer, ou passa a tomar atitudes que deu a entender que não tomaria.

Judith Martins-Costa traz como exemplo da adoção do *venire contra factum proprium*, Acórdão proferido em 19 de dezembro de 1989, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº. 589073956, caso que teve como Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr., ementado da seguinte forma:

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos

ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.³⁰²

No caso relatado, o adquirente de uma pequena loja de vestuário propôs ação de indenização contra a vendedora que por alguns dias o auxiliou na condução do negócio. Insurgiu-se contra o fato da vendedora cancelar pedidos de mercadorias feitos alguns dias após a venda do estabelecimento, o que causou prejuízos ao novo proprietário que ficou impossibilitado de repor, em tempo hábil, o estoque de roupas e acessórios. A Câmara entendeu que o ato era incompatível com a conduta anterior da vendedora que, embora tenha feito os pedidos em nome próprio e com seu CGC (o que nas circunstâncias não seria mais necessário), criou no comprador a expectativa de que os bens pedidos à fábrica lhes seriam entregues em breve.³⁰³

Ricardo Seibel de Freitas Lima, ao abordar a matéria, relata que o então Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul também teve oportunidade de julgar um caso envolvendo a figura ora tratada, cuja ementa é trazida a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL. MULTA CONTRATUAL. ABUSO DE DIREITO. Tendo a locatária solicitado a prorrogação do prazo para entrega das chaves, com a concordância da locadora, descabe cobrança de multa que exceder esse prazo, caracterizando-se abuso de direito.³⁰⁴

Em outros ordenamentos jurídicos a vedação de comportamentos contraditórios ou, ainda, o aproveitamento de posição obtida por meio da violação de uma norma jurídica, se apresentam sob diversas variantes. Na *common law*, tal

³⁰² TJRS, Apelação Cível 589.073.956, Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., Quinta Câmara Cível, j. 19.12.1989, RJTJRS 145/320. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 466.

³⁰³ Consta do corpo do voto condutor: “Nesta parte, acolhe-se o princípio de *venire contra factum proprium* (WIEACKER, 1982, p. 60-61), como exigência da *fides*. Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra”.

³⁰⁴ TARS, Apelação Cível 196.044.572, Rel. Roberto Expedito da Cunha Madrid, j. 15.05.1996. O mesmo autor cita o caso em que a falta de assinatura da mulher em contrato de promessa de compra e venda, com posterior admissão em juízo pela mesma de sua existência e validade para lhe gerar efeitos convenientes, aliado ao decurso de 17 (dezessete) anos de posse mansa e pacífica dos promitentes-compradores, tornou inadmissível o ato de posterior recusa de outorga de escritura. (STJ REsp. 95.539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 03.09.1996, Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, n. 93, p. 314). LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d’Ajuda, Porto Seguro, p. 17. Disponível em: <<http://www.congresso-procuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em 02.12.2007.

tutela é assegurada pelo instituto do *estoppel*³⁰⁵, enquanto na Argentina se enquadra na categoria genérica denominada *teoria de los actos propios*.³⁰⁶

Judith Martins-Costa aponta os elementos necessários a viabilizar a proteção da confiança por meio do *venire contra factum proprium*:

a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte - porque confiou - neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.³⁰⁷

O *venire contra factum proprium* aparenta ser dentre as figuras típicas analisadas a com maior possibilidade de aplicação às relações contratuais celebradas entre a Administração Pública e os particulares, dada a maior facilidade de visualização da necessidade de proteção da confiança legitimamente criada naquele que acreditou na conduta da Administração, e também por apresentar um maior desenvolvimento judicial, pela aplicação a alguns casos concretos³⁰⁸ e pela abordagem doutrinária em estudos específicos sobre o tema.

³⁰⁵ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 153. Brasília, jan./mar. 2002, p. 142.

³⁰⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 18. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 466.

³⁰⁸ Nesse sentido decidiu o STJ: STJ, REsp. 47015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, j. 16.10.1997, DJ 09.12.1997, p. 64655.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PÚBLICO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADMISSIBILIDADE. ALTERAÇÃO NO PÓLO ATIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL NA FASE RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INSTITUIÇÃO DE PARQUE ESTADUAL. PRESERVAÇÃO DA MATA INSERTA EM LOTE DE PARTICULAR. DIREITO A INDENIZAÇÃO PELA INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL, E NÃO SÓ DA MATA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. I- Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que "*memo potest venire contra factum proprium*" e de que "*memo creditur turpitudinem suam allegans*". II- Feita a citação validamente, não é mais possível alterar a composição dos pólos da relação processual, salvo as substituições permitidas por lei (v.g., arts. 41 a 43, e arts. 1.055 a 1.062, todos do CPC). Aplicação do princípio da estabilização subjetiva do processo. Inteligência dos arts. 41 e 264 do CPC. Precedente do STF: RE n. 83.983/RJ. III- o proprietário que teve o seu imóvel abrangido por parque criado pela Administração faz jus a integral indenização da área atingida, e não apenas em relação à

Indica-se, no âmbito da Administração Pública, como precedente do Superior Tribunal de Justiça o julgamento do Recurso Especial nº. 141879/SP, que teve como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, com base na proibição de comportamentos contraditórios, impediu a pretensão do Município de Limeira de anular judicialmente contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, quando o próprio Município estava promovendo o loteamento, tomou dinheiro de interessados e tinha condições de regularizá-lo.³⁰⁹

São várias as situações em que um comportamento inicial da Administração cria uma legítima expectativa de que determinado padrão de conduta será mantido. É essa confiança legítima que deve ser resguardada pela ordem jurídica, impedindo, por meio da aplicação do *venire contra factum proprium*, que a Administração passe a praticar atos contraditórios com o primeiro comportamento, observadas sempre as peculiaridades do caso concreto.

7.7.2 *Tu quoque*

O *tu quoque*³¹⁰ representa um dos dois desdobramentos da teoria dos atos próprios, sendo o outro o *venire contra factum proprium*. Representa a regra que veda o exercício de um direito subjetivo obtido às custas da violação de uma norma jurídica, legal ou contratual.

O agente não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído.³¹¹ Isso porque ofende ao sentimento de justiça

mata a ser preservada. Precedente do STJ: RESP n. 39.842/SP. IV- Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.

³⁰⁹ STJ, REsp. 141879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 17.03.1998, DJ 22.06.1998, p. 90.

Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. - Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. Recurso não conhecido.

³¹⁰ A expressão ficou célebre pela frase de Júlio César ao ser assassinado no dia 15 de março de 44 a.C.. Quando Júlio César entrava no Senado, os conspiradores o envolveram armados de punhais. Júlio César recebeu 23 punhaladas, e suas palavras derradeiras demonstram o abalo na confiança pela participação de pessoas próximas, inclusive Brutus, seu filho único e adotivo: *Tu quoque, Brutus, fili mi!* (Até tu, Brutus, meu filho!).

³¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 461.

que um sujeito desrespeite um comando e depois, aproveitando-se de violação a norma jurídica por ele mesmo perpetrada, deseje exigir de outrem seu acatamento, ao exercer contra esse um direito subjetivo.

O campo de aplicação primordial é o contratual. No denominado *tu quoque* contratual, aquele que, ao descumprir os deveres pactuados, altera a harmonia da estrutura sinalagmática, atinge o conteúdo das prestações contrapostas e não pode, sob pena de caracterização de abuso, pretender seu cumprimento estrito.

De forma geral a pessoa que desequilibra a relação obrigacional pactuada não pode, posteriormente, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu, sendo, em alguns casos, até mesmo extinto o seu direito ou modificado o seu alcance.

Agir dessa forma representa exercer direito contrário à boa-fé, violando o princípio da confiança, em afronta ao art. 422 e praticando ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil Brasileiro.³¹²

Judith Martins-Costa aponta que no Direito Alemão o *tu quoque* retrata a regra pela qual “perante violações de normas, as possibilidades de sanção são limitadas para aquele que perpetrou, ele próprio, violações de normas”. Relata, ainda, ter como importante variante a doutrina da *Verwirkung*, ligada aos institutos da prescrição e decadência, segundo a qual o exercício do direito paralisado (*verwirkt*) aparece como um exercício inadmissível do direito e, correlatamente, como um abuso intolerável o fato da parte se amparar a) no fato de não ter ainda transcorrido o prazo legal de prescrição ou b) na falta absoluta de prazo para tal medida. Age com eficácia negativa, denegando a existência de um direito, ao impedir que o mesmo se realize. Por fim, aponta ainda ter forte aplicação no direito público. Traz como paradigmática a decisão, na Alemanha, ainda em 1908, onde se decidiu que:

[...] quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio,

³¹² Lei nº. 10.406/02 – Código Civil Brasileiro:

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

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

cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato.³¹³

Defende Ricardo Seibel de Freitas Lima que a obrigação pode ser entendida como um todo e como um processo, sendo uma das hipóteses cabíveis a falta de cumprimento de deveres anexos de informação por parte de um dos contratantes, suficientemente grave a ponto de desequilibrar a harmonia do sinalagma, podendo tornar inadmissível o exercício do direito subjetivo da parte contrária à rescisão contratual, caso a prestação não tenha sido cumprida em todos os pontos.³¹⁴

No que concerne ao presente estudo, embora uma das cláusulas denominadas exorbitantes nos contratos administrativos seja a não invocação, pelo particular, da exceção do contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus*, denota-se que aos poucos os autores³¹⁵ e até mesmo a legislação³¹⁶ trazem a possibilidade dessa invocação pelo particular.

