



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Lucimar De Paula

**O princípio da boa-fé objetiva como
paradigma dos contratos privados e sua
aplicação nos contratos administrativos**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E
EXTENSÃO EM DIREITO**
Mestrado em Direito Econômico e
Social

Curitiba, junho de 2005

CCJS - CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Lucimar De Paula

**O princípio da boa-fé objetiva como paradigma dos
contratos privados e sua aplicação nos contratos
administrativos**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito Econômico e Social como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Doutor Paulo R. Ribeiro Nalin

Curitiba
Junho de 2005

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Lucimar De Paula

**O princípio da boa-fé objetiva como paradigma dos
contratos privados e sua aplicação nos contratos
administrativos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Doutor Paulo R. Ribeiro Nalin
Orientador

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCPR

Prof. Doutor Egon Bockmann Moreira

Prof. Doutor Luiz Alberto Blanchet

Prof.^a Doutora Claudia Maria Barbosa
Coordenadora do Mestrado em Direito Econômico e Social da
PUCPR

Curitiba, 10 junho de 2005

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

Lucimar De Paula

Graduou-se em Direito na PUCPR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná) em 2002. Concluiu a Especialização em Direito Empresarial na PUCPR em 2002. É professora de Direito Empresarial na FIC (Faculdades Integradas Curitiba) desde o ano de 2004. É advogada da PUCPR desde o ano de 2002.

Ficha Catalográfica

De Paula, Lucimar

O princípio da boa-fé objetiva como paradigma dos contratos privados e sua aplicação nos contratos administrativos / Lucimar De Paula; orientador: Dr. Paulo R. Ribeiro Nalin. – Curitiba: PUCPR, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005.

v., 144f.:il.; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Dissertações. 2. Princípio da boa-fé objetiva. 3. Contratos administrativos. I. Nalin, Paulo R. Ribeiro (Paulo Nalin). II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. III. Título.

Para meus pais e amigos
pelo apoio e confiança.

Agradecimentos

Os meus agradecimentos aos professores da Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em especial ao orientador Professor Doutor Paulo Nalin pela atenção e apoio que sempre recebi.

Às amigas Eva e Isabel da Coordenação do Mestrado em Direito Econômico e Social.

Agradeço aos meus irmãos, sobrinhos e amigos, que direta ou indiretamente sempre me apoiaram.

Em memória da minha cunhada!

Aos meus pais.

Meus sinceros agradecimentos a todos que acreditaram em mim!

Resumo

De Paula, Lucimar; Nalin, Paulo R. Ribeiro. **O princípio da boa-fé objetiva como paradigma dos contratos privados e a sua aplicação nos contratos administrativos.** Curitiba, 2005. 144 p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O modelo tradicional de contrato, disciplinado no revogado Código Civil Brasileiro de 1916, está baseado no princípio da autonomia da vontade e estruturado no esquema clássico da oferta e aceitação e da igualdade formal entre os contratantes. As transformações ideológicas e econômicas que se processaram no século XX, o desenvolvimento do Estado Social e da Sociedade de Massas, a multiplicidade de modelos contratuais atípicos vigentes e as conseqüências dessas alterações acabam acarretando o declínio das relações contratuais fomentadas no voluntarismo jurídico. A Constituição Federal de 1988 altera o panorama das relações interprivadas. O Direito Civil sofre as influências dos valores constantes no texto constitucional. A defesa do consumidor passa a ser garantida constitucionalmente. Muitos mais do que os valores patrimoniais, o Direito Civil passa a se preocupar com os valores existenciais. Ao modelo contratual previsto no atual Código Civil Brasileiro se impõe uma finalidade social. A justiça contratual, exigida pela Constituição da República, é materializada nas relações contratuais com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, o qual se pretende elevar a paradigma do contrato pós-moderno. A dicotomia existente entre o Direito Público e o Direito Privado não mais se justifica para afastar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos. As decisões judiciais revelam a aplicação do princípio da boa-fé objetiva também nos contratos administrativos, porém, com denominação diversa. Em observância aos valores impostos pela Constituição da República deve o princípio da boa-fé objetiva ser observado nos contratos administrativos.

Palavras-chave

Constituição da República; solidariedade social; Direito Privado; justiça contratual; princípio da boa-fé objetiva; Direito Público; contratos administrativos.

Abstract

De Paula, Lucimar; Nalin, Paulo R. Ribeiro (Advisor). **The of the objective good-faith principle and your application in the administrative contracts.** Curitiba, 2005. 144 p. MSc. Dissertation – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The traditional model of contract, disciplined through the revoked Brazilian Civil Code of 1916, is based on the beginning of the autonomy of the will and is structured in the classic outline of the offer and acceptance and of the formal equality among the contracting parties. The ideological and economical transformations that were processed in the 20th century, the development of the Social State and of the Society of Masses, the multiplicity of atypical contractual models effective and the consequences of those alterations cause the decline of the contractual relationships fomented in the juridical voluntarism. The Federal Constitution of 1988 alters the view of the interprivate relationships. The Civil Law suffers the influences of the values that consist in the constitutional text. The consumer's defense passes to be guaranteed constitutionally. Much more than the patrimonial values, the Civil Law passes worrying with the existential values. To the contractual model foreseen in the current Brazilian Civil Code a social purpose is imposed. The contractual justice, demanded by the Federal Constitution, it is materialized in the contractual relationships with the application of the objective good-faith principle, which intends to elevate to paradigm of the post-modern contract. The existent dichotomy between the Public Right and the Private Right is no more justified to move away the applicability of the objective good-faith principle in the administrative contracts. The sentences reveal the application of the objective good-faith principle also in the administrative contracts, however, with several denomination. In observance to the values imposed by the Federal Constitution, the objective good-faith principle must be observed in the administrative contracts.