Nesse sentido, sob o enfoque do *tu quoque*, seria possível a tutela da ordem jurídica aos particulares que, diante da falta de cumprimento por parte da Administração, de algum dos seus deveres, possa causar um desequilíbrio na harmonia das relações contratuais.

A Administração que não cumpriu integralmente os seus deveres e com isso abalou o equilíbrio de uma relação não pode, sob pena de ofensa à boa-fé e à confiança, exigir que a outra cumpra rigorosamente com sua prestação, ressalvada aí a eventual *exceptio non adimpleti contractus*.

³¹³ RGZ 67 – 1908 – 313-321, traduzida e transcrita por Menezes Cordeiro, apud MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 462.

³¹⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 20. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em 02.12.2007.

³¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 556-557, nota n. 60; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 601.

³¹⁶ A Lei nº. 8.666/93 contempla as hipóteses nas quais o particular pode invocar a exceção do contrato não cumprido, nos incisos XIV, XV e XVI do art. 78.

7.7.3 *Exceptio doli*

A *exceptio doli*, ou exceção de dolo é uma das formas pela qual a parte pode deixar de cumprir a obrigação (ainda que temporariamente) que, em situação normal, estaria obrigada a satisfazer, baseada no dolo da parte contrária.

Menezes Cordeiro leciona que exceção, em direito substantivo, é “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente”³¹⁷

A *exceptio doli* remonta do direito romano onde constituía, juntamente com a *clausula doli* e a *actio de dolo*, as três defesas específicas contra o dolo.

Trata-se de exceção, que paralisa a pretensão. Era reconhecida à *exceptio doli* uma dupla função: a) o réu alegava a prática, pelo autor, de dolo no momento em que a situação jurídica se formara (*exceptio doli praeteriti* ou *specialis*) e b) o réu contrapunha à ação a incursão do autor em dolo, no momento da discussão da causa (*exceptio doli praesentia*, ou *generalis*).³¹⁸ A segunda função desenvolveu-se de forma considerável, permitindo enfrentar situações mais tarde apresentadas ao abuso de direito.³¹⁹

Relata Menezes Cordeiro que a *exceptio doli* teve papel histórico relevante, mas sua aplicação tende a decrescer, seja pela exigência de comprovação de dolo, seja também por apresentar-se como um conceito vago, cujas aplicações, na prática, também podem ser incluídas em outros tipos.

Contudo, tal exceção pode ainda funcionar como importante meio de defesa para aquele que se vê compelido a cumprir uma pretensão não conferida pela ordem jurídica, ainda que supostamente baseada em norma genérica, desde que tal conduta se apresente como dolosa e contrária aos padrões da boa-fé e da confiança.

Embora sua alegação seja ato processual, defende José Gustavo Souza Miranda que, em determinados casos, pode gerar efeitos no âmbito de direitos materiais, em situações em que o deferimento em favor do demandado tem caráter

³¹⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 719.

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 456.

³¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 723.

satisfativo, representando a impossibilidade do demandante voltar a exercer sua pretensão.³²⁰

A *exceptio doli* tem maior aplicação nas situações nas quais se verifica abuso de direito e não visa fulminar o direito da parte adversa, mas sim impedir que a ação acarrete prejuízos ao demandado.

Ricardo Seibel de Freitas Lima aponta que a *exceptio doli* é mencionada em acórdão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 39.322, que teve como Relator o Ministro Afrânio Costa. Nesse julgado, apesar de não conhecer do recurso, a turma entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli* para paralisar a cobrança executiva de dívida comum, efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.³²¹

Nos contratos administrativos firmados entre a Administração e os particulares é possível, em tese, imaginar a aplicação dessa exceção, quando a Administração exerce um direito que, apesar de reconhecido contratualmente de forma genérica (por exemplo, as cláusulas exorbitantes), apresente-se, no caso concreto, como uma conduta dolosa e contrária aos padrões de lealdade que se deve esperar da Administração Pública, principalmente porque obrigada a observar a legalidade e a moralidade.

A aplicabilidade seria possível porque, por vezes, a conduta da Administração é pautada por caprichos e vontades dos dirigentes do momento, que, por razões diversas, pode não corresponder à conduta esperada ou à expectativa criada nos particulares.

Ricardo Seibel de Freitas Lima aponta caso recente onde entende aplicável a exceção: trata-se de contratos celebrados por sociedade de economia mista federal, onde foi constatada a concessão de diversos avais, pela Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE, em empréstimos internacionais em favor de empresas privadas, contrariando a lei e os estatutos próprios. Alegou-se, no caso,

³²⁰ José Gustavo Souza Miranda exemplifica com as obrigações de fazer, quando seu objeto é a execução de uma tarefa determinada, em lugar e tempo determinados. MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p.147.

³²¹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 15. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

falsificação de assinaturas, o que poderia obstar eventual pretensão executória dos avais, pela aplicação da exceção.³²²

7.7.4 *Supressio e Surrectio*

Um direito não exercido durante um determinado lapso temporal gera na parte contrária a expectativa de que o titular do direito dele abdicou.

Em alguns casos o exercício após longo tempo pode gerar prejuízos à parte contrária.

Para evitar tais ocorrências que afrontam a confiança e podem gerar prejuízos, invoca-se a *supressio*. Essa se caracteriza quando o titular de um direito subjetivo, em determinadas circunstâncias, não o exerceu em determinado lapso temporal. A *supressio* retira, suprime a possibilidade do titular exercer tal direito sob pena de afronta à boa-fé e a confiança.³²³

Pode-se citar como exemplo de ocorrência danosa, a cobrança de dívidas após o transcurso de longo tempo, que resulta em reajustes de valores (correção monetária e juros) que representam quantias muito superiores às devidas pelos índices normais de correção. Quanto maior o tempo decorrido entre o momento em que passa a ser exigível a dívida e a efetiva cobrança, maior será o prejuízo do devedor. Nesse caso, não se poderia impedir a cobrança, mas poderia ser limitado o ganho em função da demora no exercício do direito, que resultou num aumento indevido das responsabilidades pecuniárias do devedor. Pode-se ainda invocar a *supressio*, em determinados casos, pelo tempo decorrido sem que o direito fosse exercido, o que poderia gerar no devedor a expectativa de que o credor abriu mão do reajuste.

A *supressio* teve origem jurisprudencial no direito alemão, com desenvolvimento especialmente a partir da Primeira Guerra Mundial, com a conturbação social e econômica instalada no país, em especial com o fenômeno da

³²² LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

³²³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 797.

inflação. Se do lado do credor a correção dos valores originais visava manter o valor real do negócio, do lado do devedor essa correção poderia causar desequilíbrio na relação contratual, representando elevados ônus para o devedor. Foi o equilíbrio na relação, combinado com o fator tempo, que motivou os juízes alemães, nas causas em que foi invocada.³²⁴

Assim, pode-se depreender que a demora no exercício de um direito que cause desequilíbrio na relação e prejuízo para a parte contrária viola a lealdade e a confiança que devem nortear as relações obrigacionais.

José Gustavo Souza Miranda ressalta que, como nos demais casos, para a verificação da *supressio* no caso concreto, embora existam aspectos subjetivos, predominam os aspectos objetivos, a saber a) existência de efetivo prejuízo; b) conduta normal, que gera confiança na parte contrária; c) atuação segundo princípio da boa-fé.³²⁵

A *surrectio* é o nascimento de um direito pela prática continuada de determinada atuação, seja por ação ou por omissão, da parte contrária.

O direito surge como resguardo da confiança na continuidade de tal procedimento. Caracteriza-se como aplicação do princípio da proteção à confiança nos interesses daquele que confiou na conduta alheia.

Pode-se dizer que é a mesma situação da *supressio*, vista sob o ponto de vista da contraparte. Menezes Cordeiro chega a afirmar que a *supressio* é a visão ao contrário do verdadeiro fenômeno jurídico, a *surrectio*.³²⁶

A *supressio* e a *surrectio* não se confundem com a prescrição e com a decadência, pois se aplicam a direitos ainda não alcançados por tais institutos. Isso porque na prescrição e na decadência o direito positivo prevê prazos determinados, ao passo que na *supressio* e *surrectio* o prazo depende das circunstâncias do caso concreto.

Pode-se apontar que o Código Civil de 2002 traz em seu art. 330³²⁷ exemplo de situação que poderia caracterizar-se como *supressio* ou *surrectio*. Trata-se da

³²⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 802.

³²⁵ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153. jan./mar. 2002, p.131-149.

³²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 824.

³²⁷ Lei nº. 10.406/02 – Código Civil Brasileiro:

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

presunção de renúncia do credor quanto ao local de pagamento previsto contratualmente, quando reiteradamente realizado em outro lugar.

No âmbito das obrigações envolvendo entidade prestadora de serviço público, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou tais institutos para julgamento de questão envolvendo a cobrança de quantias devidas por previsão constante em contrato de mútuo firmado entre usuários e empresa de fornecimento de energia elétrica. A empresa pleiteava os pagamentos após o transcurso de 15 (quinze) anos da celebração do contrato. Embora não se tenha reconhecido o limite ao exercício de direito subjetivo para paralisar a pretensão da empresa concessionária no caso concreto, a ementa serve como exemplo de invocação da figura, no âmbito do Direito Administrativo.³²⁸

Entende-se que nas relações contratuais envolvendo a Administração Pública e os particulares, com as ressalvas e as cautelas necessárias no trato de interesses públicos e, muitas vezes indisponíveis, é possível cogitar da aplicação da *supressio* e da *surrectio*, nos casos de entendimentos consolidados ao longo dos anos pelas práticas administrativas.³²⁹

³²⁸ TJRS, Apelação Cível 70001911684, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, Segunda Câmara Cível, J. 04.12.2000.

Administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mútuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Cláusula contratual. Princípio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. "*Supressio*". 1. A "*supressio*" constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para a sua configuração exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro. 2. Não caracteriza conduta contrária à boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor. Hipótese em que o mútuo não só permitiu a expansão da rede pública de concessionário de serviço público de energia elétrica como também a exploração econômica do serviço mediante a cobrança da tarifa, sendo que esta, a par da contraprestação, engloba a amortização dos bens reversíveis. Ausente, portanto, desequilíbrio entre o valor atualizado a ser restituído e o benefício fruído pelo apelado durante todo este tempo, não há falar em paralisação do direito subjetivo. 3. Conquanto tenha o contrato de mútuo firmado entre o usuário e a concessionário do serviço público de energia elétrica para custeio das despesas a cargo desta de implantação do fornecimento estabelecido que a quantia seria restituída sem correção monetária, tem direito o usuário de receber o montante atualizado pena de arcar com os encargos que devem ser suportados pela concessionária e para cuja prestação e remunerado na forma do contrato de concessão. Recurso provido por ato do relator. Art. 557 do CPC. Precedente do STJ.

³²⁹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 23. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

7.7.5 Inalegabilidade de nulidades formais

Outra figura que restringe o exercício de direitos em determinados casos é a inalegabilidade de nulidades formais, desde que presentes alguns requisitos específicos.

A alegação de nulidades formais por uma parte, com o fito de deixar de cumprir obrigação assumida, será tida por abusiva em casos especiais, tais quais quando a parte contrária, estando em situação de boa-fé subjetiva quanto à existência de nulidade, tenha sua confiança afrontada e experimente prejuízos.

Contudo, considerando que no âmbito do Direito Administrativo, muitas vezes torna-se impossível a manutenção do ato ou negócio jurídico eivado de nulidade formal insanável, poderá a consequência do reconhecimento do abuso ficar limitada à reparação dos danos.

Ricardo Seibel de Freitas Lima traz exemplo da aplicação dessa figura em decisão de Tribunal português que, num caso de contrato de empréstimo, sem o reconhecimento notarial da assinatura do representante do credor, com violação expressa a dispositivo de lei, não aceitou a alegação de nulidade em razão do vício de forma por parte do devedor. A decisão retratou entendimento pela caracterização de abuso do direito, uma vez que o devedor, conhecedor *ab initio* da nulidade formal invocada, sempre pautou sua conduta de forma consentânea com o intuito de cumprir o contrato e de não o discutir.³³⁰

Exemplo de aplicação da inalegabilidade de nulidades formais, no âmbito das obrigações envolvendo a Administração Pública, é trazido no julgamento envolvendo o Município de João Pessoa que pleiteava a anulação de contrato celebrado há mais de 35 anos com Estação Rodoviária de João Pessoa Ltda., com base em nulidade a que a própria Administração teria dado causa. No julgamento ficou assentado que a

³³⁰ Portugal. Relação de Lisboa. Recurso nº. 3540/97. Relator Lino Augusto Pinto. j. 31.05.1998. **Boletim do Ministério da Justiça de Portugal**, n. 475, p. 754-756, 1998. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 22-23. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

nulidade não aproveita a quem lhe deu causa, portanto, na hipótese, não poderia o Município se prevalecer da situação jurídica por ele criada.³³¹

Outra decisão com base nessa figura é o caso do Município de Limeira que teve rechaçada a pretensão de anular judicialmente contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, invocando a irregularidade do loteamento, quando o próprio Município estava promovendo o loteamento, tomou dinheiro de interessados e tinha condições de regularizá-lo. Assim, entendeu-se injustificada a pretensão à anulação dos negócios por nulidades formais.³³² Esse mesmo julgado já foi analisado quando do estudo do *venire contra factum proprium*, o que demonstra a inexistência de limites totalmente pré-definidos, e a possibilidade de invocação de mais de uma das figuras, quando da análise do caso concreto.

7.7.6 Desequilíbrio no exercício jurídico

Por fim, nos casos de desequilíbrio no exercício jurídico enquadram-se as situações em que o exercício de um direito subjetivo, ainda que previsto em norma, se torna inadmissível quando desproporcional em seus efeitos, trazendo como consequência causar injustiça no caso concreto.

³³¹ STJ, REsp. 75502/PB, Rel. Min. José de Jesus Filho, Primeira Turma, j. 23.11.1995, DJ 26.02.1996, p. 3961.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE CONCESSÃO. RESCISÃO UNILATERAL PELO PODER PÚBLICO. - A contagem do prazo de decadência da ação rescisória começa a correr da data do trânsito em julgado da sentença. Portanto, em se tratando de decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição os seus efeitos somente ocorrem quando confirmada pelo juízo "ad quem". II - A teor do disposto no art. 485 do CPC, "a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida" nos casos em que especifica, por isso que, sendo o elenco taxativo, é incabível a ação rescisória sob fundamentos estranhos aos existentes no aludido dispositivo, mormente quando se ventila inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. III - É assente a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a nulidade não aproveita a quem lhe deu causa, destarte, na hipótese "*sub examen*", não poderia a recorrida se prevalecer de uma situação jurídica por ela criada (contrato celebrado há mais de 35 anos), para auferir vantagem em detrimento do direito da ora recorrente. IV - Recurso especial parcialmente provido.

³³² STJ, REsp. 141879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 17.03.1998, DJ 22.06.1998, p. 90.

Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. - Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. - A teoria dos atos próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. Recurso não conhecido.

São os casos comuns de abuso, que englobam todas as situações onde há um exercício inútil danoso à parte contrária; onde se exige algo que o agente sabe que deve, em seguida, restituir; ou onde haja desproporção entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto ao outro.

Ricardo Seibel de Freitas Lima traz exemplos da aplicação desta figura:

(i) na França, ainda em 1853, a célebre decisão que condenou o proprietário que construiu, em seu terreno, uma falsa chaminé para vedar a luz do dia a uma janela do vizinho; (ii) a condenação, em 1915, do proprietário que erguera, em seu imóvel, uma estrutura com barras de ferro, destinada a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho; (iii) a decisão, na Alemanha, que considerou abusivo o ato do pai que, motivado por desavenças, proibira a entrada do filho no interior de seu castelo, onde se localizava o sepulcro da mãe; e (iv) na literatura, por fim, há um famoso caso de desequilíbrio no exercício jurídico de um direito, consistente na cobrança da dívida do famoso texto *O Mercador de Veneza*.³³³

Quanto ao último exemplo, consta que o personagem Shylock, frente ao não pagamento de uma dívida no prazo legal, ao invés de aceitar o pagamento do valor combinado ou o valor combinado com acréscimos, pretende executar a multa pactuada para a inadimplência, constante em extirpar uma libra de carne do mercador Antônio, ainda que isso cause sua morte.³³⁴

No âmbito das obrigações envolvendo entes públicos, aponta-se como exemplo de aplicação de desequilíbrio no exercício jurídico de um direito a utilização de uma previsão contratual de inscrição de outro ente político em cadastro de inadimplentes, por débitos de pouca monta, de origem duvidosa ou de data recente, irrelevantes ou sem qualquer repercussão para qualquer das partes, tendo como efeito prejudicial inviabilizar o acesso da entidade ao recebimento de repasses ou ao acesso a financiamentos.³³⁵

Nas relações obrigacionais entre a Administração e particulares pode-se trazer como exemplos, à semelhança do anterior, a declaração de inidoneidade ou a

³³³ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 22-23. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

³³⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 24. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

³³⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro, p. 24. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

proibição para contratar por pequenas falhas, como por exemplo, atraso de poucos dias na apresentação de comprovante de pagamento de tributos e contribuições; ou de renovação de certidões; ou ainda apresentação de notas fiscais contendo erros. Os efeitos são altamente prejudiciais ao contratado que se vê impossibilitado de participar de certames e de contratar com a Administração, o que pode gerar, inclusive, sua inadimplência, colocando em risco a sobrevivência da empresa.