Keywords

Federal Constitution; social solidarity; Private Right; contractual justice; objective good-faith principle; Public Right; administrative contracts.

Sumário

1. Introdução	11
2. O contrato privado na sua origem e decadência do voluntarismo jurídico com paradigma contratual	19
2.1. A concepção do modelo de contrato privado como fruto da idéia de Kant: sinônimo de liberdade e igualdade	19
2.2. O modelo contratual do século XIX: o contrato privado como mero instrumento de circulação de riquezas	29
2.3. O dirigismo contratual, a massificação dos contratos e o declínio da teoria geral dos contratos fundamentada no paradigma do dogma da vontade	37
3. A Constituição da República e o princípio da solidariedade social: O conceito de contrato pós-moderno em construção	45
3.1. O advento da Constituição da República Federativa do Brasil e o princípio da solidariedade – em busca de uma sociedade livre, justa e solidária	45
3.2. A Lei de Defesa do Consumidor como o despertar para a justiça contratual	48
3.3. A leitura do Direito Civil à luz da Constituição da República e o recurso aos princípios	53
4. Os princípios que informam a nova ordem contratual no âmbito do Direito Privado	65
4.1. O princípio contratual da boa-fé e derivados	65
4.2. A aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva como paradigma contratual pós-moderno	76
4.3. A necessária reformulação do contrato pós-moderno	80
5. O contrato administrativo e suas peculiaridades	87
5.1. O regime jurídico do contrato administrativo e suas peculiaridades	87
5.2. A supremacia do interesse público como princípio basilar dos contratos administrativos em geral	107
6. A leitura do contrato administrativo à luz da Constituição da República	116
6.1. A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e seus reflexos nas relações contratuais	116
6.2. O contrato administrativo à luz da Constituição da República e aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva	122

7. Conclusão: O respeito à Constituição da República na leitura dos contratos administrativos	136
8. Referências bibliográficas	139

Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, em que se move. Além disso, só numa sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes terem de a aceitar. À proporção em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda a espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando. A liberdade contratual do direito converte-se em escravidão contratual na sociedade. O que segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão.

Gustav Radbruch

1

Introdução

O instituto do contrato durante muito tempo serviu de instrumento de exploração da classe social economicamente menos favorecida, que necessitava contratar para adquirir os bens essenciais para sua manutenção e manutenção de sua própria família, pela classe social que possuía maior poder de barganha, na medida em que o livremente acordado tornava-se lei entre as partes.

Nessa época, nem o Estado, nem o juiz poderia interferir na relação contratual que livremente foi acordada entre as partes, em respeito à autonomia da vontade¹, que juntamente com a propriedade privada formavam o sustentáculo do Estado Liberal.²

¹ Nesse sentido Paulo Neves Soto *in* Diálogos sobre o “Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea” parafraseia a respeito da autonomia da vontade, interpelando o leitor a responder se é sinônimo de liberdade ou escravidão (Diálogos sobre Direito Civil, p. 250).

² A economia da época baseava-se na agricultura, portanto, o poder se encontrava nas mãos dos detentores de terras, ou seja, os senhores feudais. Aos demais, vassallos, restava a obrigação de trabalhar na terra para enriquecer, ainda mais, os senhores feudais, e ao mesmo tempo, produzir alimentos para seu próprio sustento e de toda a sua família. Os vassallos eram considerados como sendo parte integrante da terra, eram considerados propriedades dos senhores feudais. Faziam parte desse contexto os burgueses, que em sua maioria eram comerciantes e artesãos. Eles formaram os burgos e viviam em total independência em relação aos senhorios das terras. Ao contrário, eram eles que abasteciam as dispensas dos senhores feudais com mercadorias que não eram produzidas por seus vassallos. Assim, a sociedade francesa, representada nesse contexto pela burguesia, a classe menos favorecida, que não poucas vezes representam a maioria da população, conscientizou-se do poder que detinha e buscou melhores condições de vida, a exemplo do que ocorreu com a Revolução Francesa e conseqüentemente com o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução Industrial. A população, que sofrendo com os desmandos da sociedade feudal, ergueu-se frente aos poderosos, alcançando o poder, tornando a burguesia a classe dominante. No Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels (1998, p. 17), afirma-se que: “a burguesia não pode existir sem revolucionar, constantemente, os instrumentos de produção e, desse modo, as relações de produção e, com elas, todas as relações da sociedade”. Incluem-se nesse contexto as relações contratuais. Desta forma, a sociedade transforma-se por completo. O poder, que antes era descentralizado, centraliza-se nas mãos da burguesia, que agora é detentora da força propulsora da sociedade: o capital. Obtém-se, portanto, a sacralização da propriedade privada - símbolo da classe dominante, e a consolidação do protecionismo individual, ambos tutelados pelo Estado Liberal, e, conseqüentemente pelo Código Civil Brasileiro de 1916. Os meios de produção e de troca, gerados na sociedade feudal, nos quais a burguesia se erigiu, tornam-se incompatíveis com a prática comercial, ingressando em seu lugar, a livre concorrência, acompanhada por uma constituição social e política, adaptada e controlada,

Foi no Estado Liberal que se consagrou o paradigma do Estado Legislativo, que consistia em assegurar, por intermédio da lei, as condições de segurança aos indivíduos, inaugurando o princípio da legalidade atinente ao Estado de Direito.