Pelo que foi visto, existem diversas figuras típicas que, após longo caminho percorrido na jurisprudência e na doutrina, acabam por direcionar o entendimento do Judiciário ao analisar os casos concretos. Essas figuras servem também de embasamento para guiar a atividade da Administração Pública no sentido de evitar a prática de atos condenáveis e que causem prejuízos aos particulares que com ela contratam ou mantêm tratativas.

8 RESSARCIMENTO DO DANO À CONFIANÇA

Como já comentado, a proteção à confiança nas relações obrigacionais pode se concretizar de duas formas: a) como limite às alterações das situações jurídicas, garantindo a posição jurídica embasada na confiança; ou b) propiciando a indenização àquele que confiou e teve sua confiança violada.

No presente tópico analisa-se a segunda hipótese, considerando a violação às relações contratuais, afrontosas à confiança, e abordando, pela estreita vinculação e pelas características específicas das contratações mantidas pela Administração Pública, também as fases pré-contratual e pós-contratual.

8.1 RESPONSABILIDADE CIVIL - ASPECTOS GERAIS

A palavra *responsabilidade* é a evolução do vocábulo latino *re-pondere*, que tem como significado o conceito de segurança, restituição ou compensação.

Explica Orlando Soares que “ao falarmos juridicamente sobre a responsabilidade civil, devemos ter em mente a idéia de obrigação, encargo, dever, compromisso, sanção, imposição”³³⁶.

Nas palavras de Maria Helena Diniz responsabilidade civil é definida como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.³³⁷

Depreende-se, portanto, que responsabilidade civil é a obrigatoriedade de ressarcir os danos a quem os sofreu, independente se quem o originou agiu ilícita (culpa) ou licitamente (nos casos da responsabilidade objetiva). Tal responsabilidade deve ser entendida por reparação de ordem econômica.

³³⁶ SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro**: teoria, prática forense e jurisprudência. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 12.

³³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

É o que prevê o Código Civil Brasileiro em seu artigo 927: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

O mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, amplia o conceito de responsabilidade civil objetiva, com a chamada teoria do risco. Estabelece tal parágrafo:

Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

8.2 CLASSIFICAÇÃO

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil apresenta uma série de classificações, a saber:

Quanto ao seu fato gerador classifica-se em responsabilidade contratual, se decorrente de descumprimento contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, no caso do agente causador do dano não estar vinculado contratualmente ao ofendido ou à vítima.

Quanto ao seu fundamento divide-se em responsabilidade subjetiva, fundada na culpa ou dolo, por ação ou omissão, que causem dano a determinada pessoa. Será responsabilidade objetiva se encontra a sua justificativa no risco.

Quanto ao agente, será a responsabilidade direta se proveniente da própria pessoa imputada (agente responde por ato próprio). Será indireta se decorrente de ato de terceiro vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda.³³⁸

Orlando Soares divide a responsabilidade civil em dois tipos básicos: a responsabilidade civil contratual, decorrente do descumprimento ou inadimplemento contratual, que resultará em perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios; e responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana.

³³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 94.

8.3 REQUISITOS GERAIS

Aborda-se a seguir os requisitos para a configuração da responsabilidade civil. São eles: conduta, imputabilidade, dano e nexa causal.

8.3.1 Conduta - ação ou omissão

Conduta é todo ato humano, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito³³⁹, voluntário ou objetivamente imputável ao agente ou a terceira pessoa que por esse é responsável.

Maria Helena Diniz esclarece:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. [...] Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade a qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta,³⁴⁰

Importante salientar que a omissão somente será relevante quando importar na inobservância de um dever de agir.

Rui Stoco destaca que "não há responsabilidade civil, sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica".³⁴¹ E esclarece: "viola-se a norma jurídica, ou através de um *facere* (ação), ou de um *non facere* (omissão)".³⁴²

³³⁹ O Código Civil Brasileiro - Lei nº. 10.406/02 - traz o que se considera ato ilícito:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

³⁴¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 64.

³⁴² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 65.

8.3.2 Imputabilidade

Imputabilidade é a possibilidade de uma conduta ser atribuída a alguém. Para que seja imputável é necessário que a conduta (ação ou omissão) tenha origem em um ato de vontade livre e capaz. Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa e, *ipso facto*, não pratica ato ilícito.³⁴³

Nas pessoas jurídicas a imputabilidade se dá pela manifestação dos atos de seus administradores, responsáveis por externar sua vontade e conduta.

8.3.3 Dano

Segundo Caio Mário “dano é elemento ou requisito essencial a etiologia da responsabilidade civil”.³⁴⁴

É uma lesão de interesse. É uma diminuição ocorrida no patrimônio. Diz-se ser essencial posto que, se não houver o que reparar ou o que ressarcir, não existirá obrigação.

Quanto à natureza, o dano pode ser material, quando atingir coisas móveis ou imóveis. É pessoal quando atinge a integridade física ou estética. O dano patrimonial é o aquele que resulta numa lesão ao patrimônio. Patrimônio para Maria Helena Diniz é “uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa”.³⁴⁵

³⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

³⁴⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

³⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

O dano moral é a lesão a interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica. Afeta a esfera moral da pessoa, sua órbita espiritual, impingindo-lhe tristeza, dor e constrangimentos. O dano moral pode ser direto, que consiste, no entendimento de Maria Helena Diniz na "lesão de um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contidos no direito a personalidade"³⁴⁶, como por exemplo a vida, a liberdade e a honra. Será indireto quando decorrente de um prejuízo patrimonial com efeitos na esfera moral do indivíduo. Exemplo típico seria o abalo experimentado pela perda de um objeto de valor afetivo. O dano moral foi elevado à categoria de direito fundamental, nos termos do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

8.3.4 Nexo Causal

Nexo causal é o vínculo entre o dano e a conduta do agente. É o que une a ação ou omissão do agente e o dano resultante dessa conduta. É condição indispensável para impor ao agente a obrigação de indenizar o dano. Sobre a matéria esclarece Caio Mario da Silva Pereira: "é necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, [...] é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não ocorreria".³⁴⁷

O nexo causal é de crucial importância tanto na responsabilidade subjetiva quanto na responsabilidade objetiva. Na última, ao restringir o elemento culpa de seu núcleo, transfere para o nexo causal a função de fator central, intermediando o resultado danoso ocasionado por uma conduta positiva ou negativa.

8.4 PRESSUPOSTO ESPECIAL – CULPA

Leciona Maria Helena Diniz que culpa é:

³⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

³⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75.

[...] em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.³⁴⁸

Daí se depreende que não é imperativa a intenção do agente em causar o dano para que resulte sua responsabilidade civil. Basta a conduta reprovável e censurável.

Relevante a constatação da culpa na caracterização da responsabilidade civil subjetiva. A culpa é caracterizada pela inobservância de preceitos legais e pode se dar em casos de imperícia, imprudência e negligência. Por imperícia entende-se a falta de habilidade ou aptidão para a realização de certa ação. A imprudência é caracterizada pela ação sem a adoção das devidas cautelas. A negligência é o desrespeito às normas que ordenam o agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.

São várias as classificações para a culpa, considerando a natureza e extensão do instituto. Apenas para citar algumas, podemos trazer a culpa *lata*, levíssima e leve; culpa contratual e extracontratual (aquiliana); culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo* e culpa *in custodiendo*; culpa *in committendo* e *in omittendo*; culpa *in concreto* e culpa *in abstracto*; culpa exclusiva e culpa concorrente; culpa presumida.

No presente estudo mostra-se relevante a diferenciação entre culpa contratual e extracontratual.

Culpa contratual é aquela decorrente de descumprimento ou inexecução de estipulações contratuais. A culpa extracontratual ou aquiliana é aquela resultante da violação do dever fundado na transgressão da lei ou de um princípio geral do direito.

³⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34.

8.5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

A teoria da responsabilidade civil subjetiva é calcada na culpa. Para sua caracterização é necessária, além da demonstração do nexo causal entre a conduta do agente e o evento danoso, a prova da culpa do agente.

Contudo, em diversos casos a teoria da responsabilização subjetiva não se mostra satisfatória à resolução da situação, posto que nem sempre a vítima é capaz de demonstrar esse elemento, muitas vezes devido à desigualdade econômica entre as partes. Vários autores passaram a entender, então, que a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfazia todos os casos.

A fim de viabilizar a responsabilização nesses casos em que a teoria da responsabilidade subjetiva não respondia às expectativas de recomposição dos danos, surgiu a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco que determinada atividade humana gera. Rui Stoco esclarece sobre esse tipo de responsabilidade civil:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação só ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. [...] Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. [...] As questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.³⁴⁹

Traçadas as principais características dessas teorias, ambas coexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise da responsabilidade civil do Estado pela violação à confiança dos particulares.

³⁴⁹ STOCO, Rui. **A responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 52.

8.6 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil ou patrimonial do Estado³⁵⁰ constitui-se no mecanismo de defesa do indivíduo frente ao Poder Público. É a garantia do cidadão de que, em caso de lesão causada pelo Estado no desempenho de suas atividades, será ressarcido. Tem por base os princípios da equidade e da igualdade, uma vez que o Estado, tal qual o particular, é responsável pelos atos danosos impingidos aos particulares. Como tal deverá ser responsabilizado pelo ressarcimento de suas atividades danosas.

A responsabilidade civil do Estado divide-se em responsabilidade contratual e extracontratual.

Colocados os pontos principais para o entendimento da responsabilidade civil, passa-se a abordar agora a responsabilidade do Estado pela violação da confiança. Essa violação pode se dar durante a relação contratual, após a execução do contrato ou antes mesmo de haver uma obrigação celebrada. Pelas características especiais da fase pré-negocial nos contratos mantidos com a Administração Pública, aborda-se a responsabilidade também nessa fase.

8.7 FASES DA RELAÇÃO NEGOCIAL

A valorização da confiança tem sua importância aumentada na medida em que aumenta a desagregação dos vínculos comunitários que marcam a sociedade.

³⁵⁰ Romeu Felipe Bacellar Filho aponta existir divergência doutrinária quanto à denominação dada ao tema. Comenta que “Para alguns, trata-se de responsabilidade do próprio Estado, por ser este o detentor de capacidade e personalidade jurídica – o titular de direitos e obrigações – para outros, a rotulação mais apropriada seria ‘responsabilidade da Administração Pública’, já que a responsabilização resulta de atos e omissões por pessoas jurídicas que a integram e não de atos do Estado organizado como entidade política”. Para efeitos deste estudo utilizar-se-á a denominação de responsabilidade da Administração “para identificar as hipóteses em que a responsabilidade surge no exercício da função administrativa”. Ainda segundo o autor, o “rótulo ‘responsabilidade do Estado’ abrange toda espécie de responsabilidade: relativa à atividade administrativa, judicial ou legislativa”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 194.

As relações obrigacionais também têm sua importância multiplicada, uma vez que visam o cumprimento das promessas realizadas pelas partes.

Esse processo tem diversas fases.

Normalmente a relação obrigacional passa inicialmente por uma fase de

[...] aproximações prévias, contatos, negociações mais ou menos intensas, ajustes preliminares do mais variado tipo, promessas diversas. A essas tratativas pode suceder-se a conclusão do negócio contratual que, se contiver obrigações projetadas no tempo, atravessará fase de amplo desenvolvimento antes de alcançar a sua finalidade, podendo-se, ainda, falar numa fase pós-contratual.³⁵¹

O campo de atuação da responsabilidade pré-negocial não coincide com o dos chamados pré-contratos ou contratos preliminares, isso porque, aí já existe contrato, e a responsabilidade pelo seu não-cumprimento é a contratual. O dano pré-negocial, ou dano à confiança, ocorre no espaço do “ainda-não-contrato”³⁵², onde inexistente vínculo contratual.

A fase pós-contratual é aquela após a extinção do contrato, onde persistem deveres, como os acessórios de conduta, mesmo após o cumprimento da prestação.

8.8 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA FASE PRÉ-NEGOCIAL

Essa primeira fase, que antecede o ajuste, é o campo de atuação da denominada responsabilidade pré-contratual, também nas relações entre particulares e a Administração Pública.

A responsabilidade pré-negocial da Administração Pública está situada no âmbito de operação da chamada responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, que é aquela resultante da violação do dever fundado na transgressão da lei ou de um princípio geral do direito. No caso em análise, a violação ao princípio da proteção

³⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 240.

³⁵² MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 240.

à confiança. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a responsabilidade civil do Estado:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.³⁵³

Inicialmente ressalta-se que a responsabilidade por danos atinge também a proteção à confiança na fase que precede o ajuste (que poderá ou não ser concluído). Daí a não se vincular de forma exclusiva à formação de contratos, mas de quaisquer negócios jurídicos, motivo pelo qual vários autores defendem que a denominação correta é “responsabilidade pré-negocial”.³⁵⁴

Ainda que as partes não estejam unidas por vínculo contratual, considera-se que efetivamente se aproximaram numa situação de confiança que vincula os que têm em comum o fato de viverem em sociedade. São os laços do contato social³⁵⁵, reforçados pelas tratativas mantidas e pela relação de confiança gerada nas partes.

Isso porque antes mesmo de concluir qualquer contrato, as partes devem agir de boa-fé, daí decorrendo sua vinculação aos deveres de segurança e de lealdade, abrangendo este último os de esclarecimento, informação e discrição.”³⁵⁶ É na

³⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 947.

³⁵⁴ Nesse sentido: COUTO e SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999, p. 163; MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 241. Ambos os autores ressaltam que a abrangência é maior do que a inicialmente proposta por Jhering, que resultou no estudo da *culpa in contrahendo*, ponto de partida para tais estudos.

³⁵⁵ A doutrina civilista alemã recorreu à noção de contato social como forma de representar a fonte de certas relações obrigacionais, as quais poderiam resultar em responsabilidade pré-contratual. Em lugar do contrato, inválido ou simplesmente não celebrado, indicava-se o mero contato havido entre as partes, em determinados casos, como fonte de obrigações. No Brasil, Clóvis do Couto e Silva transpôs os limites das teorias sobre a *culpa in contrahendo* e passou a considerar fonte comum de todas as espécies de obrigações - contratuais e extracontratuais - fazendo-a abranger maior número de fenômenos (entre os quais inclui-se a própria vida em sociedade, qualificada como a forma mais remota de contato social).

³⁵⁶ COUTO e SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999, p. 164.

violação de tais deveres, secundários³⁵⁷, que reside “o fundamento do dever indenizatório, hoje já não vinculado exclusivamente à ação culposa.”³⁵⁸

Nos contratos administrativos essa fase denominada formativa (período de contatos e tratativas preliminares) tem uma característica especial, que é a existência de licitação ou procedimento que a substitua.

Essa fase é de grande importância, pois permite a formação de um juízo de valor sobre a conveniência ou não da contratação com a Administração. Por outro lado, por ser uma fase caracterizada por um procedimento normatizado, sua importância está na razão dos efeitos decorrentes das situações em que há inobservância de tais normas, resultando numa frustração das expectativas dos particulares, o que lhes causa danos e afronta a confiança.

A fim de evitar tais ocorrências, as partes devem manter ao longo das negociações deveres de conduta tais como: comunicar à outra eventuais causas de invalidade ou modificação do negócio; não silenciar deliberadamente perante erro cometido pela parte contrária; evitar divergência entre a vontade e a declaração; abster-se de propor contratos nulos por impossibilidade de objeto; o dever de não permanecer em inércia injustificada, provocando assim danos à contraparte; não se retirar injustificadamente das tratativas quando estas já alcançaram determinado ponto capaz de gerar, no outro partícipe, a legítima expectativa de que as negociações resultarão na celebração contratual nos termos negociados ou prometidos, entre outras hipóteses. A violação de tais deveres enseja a responsabilização da parte que causa prejuízos à outra.³⁵⁹

³⁵⁷ Leciona Judith Martins-Costa que: “Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 487.

³⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 240.