No entanto, a concepção do Estado Liberal que defendia a não intervenção como forma de proteção do cidadão, diante da desigualdade material e da evolução da civilização, entra em declínio.

Ao Estado de Direito foram atribuídas outras funções, tais como a promoção do bem-estar concreto do cidadão, a supressão das desigualdades e a efetivação da dignidade humana, fazendo surgir o Estado Social.³

O Estado Social também restou inconsistente, pois não dava conta de cumprir os objetivos a que se propôs: suprir as demandas da coletividade. O Estado Social mostrou-se ineficiente.

Diante dessa ineficiência em oferecer serviços públicos satisfatórios a toda a coletividade, constatou-se no Brasil uma crescente ordem de privatizações, dando ensejo ao surgimento de outra concepção de Estado, que se direciona em sentido à ideologia neoliberal.

Como era de se esperar, o contrato também sofreu com as alterações na concepção de Estado instituídas ao longo do tempo, deixando de ser mero instrumento de circulação de riquezas, para passar a ter uma função social, a exemplo do que ocorreu com a propriedade privada.

pela burguesia. Ademais, a burguesia coloca obstáculos à dispersão da população, aglomerando-a nas grandes cidades e ocasionando o êxodo rural; aos meios de produção, adstrindo-os à classe burguesa e à propriedade, concentrando-a em mãos de poucos, consagrando-se o Estado Liberal, no qual o Estado não intervém na esfera privada em razão de prevalecer a autonomia da vontade. É nesse panorama que se obtém o processo de codificação, a exemplo do “Code Napoleon”, que conduziu os juristas à criação de corpos sistematizados de leis, destinados a regular em abstrato, situações semelhantes, acreditando disciplinar todas as relações sociais possíveis e imagináveis. De acordo com esse sistema fechado, toda a matéria contratual estaria sistematizada nos códigos, restando aos juristas aplicá-la de forma a garantir os interesses tutelados pelas normas ali contidas. O Código Civil Nacional de 1916 abarcou as tendências do Estado Liberal, no qual a propriedade privada e o protecionismo individual eram direitos sagrados e invioláveis, caracterizando como paradigma contratual a autonomia da vontade ou liberdade contratual. Havia quem dissesse inclusive que o exercício da cidadania se dava graças à propriedade privada, o que se explica perfeitamente ao se recorrer ao contexto histórico da época. Nesse período, desde que o contrato não se opusesse à moral e aos bons costumes, poderia se contratar sobre qualquer objeto e com quem se desejasse. Tinha-se total liberdade para se contratar e a palavra dada livremente deveria se fazer respeitar por todos, não podendo nem o Estado por meio do Poder Judiciário, intervir no que foi convencionado entre as partes contratantes.

³ Finger, 2005, p. 70.

A própria visão da sociedade se modificou, verificou-se que até mesmo as sociedades empresariais passam a se preocupar, por exemplo, com o modo de distribuição de riquezas existente no Brasil. A resposta a tal interesse resulta da busca pelo lucro a que se propõem as sociedades empresariais brasileiras⁴, sendo que a concentração de rendas inviabiliza o aumento do consumo de serviços ou produtos, inviabilizando na mesma medida o lucro, pois quanto maior o número de consumidores, maior também será o lucro.

A solução encontrada pelas sociedades empresariais está em vislumbrar novos mercados, adaptando-se à realidade dos consumidores, mas mesmo assim, é necessário que os consumidores possuam condições econômicas para adquirir os produtos ou os serviços.⁵

A diminuição da capacidade econômica de grande parte da população inviabiliza a atividade econômica, devendo o Estado interferir na ordem econômica para reduzir as desigualdades, conforme se verificou no Estado Social. E, assim o fez, ao prescrever o art. 170 da Constituição da República, a Lei de Defesa do Consumidor e o Código Civil, atrelando à propriedade e ao contrato, uma função social.

Procurou-se, dessa forma, na presente pesquisa, visualizar as relações contratuais sob a égide do Código Civil Brasileiro de 1916 e do atual Código Civil, bem como a inserção do princípio da boa-fé objetiva, expressamente previsto para as relações contratuais civilistas, nas relações contratuais de Direito Público. Objetiva-se elevar o princípio da boa-fé objetiva, a paradigma contratual, seja do contrato privado ou do contrato público.

⁴ Art. 966. do CC/02 - Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁵ Foi publicada na revista *Época*, de 11 de julho de 2005, às páginas 58 et. seq., a reportagem sobre “O Poder das Massas”. Na reportagem, descreve-se o que grandes empresas estão fazendo para conquistar o consumidor de baixa renda e crescer no promissor mercado popular no Brasil. Destaca-se da reportagem o seguinte trecho: a “ofensiva rumo aos pobres, parte dos mais diferentes setores: de financeiras e fabricantes de celulares a montadoras e laboratórios farmacêuticos. Esse mercado, cada vez mais procurado e ainda pouco conhecido, representa nada menos que 85% da população total do Brasil (162 milhões de pessoas) e detém 47% da renda disponível no país. Hoje de cada dez produtos não-duráveis, como alimentos e produtos de higiene e limpeza, sete são comprados por esse consumidor. É um contingente que gasta R\$ 500 bilhões por ano”. [...] “Numa economia verdadeiramente capitalista, você precisa dar acesso”. A Coca-cola coloca no mercado a versão reduzida de Coca-cola e reedição da garrafa retornável mais barata que a PET. A Danone incorporou a prática da venda picada e lançou Danoninho com duas unidades. A Procter & Gamble vai vender sabão em pó em formato barra para agradar às donas de casa de baixa renda. A Positivo Informática baixou os preços e bateu recorde de vendas de PCs. A GM criou projeto de um carro desenhado para mercados emergentes.