³⁵⁹ Judith Martins-Costa afirma que não é apenas o silêncio doloso que é sancionado com a responsabilidade por danos, e cita outras hipóteses: a mera violação da obrigação de informar lealmente o outro negociador (principalmente quando há entre os negociadores desigualdade de poderio como no caso de Estado e particulares) e a responsabilidade pela “perda de uma chance”. Comenta, ainda, que “os deveres de lealdade pré-contratual se espraiam numa variada gama de hipóteses, seja a celebração de um contrato que depois vem a se revelar inválido, seja a quebra de deveres de informar sobre atributos da coisa a ser vendida, seja pela violação do dever de segredo por quem revela segredos ou fatos dos quais teve conhecimento em razão das tratativas, seja pelo chamado ‘recesso injustificado’, que consiste na retirada das negociações após ter gerado na contraparte a legítima expectativa de que o contrato seria celebrado, seja pela retirada, no último momento, e injustificadamente, das negociações para a repactuação de um acordo, etc.” MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e

Ensina Mário Júlio de Almeida Costa que:

[...] através da responsabilidade pré-contratual, o que diretamente se tutela é a confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações num plano de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, podendo-se chegar a formação de uma legítima expectativa da conclusão de um contrato válido e eficaz de conseqüente obtenção futura dos proveitos ao mesmo ligados.³⁶⁰

A caracterização da frustração negocial se dá pela conjugação de dois elementos: a) a ruptura injustificada e b) a confiança legítima que foi fraudada.

Mário Júlio de Almeida Costa resume sobre a questão da ilegitimidade da ruptura, ao afirmar que:

[...] o problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar-se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária.³⁶¹

A atuação da Administração Pública ganha relevância posto ser a atividade estatal condicionada à moralidade administrativa, que pressupõe uma ética pública que afasta a deslealdade, a mentira, o engodo, a torpeza. Reforça, pois, a correção na forma de agir, seriedade, lealdade e probidade, representativos da conduta segundo a boa-fé.³⁶²

Não é demais lembrar que a correção de conduta é reforçada pela presunção de legalidade e legitimidade da ação administrativa e pela desigualdade material das partes negociadoras.

A responsabilidade pré-negocial decorrente da violação à confiança (inobservância do dever de correção e boa-fé) obedece ao regime jurídico de responsabilidade extracontratual e objetiva, ditada pelo art. 37, § 6º. da Constituição

os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 245.

³⁶⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 42.

³⁶¹ ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. apud MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 246.

³⁶² MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 247.

Federal.³⁶³ Reforça esta idéia a previsão legal inserta na Lei de Licitações e Contratos Administrativos que impõe à Administração o dever de indenizar por danos pré-negociais, mesmo na hipótese do contrato vir a ser declarado nulo, desde que os prejuízos sejam regularmente comprovados.³⁶⁴

Relevante ressaltar que essa responsabilização, em se tratando da Administração Pública, não é regra a ser indiscriminadamente invocada. A própria noção de confiança não é objetiva. Não é demais recordar que a Administração por vezes tem o dever de anular seus atos, inclusive os que precedem as contratações, e por outras se vê diante da necessidade de revogar seus atos por conta de critérios de conveniência e oportunidade. Daí a se concluir que a responsabilização da Administração deverá ser precedida de ampla análise das circunstâncias do caso e dos efeitos ao particular.

O que a parte faltosa deverá ser obrigada a indenizar, em matéria de responsabilidade pré-negocial, é o interesse negativo da parte lesada, também chamado interesse da confiança ou dano negativo, que corresponde aos prejuízos que essa evitaria se não houvesse entrado em negociações injustamente frustradas com aquela (seja pelo recesso injustificado de uma das partes, seja pela revelação indevida de segredos ou informações, seja pela não dação de informações que teriam sido relevantes para formar o consenso contratual, seja pelo não cumprimento de promessas feitas na fase pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor, etc.). A indenização pelo interesse negativo deve abranger tanto os danos emergentes como os lucros cessantes, isso é, tanto as despesas efetuadas, desvalorizações ou perdas patrimoniais como as oportunidades perdidas de celebrar outros negócios, não valorização ou frustrações de confiança.

³⁶³ Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁶⁴ Lei nº. 8.666/93:

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.

É condicionante que tais prejuízos decorram da ruptura das negociações e se liguem à confiança, ou seja, devem ter ocorrido depois e por causa da própria confiança do lesado, que justifica e embasa a responsabilidade pré-contratual daquele que violou a confiança e causou danos.

Essa relação entre a efetiva diminuição do patrimônio, ou entre o que deixou de obter (confiança fraudada) deve ser direta e imediata. Não engloba fatos ou atos que não se realizaram. Assim, o interesse negativo consiste naquele que teria tido o prejudicado se a conduta do outro partícipe das negociações não tivesse despertado nele a confiança na conclusão do contrato, confiança em razão da qual o prejudicado antecipou despesas, com vistas à sua execução, ou deixou de auferir vantagem certa.³⁶⁵

Dentre os tipos de despesas incursas no âmbito do interesse negativo Judith Martins-Costa exemplifica: em caso de campanha publicitária, os gastos com gravações, contratações de atores, honorários de artistas, projetos, etc.; o aluguel de armazéns, de navios, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por não ter providenciado acomodações em outro lugar para as mercadorias necessárias, ou por ter recusado outros negócios (perda de uma chance); prejuízo causado aos direitos de personalidade pela indevida violação de informações conhecidas na fase pré-negocial, etc.³⁶⁶

O interesse positivo não é computado para fins de indenização pré-negocial porque esse é o que resultaria da realização do negócio. Exclui-se da indenização o interesse positivo pelo fato das perdas e danos não poderem se referir ao inadimplemento de um negócio que nunca foi concluído. Restringe-se às perdas que o lesado teve justamente porque o negócio não foi concluído, ou porque a promessa não foi cumprida, violando-se o dever de agir segundo a boa-fé pré-negocial, afrontando, por conseqüência, o princípio da proteção à confiança.

³⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 249.

³⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 249-250.

8.9 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA FASE CONTRATUAL

A fase contratual propriamente dita se estende desde a formação do contrato até a sua extinção.

Quanto à formação, o contrato forma-se pelo acordo de vontades. Têm-se como exceção os denominados contratos reais, que somente se completam com a entrega da coisa e os contratos solenes, nos quais a forma é da substância do negócio e sem a qual o contrato não se forma validamente. Considera-se formado o contrato administrativo, nos termos da lei, quando existente qualquer ajuste entre órgãos da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas.³⁶⁷

As partes utilizam-se do princípio da liberdade contratual para determinar o conteúdo das relações jurídicas contratuais, que sofrem as limitações da função social e da boa-fé objetiva, essa entendida inclusive no aspecto de proteção à confiança. Isto impõe aos contratantes o dever de pautar suas condutas em padrões éticos – de lealdade, honestidade, correção e probidade.

Assim, além dos deveres contratuais primários (ou principais)³⁶⁸ e secundários³⁶⁹ (deveres de prestação), passam a figurar os deveres acessórios (deveres de conduta).

Esses deveres acessórios não objetivam propriamente a obrigação principal, mas tendem viabilizar um ambiente juridicamente seguro e favorável para o seu

³⁶⁷ Lei nº. 8.666/93:

2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

³⁶⁸ Entende-se por deveres primários ou principais um fato positivo ou negativo a ser executado pelo devedor, em benefício do credor. São esses deveres primários ou principais que definem o núcleo “duro” do contrato, e, uma vez lícitos, somente encontram limitação na imaginação dos sujeitos. Sobre tais deveres esclarece Fernando Noronha que “os deveres principais são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria”. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

³⁶⁹ Os deveres secundários são aqueles que têm por finalidade complementar os primários. São também dirigidos à realização de prestações determinadas, contudo diversas das que caracterizam a obrigação primária, embora estejam diretamente ligadas à realização desta. Tais deveres não têm sentido sem os primários. Devem constar no contrato, ou decorrem de previsão legal. Pode-se citar como exemplo: na compra e venda de um automóvel (dever primário), o devedor pode assumir o compromisso de abastecê-lo ou de lavá-lo (dever secundário).

cumprimento.³⁷⁰ Podem surgir antes mesmo de constituída a relação obrigacional de onde decorrem (ou viriam a decorrer) os deveres de prestação (primários e secundários).

São esses deveres de conduta que oportunizam o cumprimento adequado da prestação pelo devedor e mantêm a confiança e as expectativas geradas com a contratação.

A extinção esperada do contrato se dá pelo cumprimento integral das obrigações ou deveres primários e secundários da prestação. Contudo, há outras causas de extinção.

Classificam-se as causas de extinção do contrato em anteriores ou contemporâneas à formação do contrato e posteriores à formação.

Apontam-se como causas anteriores à formação do contrato a nulidade (absoluta ou relativa), a condição resolutiva e o direito de arrependimento. Essas causas já existem no momento da formação do contrato, ainda que possam somente depois produzir efeitos ou ser reconhecidas. Quanto às causas supervenientes ou posteriores de extinção dos contratos aponta-se a rescisão, resolução e rescisão.

Para que ocorra a responsabilidade civil contratual (obrigacional), é necessário verificar a existência de dois requisitos: a) a validade do contrato e b) o nexo de causalidade entre o dano e o descumprimento contratual.