Sendo assim, no segundo capítulo tenta-se explicar a origem filosófica e o desenvolvimento do modelo contratual clássico, também chamado de contrato moderno. Da sua origem, destaca-se a importância do princípio da autonomia da vontade, considerado como o paradigma contratual do modelo clássico de contrato, o qual foi adotado pelo Código Civil Brasileiro de 1916, que por sua vez, inspirou-se no *Code Napoléon*.

O modelo clássico de contrato baseado no esquema de oferta e aceitação serviu durante muito tempo como instrumento de circulação de riquezas. A igualdade tida como existente entre as partes contratantes, que tutelava a *pacta sunt servanda*, era a igualdade formal. As partes contratantes não possuíam igual poder de barganha.

Fatos supervenientes que dificultassem o cumprimento da obrigação não impediam a conclusão do contrato, nos termos do acordado inicialmente, mesmo com a constatação de elevado prejuízo suportado por uma das partes. O contrato fazia lei entre as partes.

A figura do dirigismo contratual, a massificação da sociedade, a celeridade no modo de produção e o surgimento de modelos contratuais atípicos, cada um ao seu tempo, viabilizaram a decadência do modelo contratual baseado no paradigma da autonomia da vontade.

A teoria geral dos contratos que tem sua base no voluntarismo jurídico se desfazela diante do surgimento de modelos contratuais que prescindem da manifestação da vontade; a exemplo, o contrato de adesão.

No terceiro capítulo, narra-se que a promulgação da Constituição da República, após 20 anos de ditadura militar, institui o princípio da solidariedade social como máxima do ordenamento jurídico brasileiro. Proporcionar melhores condições de vida a todos os cidadãos é a razão de ser do próprio Estado brasileiro; nesse sentido, a Constituição da República prescreve seus objetivos no artigo 3º.

No que tange à matéria de contratos, determina-se no texto constitucional a observância à justiça contratual, que, efetivamente ocorreu com grande repercussão a partir da entrada em vigor da Lei de Defesa do Consumidor, em 1990, com a instauração do princípio da boa-fé objetiva como paradigma das relações contratuais de consumo, ensejando, dessa forma, um comportamento digno e leal das partes contratantes, na obtenção dos resultados esperados da

relação contratual. Pelo princípio da boa-fé objetiva impõe-se aos contratantes o dever de cooperação mútua. Os contratantes devem ajudar um ao outro a obter o resultado esperado da relação contratual.

Os efeitos da edição da Lei de Defesa do Consumidor, entretanto, foram percebidos pela camada da sociedade com baixo grau de instrução, após a criação dos Juizados Especiais, que revelaram ser verdadeiros guardiões da Lei dos Consumidores, visto que possibilitou o acesso à justiça pela população menos favorecida economicamente. Leva-se algum tempo para que a população em geral tenha acesso a tais informações, em razão muitas vezes do seu próprio desinteresse. A gratuidade do acesso e até mesmo a viabilidade de acesso à justiça muitas vezes sem a necessidade de se fazer representar por advogado, possibilitou que a camada da sociedade menos favorecida economicamente exercesse o direito à cidadania ao provocar o Poder Judiciário, exigindo-lhe a tutela jurisdicional.

Todavia, o princípio da boa-fé objetiva e seus derivados somente eram aplicados pacificamente para a solução de lides que versassem sobre relações de consumo. Isto porque, o modelo contratual existente no revogado Código Civil Brasileiro de 1916 e a sua adoção como única fonte do Direito Privado, inviabilizaram inicialmente a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva aos demais contratos privados.⁶

O árduo trabalho dos juristas comprometidos com a justiça material acabou por lançar mão a outras fontes do Direito, afirmando que não somente o Código Civil deveria ser requisitado na resolução das lides interprivadas, mas também a Constituição da República, que é a base de todo o ordenamento jurídico, a exemplo do que vem sendo realizado no Direito italiano.

Por sua vez, a publicação do Código Civil de 2002 colocou uma pá de cal na discussão sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos privados, determinando aos contratantes guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Quanto à liberdade de contratar, o atual Código Civil Brasileiro determinou que será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Isso significa dizer que o contrato

⁶ Gustavo Kloh Muller Neves cita Gustavo Tepedino *in* Diálogos sobre o Direito Civil: Construindo a racionalidade contemporânea, p. 16: “O Direito Civil perde, então, inevitavelmente a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil. (...) O intérprete passa então a valer dos princípios constitucionais, como normas jurídicas privilegiadas para reunificação do sistema interpretativo, evitando, assim, as antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes.”

somente será tutelado em razão do bem comum, sendo que tudo o que for contratado em desfavor da coletividade, será passível de alteração ou rescisão contratual por parte do Poder Judiciário.

Acredita-se, ainda, que não só as partes contratantes deverão respeitar o princípio da boa-fé objetiva, também a coletividade a qual se refere à funcionalização do contrato, bem como ser o princípio constitucional da solidariedade social, em termos de contrato, sinônimo de justiça contratual.

Sendo indiscutível a obrigatoriedade da observância do princípio da boa-fé objetiva nos contratos privados, no terceiro capítulo destaca-se a importância da fonte principiológica para a perpetuação do modelo de ordenamento jurídico direcionado a concretizar o bem da coletividade.

No capítulo quarto, destaca-se entre os princípios que informam a nova ordem contratual, o princípio da boa-fé objetiva como novo paradigma das relações contratuais. A inovação na matéria contratual destina-se a dirigir a liberdade de contratar nos limites e em razão da função social do contrato, complementando que o dever de lealdade, de cooperação, de confiança, de transparência e de informação, entre outros deveres derivados do princípio da boa-fé objetiva, devem existir antes mesmo do nascimento do contrato, ou seja, da fase pré-contratual até após o término do contrato, isto é, “o contrato deve ser concluído e executado de forma socialmente responsável, com o fim de garantir o justo equilíbrio social; desse modo altera-se a sua perspectiva como instrumento de satisfação de interesses exclusivamente individuais, para também ser observado como mais um dos instrumentos destinados à realização de uma finalidade social”.⁷

Como se verificará adiante, a autonomia da vontade, denominada atualmente como autonomia privada, é mitigada pelos valores impostos pela Constituição da República, o que não significa dizer que a palavra dada não mais obriga os contratantes, ao contrário, o acordado obrigará proporcionalmente as partes, na medida do justo. O que não mais se aceita é a tutela da exploração de uma das partes contratantes pela outra.

Não obstante, o princípio da autonomia privada possui lugar reservado nas relações em que se preservar o equilíbrio de forças entre as partes contratantes.

⁷ BIERWAGEN, 2002, p. 27.

Conforme visto, o princípio da autonomia privada prevalece, porém não é mais enquadrado como paradigma contratual, isto porque cedeu espaço ao princípio ético da boa-fé objetiva.

Conclusivamente, o que se pode dizer no momento é que quanto mais as partes contratantes se encontrarem em pé de igualdade numa relação contratual, maior significado e valor serão dados às vontades manifestadas, fazendo com que se prevaleça o acordado pelas partes. Os demais princípios contratuais, o consensualismo, a força obrigatória, a relatividade do contrato somente serão utilizados na medida em que a autonomia privada prevalecer.

O quarto capítulo foi dedicado para evidenciar o princípio da boa-fé objetiva com paradigma do contrato pós-moderno.

O quinto capítulo tratará do regime jurídico do contrato administrativo, estabelecido pela Lei 8.666/93 e dos obstáculos impostos na aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

No sexto capítulo sustentar-se-á a tese da superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, visto se falar atualmente da publicização ou constitucionalização do Direito Civil e da privatização do Direito Público. Ao Direito Civil se está impondo limites em favor da finalidade social, como a função social do contrato. Ao Direito Administrativo está-se impondo categorias jurídicas de caráter privatísticos, como por exemplo, a responsabilidade civil do Estado ou a prestação de serviço público por pessoas privadas.⁸

Percebe-se que a Constituição da República propõe uma nova concepção de contrato, sob o crivo do princípio da justiça contratual e exteriorizado no Direito Privado pelo princípio da boa-fé objetiva.

O princípio constitucional da solidariedade social desenha novos caminhos para a construção da concepção do conceito de contrato pós-moderno, o qual supera a dicotomia entre público e privado e supera também o modelo de contrato havido no Código Civil Brasileiro de 1916, que adveio do modelo concebido no *Code Napoleon* (Código Francês) e no *BGB* (Código Alemão).

⁸ Nesse sentido, vale ressaltar as palavras de Ana Claudia Finger *in* “O Público e o Privado na Administração Pública”, obra citada, p. 74: “Nos últimos tempos, tem-se assistido a uma espécie de apropriação privada do espaço público, sendo exemplos as privatizações, ao mesmo tempo em que se vê uma publicização dos espaços privados, por exemplo, a influência dos princípios inspiradores do Estado Social de Direito na contratação moderna imprimindo função social ao contrato e à propriedade”.

O Código Civil Italiano de 1942 já refletia essa nova realidade, razão pela qual o Código Civil Brasileiro de 2002 possui as mesmas vestes, ou seja, busca sociabilizar a relação contratual, como forma de construir uma sociedade melhor. O conceito de cooperação é lançado na relação contratual.

É importante ressaltar que se o Código Civil de 1916 foi inspirado no *Code Napoleon*, o atual Código Civil brasileiro é inspirado no Código Civil italiano.⁹

Adverte-se, então, que a referência à doutrina italiana será constante, já que foi a fonte de inspiração do atual Código Civil brasileiro.

No sexto capítulo, trar-se-á à tona a necessidade de se interpretar os contratos administrativos segundo os ditames da Constituição da República, afastando a discussão sobre a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, no sentido de estabelecer o entendimento de que o instituto do contrato deve albergar valores que não só aqueles de instrumento de circulação de riquezas e manutenção da sociedade capitalista, mas, deve ser o meio pelo qual se iniciará a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, que proporcione o desenvolvimento nacional, de modo a erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem qualquer distinção.