O art. 389 do Código Civil Brasileiro³⁷¹ prevê que o inadimplemento de uma obrigação enseja a responsabilização do devedor, com o dever de indenizar. Assim, do descumprimento da obrigação contratual decorre a responsabilidade do devedor em indenizar as perdas e danos, com acréscimo de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Ensina Rogério Ferraz Donnini que “o dano desponta à medida que a obrigação pactuada não é cumprida ou na hipótese de cumprimento inadequado, falho, distante, portanto, daquilo que foi acordado entre credor e devedor”.³⁷² Depreende-se, portanto, que a obrigação de ressarcir decorre do descumprimento dos deveres contratualmente estabelecidos, sejam primários, secundários ou

³⁷⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 342.

³⁷¹ Lei nº. 10.406/02 – Código Civil Brasileiro:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³⁷² DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

acessórios de conduta, inclusive aqueles gerados pelos princípios da boa-fé e da proteção à confiança.

Maria Gonzalez Borges lista casos típicos de descumprimento contratual envolvendo a Administração Pública. Dentre várias ocorrências, destacam-se: a) pagar valores contratados com atraso; b) deixar, sistematicamente, de pagar débitos já contraídos nas gestões anteriores, sobretudo se os antecessores pertencem a facções políticas diversas das 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; 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.³⁷³ Todas estas ocorrências são passíveis de responsabilização da Administração.³⁷⁴

Nesse tipo de ocorrência, para efeito de indenização, busca-se o interesse contratual positivo, que implica no ressarcimento pelas vantagens que a parte lesada deixou de auferir com o cumprimento do contrato. Assim, devem ser apurados os danos que a vítima do inadimplemento sofreu, bem como aquilo que ela deixou de auferir com o descumprimento.³⁷⁵

³⁷³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Temas de Direito Administrativo atual**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 190-191.

³⁷⁴ Sobre atraso nos pagamentos e quitação sem correção monetária, ocorrência bastante comum, decidiu o STJ:

STJ, REsp. 402742/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 26.03.2002, DJ 06.05.2002, p. 282.

Decisão: Por unanimidade, negar provimento ao Recurso. Ementa: Administrativo. Correção Monetária. Contrato de prestação de serviço. Pagamento com atraso. Súmulas 284 e 282/STF. 1. Aplica-se o teor da Súmula 284/STF quanto à violação ao art. 535, II do CPC e a Súmula 282/STF no que se refere às teses não prequestionadas. 2. A jurisprudência desta Corte é firme e pacífica quanto à incidência de correção monetária nos pagamentos em atraso, mesmo que não haja previsão contratual. 3. A única exceção é quando o credor, ao receber a parcela devida, mesmo em atraso, dá quitação plena. 4. A simples consignação de recebimento no anverso da fatura não induz à quitação plena. 5. Recurso Especial improvido.

STJ, REsp. 36107/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, Segunda Turma, j. 24.11.1993, DJ 13.12.1993, p. 27440.

Ementa: Contrato de obras públicas. Atraso no pagamento. Correção. Legitimidade da cobrança. Precedentes. 1- O atraso no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária. 2- Entendimento predominante desta Corte, que não discrepa da orientação traçada pelo Egrégio STF, com o qual coincide o acórdão recorrido. 3- Recurso não conhecido. Decisão: Por unanimidade, não conhecer do Recurso. Veja: RESP. 803-BA, RESP. 4029-SP, RESP. 4874-SP, RESP. LL577-SP, RESP. 8396-SP, RESP.18581-SP, RESP. 11011-SP, (STJ), RREE 112265-RS, 97100-ES, LL3862-SP, (STF).

³⁷⁵ Nesse sentido dispõe o Código Civil Brasileiro - Lei nº. 10.406/02:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

8.10 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA FASE PÓS-CONTRATUAL

A relação obrigacional, em sentido amplo, pode ser considerada como um todo complexo, orgânico. Daí depreende-se que essa relação não se esgota apenas no aspecto de cumprimento da prestação. Alguns deveres, como os acessórios de conduta, podem subsistir ainda após o cumprimento da prestação.

Tais deveres acessórios de conduta subsistem visando assegurar a plena realização do objetivo contratual. É a boa-fé e a proteção à confiança que impõem às partes a necessidade de um comportamento de cooperação necessário para que atinja a sua perfeita finalidade.

Silvio de Salvo Venosa aponta que, dada a boa-fé, mesmo após a extinção contratual pelo adimplemento subsiste

[...] um dever de proteger a pessoa ou os bens da outra parte, de informar a outra parte sobre qualquer circunstância apta a influenciar o gozo dos direitos adquiridos com o contrato, ou de manter a utilidade do resultado já obtido com o contrato.³⁷⁶

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro complementa que:

Na busca dos vectores materiais que concretizam a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança requer a protecção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.³⁷⁷

No âmbito das relações obrigacionais envolvendo a Administração Pública, vários desses deveres subsistem durante longo período. A título de exemplo pode-se citar a expedição de atestados de fornecimento, capacidade técnica ou conclusão de

³⁷⁶ TREVISAN, Marco Antônio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**. n. 16, out./dez., 2003, p. 208.

³⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 630.

obras, declarações de que o particular cumpriu tempestivamente e na forma contratada o objeto do ajuste, o fornecimento de informações sobre não estar o particular suspenso para contratar com a Administração, o fornecimento de informações sobre não estar o particular declarado inidôneo, etc.

O descumprimento de tais deveres acessórios viola também os princípios da boa-fé e da proteção à confiança, acarretando a responsabilidade pós-contratual, também chamada culpa *post factum finitum*.

Há controvérsia entre os autores sobre a natureza da responsabilidade civil pós-contratual. A primeira corrente defende ser de natureza extracontratual ou aquiliana, uma vez que o contrato já está extinto, e os deveres subsistentes estariam baseados em princípios tais como o da boa-fé e da proteção à confiança.

Outra corrente entende que a responsabilidade é contratual, posto que decorrentes dos deveres acessórios de conduta, pautados num comportamento baseado na boa-fé, inerentes ao contrato e que, embora não integrem a prestação principal, seguem com seus efeitos mesmo após a extinção do contrato.

Uma terceira corrente inclui essa responsabilidade pós-contratual no regime denominado terceira via, que embasa a responsabilidade pós-contratual em vínculos próprios, específicos, baseados nos deveres gerais derivados da boa-fé e da proteção à confiança que norteiam o tráfico jurídico.

Em que pese a discussão doutrinária, na prática caberá ao juiz, diante do caso concreto, caracterizar a natureza do dever violado, e conseqüentemente a responsabilidade pós-contratual como calcada nos princípios, tais como o da boa-fé e da proteção à confiança, o que resultaria na responsabilidade extracontratual ou caracterizá-la em contratual, fixando a indenização dela decorrente.

9 CONCLUSÃO

A desconfiança dos particulares no Poder Público, decorrente de diversos maus exemplos dados pela Administração, que resultaram em afronta às expectativas dos administrados, traz como resultado negativo uma prevenção ao tratar com a Administração, que se manifesta de diversas formas que vão desde a negativa dos particulares em contratar com a Administração até a elevação de preços, com o cômputo de percentuais para precaver eventuais descumprimentos das obrigações assumidas. Isto impacta de forma relevante o Direito Econômico e Social.

A Administração Pública tem experimentado profundas mudanças em sua forma de atuação, decorrentes de mudanças na sociedade e da cobrança por uma atuação estatal mais eficiente.

Pela impossibilidade de alcançar o chamado *bem comum* por sua atuação exclusiva, o Estado passa a interagir com diversos agentes públicos e particulares, por meio de relações contratuais. Com isso afasta-se da posição de império para a posição de consenso.

Mesmo nessa posição de consenso, típica das relações contratuais, mantém a Administração prerrogativas que lhe permitem interferir nos ajustes firmados.

Os particulares que interagem com a Administração Pública o fazem baseados na presunção de legitimidade dos atos, e com a certeza de que ela age de acordo com a moralidade e a legalidade a que está constitucionalmente obrigada.

Contudo, seja pelas atitudes administrativas em geral, seja pela utilização das prerrogativas, é comum os particulares verem suas expectativas violadas. Tais ocorrências geram efeitos negativos nas atividades econômicas por trazerem desconfiança e instabilidade nas relações em que o Estado é partícipe.

No intuito de trazer segurança nas relações entre o Estado e os particulares, sobressai a necessidade de proteger a confiança legitimamente depositada pelos particulares na Administração.

Parte dessa proteção é dada de forma genérica pelos chamados direitos do administrado ou *sujeições* da Administração, representativos de limites à atuação estatal, seja com ou sem a invocação das prerrogativas.

Esse valor jurídico – confiança – é protegido por vários princípios, dentre os quais da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade.

O princípio que de forma mais específica resguarda as expectativas dos particulares é o princípio da proteção à confiança, deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, que tem como finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou comportamentos estatais, trazendo, ainda, deveres de conduta que visam a preservação dos atos e de seus efeitos.