⁹ O autor Carlos Alberto Bittar, em conferência proferida no dia 25.05.1995, por ocasião do ciclo de estudos, em comemoração aos 20 anos do Projeto de Código Civil, já indicava a importância que o Direito italiano tem para a compreensão do atual Código Civil, inicia o discurso: (...) o Projeto de Código Civil nasceu sob a égide de um grupo de juristas, altamente qualificados, e, a par disso, se baseia estruturalmente no Código Civil italiano. São, portanto dois fatores importantes para o nascimento do novo Código. A comissão de juristas, chefiada pelo prof. Reale, que se baseou fundamentalmente em um trabalho anterior, realizado pelo prof. Orlando Gomes como coordenador, e por sua vez, esse anteprojeto estava inspirado no Código Civil italiano. Ora, o Código Civil italiano é sem dúvida nenhuma um momento legislativo do século XX: representa para a nossa geração e para o futuro aquilo que o Código Civil Napoleônico representou no século passado. E essa influência que o Código Civil italiano vem exercendo já se faz sentir em códigos promulgados, haja vista, por exemplo, os Códigos de Portugal e do Peru. Essa inspiração demonstra que o legislador do século XX está se baseando num trabalho que teve em sua elaboração, como se sabe, os mais importantes juristas italianos (*in* BITTAR, 1996, p. 48).

2

O contrato privado na sua origem e a decadência do voluntarismo jurídico como paradigma contratual

2.1.

A concepção do modelo de contrato privado como fruto da idéia de Kant: sinônimo de liberdade e igualdade¹⁰

A vida em sociedade somente foi possível a partir do momento em que a humanidade organizou-se e ditou regras para serem cumpridas pela coletividade. Assim aconteceu com o instituto do contrato, instrumento que concretizou a sociedade capitalista.

O instituto do contrato que resguardou as conquistas da Revolução Francesa, e, conseqüentemente da Revolução Industrial, resguarda ainda hoje os interesses econômicos da sociedade capitalista.

A propriedade privada e sua exteriorização por meio do contrato, durante muito tempo, ocupou lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico. O Código Civil Brasileiro de 1916 comprova o alegado, que inspirado no *Code Napoleon*, promoveu o proprietário à protagonista do movimento de codificação dos séculos XVIII e XIX.

Vale lembrar que foi o Código Civil que cumpriu a difícil missão de resguardar os interesses individuais de cada cidadão, razão pela qual dava-se a ele conotação de individualista e de patrimonialista.

A tutela do Poder Judiciário destinava-se a satisfazer os interesses do credor. Em épocas remotas, ao credor, a lei facultava, inclusive, o direito de decidir sobre a vida ou morte do devedor, que não poucas vezes acaba se tornando

¹⁰ Insetos extraídos de NALIN, 2004, p. 73 et. seq.

escravo do credor, em razão do inadimplemento de obrigações contratuais. A finalidade das leis era, por conseguinte, a proteção dos interesses patrimoniais.

Hoje não se admite tal comportamento em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da proliferação de leis protetivas à figura do sujeito passivo da relação contratual, v.g. Lei de Defesa do Consumidor, a Lei do Inquilinato, a Consolidação das Leis Trabalhistas, a Lei das Mensalidades Escolares, etc.

O legislador infraconstitucional, atualmente, ao elaborar o texto das leis visa a atender não somente os interesses do credor, mas determina a proteção à pessoa do devedor, que antes era tratado praticamente como um criminoso, diante do inadimplemento de suas obrigações.¹¹ Medidas vexatórias não podem ser adotadas pelo credor na intenção de satisfazer o adimplemento da obrigação, pois é defeso pela Lei de Defesa do Consumidor, constituindo, inclusive, ilícito civil passível de condenação por danos morais.¹²

É a mudança de foco da tutela do direito que, ao invés do ter, preocupa-se, hoje, com o ser, sujeito do direito. Contudo, adverte-se, que essa é uma visão atual do direito, o que comporta posicionamentos divergentes, a iniciar com a compreensão e a conceituação dada ao contrato pós-moderno, seja ele enquadrado no Direito Privado ou no Público.

Intérpretes do direito aplaudem o direcionamento do pensamento jurídico, denominando-o como fenômeno da humanização do Direito Civil, que por muito

¹¹ A doutrina portuguesa, argumentada por João Galvão da Silva, explica que andou bem o legislador português, quando se afastou da doutrina tradicional, que exigia para a validade da obrigação, o requisito da patrimonialidade da prestação. É o início da mudança da visão da relação credor/devedor, uma vez que se afasta o conteúdo patrimonialista com fim único da obrigação. A explicação da mudança da visão se deu a partir da constatação de que ao credor são dispostas várias armas jurisdicionais para a busca da satisfação de seus interesses (execução equivalente, execução específica, meios de pressão privados, meios coercitivos judiciais, procedimentos cautelares), enquanto que, para o devedor somente resultam obrigações. O autor defende a tese de que “a obrigação não tem um fim autônomo ou não constitui um fim em si mesmo”, outros elementos são importantes numa relação contratual, como por exemplo, a satisfação do devedor ao adimplir a obrigação, os resultados advindos da consecução do contrato, entre outros (SILVA, 1995, p. 61 et. seq.).

¹² Em relação ao inadimplemento da obrigação pecuniária por parte do estudante, houve épocas em que o não pagamento da mensalidade escolar ou semestralidade ou ainda anuidade escolar, possibilitava o cancelamento imediato da matrícula, independente do término do ano ou semestre letivo. Os nomes dos alunos inadimplentes eram postos em lista que eram afixadas no quadro mural da sala de aula ou eram chamados em sala de aula para serem cientificados a respeito da inadimplência.

tempo foi visto com um complexo de normas destinadas a proteger interesses patrimoniais.

Pietro Perlingieri¹³, renomado jurista italiano, discursa sobre o caminho da despatrimonialização do Direito Civil italiano, o que sem dúvida nenhuma vem se refletindo em muitos outros ordenamentos jurídicos, a começar pelo Direito Brasileiro:

Com o termo, certamente não elegante, "despatrimonialização", individua-se uma tendência normativa – cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, do consumismo, depois como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. Há divergência não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa no momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repetir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser “radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado”. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos “valores”, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.

Diante do exposto, percebe-se que o conteúdo valorativo das obrigações e seus consectários se modificou. A relação credor e devedor não mais pode ser visualizada sob o aspecto patrimonial. Antes dos interesses patrimoniais, o Direito, especificamente, nesse caso, o Direito Civil deve se preocupar com valores existenciais. Essa mudança de valores do Direito Civil é fruto da ideologia reinante na atualidade, que se fez notar inclusive na Constituição da República, que ao determinar como objetivo fundamental a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, eleva o princípio da solidariedade social como máxima constitucional.

¹³ PERLINGIERI, 1999, p. 33 et. seq.

Por esse motivo, o estudo da importância do instituto do contrato para a manutenção da sociedade capitalista deve se iniciar a partir do conhecimento da ideologia reinante na época das Grandes Codificações.¹⁴

Consoante mencionado anteriormente, as leis refletem a ideologia da sociedade da época, sendo a filosofia fomento para a edição de leis.

A ética, por sua vez, se ocupa com o estudo ou reflexão sobre os costumes ou ações humanas.¹⁵ E, sendo, as relações humanas, objeto de estudo do Direito, faz-se necessário verificar a influência dos ensinamentos de Immanuel Kant nas relações contratuais expressas no *Code Napoleon*, o qual serviu de inspiração para o Código Civil Brasileiro de 1916 e que influenciou a doutrina que se ocupa dos contratos privados, incluindo, nesse diapasão, os contratos administrativos.

O filósofo alemão Immanuel Kant nasceu em 1724 e faleceu em 1804; em seus estudos sempre procurou fundamentar uma ética universal, que se apoiasse na igualdade fundamental entre os homens, traço característico do contrato moderno.

Ele buscava encontrar no homem condições de possibilidade do conhecimento verdadeiro e do agir livre, sendo que no centro das questões éticas aparecia sempre o dever ou obrigação moral, que se caracterizava como uma necessidade diferente da natural ou da matemática, era uma necessidade para uma liberdade. Para KANT, o dever obrigava moralmente a consciência livre, e a

¹⁴ Expõe Enzo ROPPO *in* Contratos sobre a concepção dos códigos oitocentistas se preocuparem exclusivamente com a propriedade, pois quase a totalidade dos artigos do Código Civil, disciplinavam a aquisição, a perda, a utilização da propriedade: “... urgia ainda uma deslocação significativa da disponibilidade dos recursos econômicos (portanto da propriedade mobiliária) das classes – nobreza e clero – que eram tradicionalmente os seus titulares, e cujo papel político e econômico aparecia agora em declínio, para a burguesia, a classe vitoriosa, que era chamada pela história a fundar a sua hegemonia sobre aquela riqueza e sobre a sua capacidade de multiplicá-la. E igualmente a realização de tal objectivo teve lugar nos anos imediatamente seguintes à Revolução: com as vendas abundantes de bens nacionais, antes pertencentes ao clero e adquiridos, na sua maior parte, por representantes do terceiro estado, começou de fato aquele processo de transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente, que depois de várias formas se desenvolveria e aperfeiçoaria, até reunir nas mãos da burguesia – e confiar às suas capacidades e iniciativas empresariais – a grande massa dos recursos produtivos. Mas para que este processo de transferência da riqueza pudesse efectivar-se da forma melhor e mais segura e de molde a não provocar desperdícios, atritos e lesões demasiado graves, era necessário um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: *liberdade de contratar, baseada no consenso dos contraentes* – poderia ser o slogan que o resume”.

¹⁵ VALLS, 1998, p. 06 et. seq.

vontade verdadeiramente boa deveria agir sempre conforme o dever e por respeito ao dever.¹⁶

Partindo desse pressuposto, típico do movimento iluminista que acompanhou a ascensão da burguesia, da igualdade básica entre os homens, KANT precisava chegar a uma moral igual para todos, uma moral racional, a única possível para todas as pessoas.

Entendia-se que a igualdade entre os homens era fundamental para o desenvolvimento de uma ética universal. A moral que KANT idealizava não se interessava essencialmente pelos aspectos exteriores, empíricos e históricos, tais como leis positivas, costumes, tradições, convenções ou inclinações pessoais. A moral era intrínseca ao próprio indivíduo. Dizia que somente o indivíduo saberia responder quais eram as leis da moral, e por poder identificar livremente as leis da moral, poderia, então, ditar suas próprias regras de convivência, que seriam aceitas pelo restante da coletividade, por ser a única lei da moral, aquela universal.