No aspecto obrigacional, o princípio da proteção à confiança está estreitamente ligado ao princípio da boa-fé, em seu aspecto objetivo. Contudo, embora reiteradamente ajam de forma conjunta, tem o princípio da proteção à confiança autonomia, visto que nem sempre se impõe o caráter de bilateralidade.

Originado no Direito Alemão, esse princípio teve grande desenvolvimento nos países da Comunidade Européia, sendo reconhecido como princípio geral próprio dos estados membros no Direito Comunitário.

O caminho percorrido no desenvolvimento do princípio da proteção à confiança no Brasil assemelha-se ao ocorrido na Alemanha, Espanha e França. Surge inicialmente na jurisprudência e na doutrina para, então, despontar no direito positivado.

No Brasil já foi acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que não apareça sob a denominação expressa de *princípio da proteção à confiança*, depreende-se pelas argumentações, pela invocação de institutos que se correlacionam com o princípio e pelos valores resguardados, existente nas decisões.

Seguindo a tendência de aparecimento na jurisprudência e na doutrina para passar à positivação, verifica-se que é encontrado na legislação federal, com maior clareza na lei que regulamenta o processo administrativo da União, mas também em diversos outros diplomas legais, de forma transversa.

Conclui-se ser de grande relevância nas relações obrigacionais entre os particulares e o Estado, não sofrendo restrições dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, mas na ponderação com esses podendo interagir na busca do interesse público.

Da aplicação do princípio nas contratações envolvendo a Administração Pública, decorrem deveres de conduta que devem por essa ser observados, sempre visando resguardar a confiança dos administrados.

A utilização das cláusulas exorbitantes encontra limites fundamentados na proteção à confiança, que podem ser representados pelos direitos dos administrados, tais como da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, da rescisão unilateral, do enriquecimento sem causa e da responsabilidade do Estado pelos contratos inválidos ou inexistentes.

Os reiterados julgamentos envolvendo casos assemelhados em que foram aproveitados elementos *extra-jurídicos* para solução de conflitos, dão ensejo a uma sistematização que resulta no surgimento de casos típicos, que podem nortear a aplicação de soluções generalizadas para os casos análogos.

O princípio da proteção à confiança opera numa feição negativa, onde corresponde a obrigações de não fazer, voltadas à manutenção de condutas administrativas, e numa feição positiva, correspondente a obrigações de fazer, vinculadas aos deveres de cooperação endereçados à Administração Pública.

A proteção à confiança nas relações obrigacionais se concretiza de duas formas: como limite às alterações das situações jurídicas, garantindo a posição jurídica embasada na confiança ou propiciando a indenização àquele que confiou e teve sua confiança violada.

A Administração deve sopesar as conseqüências da utilização das prerrogativas quando violadoras da confiança, pois, em não sendo possível a manutenção da situação jurídica, estará sujeita a indenizar o particular. Essa violação à confiança, dada as características especiais que envolvem os contratos administrativos, pode se dar em três momentos: na fase pré-negocial, na fase contratual e na fase pós-contratual.

Seja pela origem contratual ou extracontratual, em cada uma destas fases, havendo afronta ao princípio da proteção à confiança, estará a Administração responsável pelo ressarcimento dos danos do particular.

Já é hora da sociedade poder confiar na Administração Pública. Exemplos de promessas e ajustes não cumpridos surgem a cada dia fazendo com que o cidadão não nutra o mínimo de confiança nas atividades da Administração.

É pela reiterada demonstração em suas atitudes que a Administração Pública poderá gozar da confiança da sociedade em geral e dos particulares que com ela

pretendam manter relações obrigacionais. Isto pode se dar pela manutenção das promessas levadas a público, pelo incondicional cumprimento das leis, pelo reconhecimento administrativo dos direitos dos interessados, pela abstenção da prática de recorrer reiteradamente em matérias já decididas pelo Judiciário, pela manutenção de uma regularidade nos entendimentos administrativos, pelo cabal cumprimento dos contratos, pela adimplência e ressarcimento de prejuízos sem que o particular necessite recorrer ao Judiciário, entre tantas outras atitudes.

O princípio da proteção à confiança mostra-se indispensável ao estabelecimento da confiança na administração, cabendo às instituições também sua parte ao aplicá-lo, não o relegando a mera teoria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mário Julio de. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

ÁVILA, Humberto. A teoria dos princípios e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 125, p. 33-49, 2003.

_____. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. **Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 09.09.2007.

_____. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1988.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 193–208.

_____. **Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Polis, 1991.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Temas de Direito Administrativo atual: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em 27.05.2007.

BRASIL. **Lei Federal 8.666/93**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.html>. Acesso em 27.05.07.

BRASIL. **Lei Federal 8.987/95**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.html>. Acesso em 27.05.07.

BRASIL. **Lei Federal 9.784/99**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.html>. Acesso em 27.05.07.

BRASIL. **Lei Federal 10.406/02** - Código Civil Brasileiro. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.html>. Acesso em 27.05.07.

BRASIL. **Lei Federal 11.079/04**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.html>. Acesso em 27.05.07.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva no Direito Tributário. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região**, Brasília, v. 18, n. 8, p. 71-83, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTALDELLO, Angela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos** – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 27.02.2007.

_____. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 163-171, jul./set. 1999.

_____. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

_____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, abr./jun. 1996.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. reimpressão da 3. ed., v. I., Madrid: Civitas, 1981.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. rev. e aumentada, 16. imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A anulação dos atos administrativos em face do princípio da boa-fé. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 95-99, fev. 1995.

FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa de licitação**. 3. ed., São Paulo: RT, 1980.

GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madri: Civitas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A proteção da confiança nas relações obrigacionais entre entes federativos. In: **XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. 10. 2007, Arraial d'Ajuda, Porto Seguro. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/procuradores/teses/TP%2035.PDF>>. Acesso em: 02.12.2007.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 3, n.10, p.143-163, jul./set. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 852. p. 87-126, out. 2006.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22. p. 228-255, set. 2002.

_____. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tir., São Paulo: RT, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed., São Paulo: RT, 2006.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 07.12.2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, p.131-149, jan./mar. 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. (Coord.) **O abuso de poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 64-82, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato**: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em 12.05.2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 2003.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e Direitos Humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, p. 47-83, 2004.

RIZZARO, Arnaldo. Teoria da aparência. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, ano IX, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. 1 ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro**: teoria, prática forense e jurisprudência. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4. ed., São Paulo: RT, 1999.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 81, p. 165-171, 1987.

TREVISAN, Marco Antônio. Responsabilidade civil pós-contratual. **Revista de Direito Privado**, n. 16, p. 199-215, out./dez., 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. II, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 95-104, 1990.

WALD, Arnaldo. Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo das incertezas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. v. 202, p. 43-47, out./nov. 1995.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 11-43, jul./set. 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./set., 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 05.11.2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999.

BRITO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 75-80, 1995.

CARVALHO, Aluizio Brito. A relação jurídica inválida firmada com a Administração Pública. **Jurídica: Administração Municipal**, Salvador, v. 12, n. 9, p. 7-10, set. 2007.

CARVALHO, Diógenes Faria. A boa-fé objetiva como parâmetro de análise dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 23, p. 2889-2896, nov. 2003.

DANTAS, Ivo. **Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Madrid: Civitas, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, p. 115-149, 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Constituição e Serviço Público. In: **Direito Constitucional** – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Enciclopédia Eletrônica**, Brasília.

Disponível em:

<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Confian%C3%A7a_leg%C3%ADtima.doc>. Acesso em 22.06.2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personificação” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica do Direito Administrativo e Constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 21, p. 122-153, 1994.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: RT, 1987.

MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p.73-97, dez. 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. (Coord.) **O abuso de poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade pré-contratual da administração e proteção da confiança no Direito Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 58, p.131-152, dez. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOURA, Carlos Eduardo de. **Ética pública e o princípio da boa fé nas licitações e contratos administrativos**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PLATE, Luis Enrique Chase. **Los contratos de derecho publico**. Disponível em: <<http://www.bidding.com.br>>. Acesso em 27.08.2001.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001.

PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no Direito Público. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 102, p.127-142, jun. 2006.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Versão portuguesa. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo publico). **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 11-39, abr./jun. 2005.

SALOMONI, Jorge Luis. Interes público y emergência. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 11–35, out./dez. 2006.

SAVARIS, José Antonio. Segurança jurídica e planejamento econômico. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. (Coord.) **Direito Tributário atual**. Curitiba: Juruá, p. 67–92, 2001.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 9-38, abr./jun. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 87-106, jul./set. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. ver. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed., São Paulo: RT, 1999.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. **Ética pública y corrupción**: curso de ética administrativa. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p. 15-23, jul./ago. 2006.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparada entre CDC e CC de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 58, p. 116-142, abr./jun. 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)