KANT afirmava que se a moral é a racionalidade do sujeito; este deve agir de acordo com o dever e somente por respeito ao dever: porque é o dever o único motivo válido da ação moral. Diante de cada lei, de cada ordem, de cada costume, o sujeito estaria obrigado, para ser um homem livre, a perguntar qual é o seu dever e a agir somente de acordo com o seu dever, e isso, exclusivamente, por ser o seu dever, utilizando-se dos chamados imperativos categóricos, que se resumem na expressão: “devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”.¹⁷

Resumidamente o filósofo procurou deduzir da própria estrutura do sujeito humano, racional e livre, a forma de agir necessário e universal, sendo então, moralmente necessário, que todos passassem a agir de determinada forma.¹⁸

Define a moralidade como sendo a relação de todas as ações com a legislação, por meio da qual e somente por intermédio dela é possível um reino dos fins. Logo, a autonomia¹⁹ da vontade constituiu o princípio supremo da

¹⁶ LIMA VAZ, 1999a, p. 325 et. seq.

¹⁷ Id., 1999b, p. 67 et. seq.

¹⁸ KANT, 2003, p. 76.

¹⁹ Simplificadamente pode-se dizer que autonomia é o ato de ditar as próprias regras, de forma que ela seja aceita por todos, concebendo-as como normas universais.

moralidade, enquanto que a heteronomia era a fonte de todos os princípios ilegítimos.

Segundo ensinamentos de KANT, denota-se que o sujeito somente se obriga naquilo que acredita ser o moralmente correto e, é confirmado como correto, quando há aceitação do comportamento pela coletividade.

O agir, segundo a vontade autônoma, é o correto e o que deve ser protegido. A vontade advinda por outros meios não pode ser considerada legítima, razão pela qual a teoria contratual baseou toda a sua estrutura no princípio da autonomia da vontade, fazendo lei entre as partes, a vontade livremente manifestada: *“pacta sunt servanda”*.

Descreve ainda KANT que “todo agir é um agir segundo leis; logo, no caso da vontade livre, essa lei só pode proceder dela mesma. Sendo lei desfruta, por definição, do predicado da universalidade, caracterizando-se como imperativo categórico. Portanto, é a mesma coisa uma vontade livre e uma vontade sob as leis morais”.

Consoante se pode verificar, a ética de Immanuel Kant é bastante revolucionária para uma época dominada por um regime antigo baseado em tradições e imposições irracionais. Sua idéia de justiça baseava-se na equidade contratualmente instituída, conforme o princípio da liberdade e da igualdade, que se mostraram essenciais para a concepção da verdadeira moral.

Nesse sentido, o instituto do contrato entendido como um “acordo de vontades livres” adveio dos ensinamentos do filósofo KANT²⁰, por conseqüência, essa vontade livre estaria subjugada aos imperativos categóricos para só então, se tornar lei obrigatória.

Acrescenta KANT que, para todo contrato existem dois atos jurídicos preparatórios e dois atos jurídicos constitutivos de escolha, que são respectivamente: a oferta e o assentimento, na negociação; e a promessa e a aceitação, na conclusão, os quais são imprescindíveis para a contratação, que se resume no esquema clássico da oferta e aceitação, observado nos contratos clássicos, o que comprova a adoção pela doutrina dos ensinamentos de KANT ²¹ sobre a matéria contratual:

²⁰ KANT, op. cit, p. 116.

²¹ Ibid., p. 117 et. seq.

Uma oferta não pode ser classificada como uma promessa independentemente de um julgamento preliminar de que o que foi ofertado (oblatum) seria aceitável ao beneficiário da promessa. Isto é indicado pelas duas primeiras declarações; porém, tão só por elas nada é até então adquirido. Porém, o que pertence ao promitente não passa ao beneficiário da promessa (como aceitante) pela vontade isolada de um ou outro, mas somente pela vontade unida de ambos e, conseqüentemente, apenas na medida em que ambas as vontades são simultaneamente declaradas. [...] Somente uma dedução transcendental do conceito de aquisição via contrato é capaz de remover todas essas dificuldades. É verdade que, numa relação externa de direitos, a minha tomada de posse da escolha de um outro (e, por sua vez, sua tomada de posse da minha), a título de base para determiná-la para um fato, são pensadas de início empiricamente, por meio de uma declaração e contra declaração da escolha de cada um no tempo; esta é a condição sensível da tomada de posse, na qual ambos os atos requeridos para estabelecer o direito podem apenas suceder um ao outro. Considerando-se, não obstante, que essa relação (como uma relação jurídica) é puramente intelectual, tal posse é representada através da vontade – que constitui uma faculdade racional para a legislação – como posse intelegível (possessio noumenon), abstraindo-se aquelas condições empíricas, como o que é meu ou teu. Aqui ambos os atos, promessa e aceitação, são representados não como um sucedendo ao outro, mas (como se fosse pactum re initum) como procedendo de uma única vontade comum (o que é expresso pela palavra simultaneamente), é o objeto (promissium) é representado, omitindo-se condições empíricas, como adquirido de acordo com um princípio de pura razão prática.

O filósofo, ainda, cuida de determinar o momento da conclusão do contrato, tratando especificamente da entrega daquilo que foi prometido:

[...] antes de ser a coisa entregue e recebida, o cumprimento ainda não ocorreu: a coisa não passou ainda de um para o outro e, assim, não foi adquirida pelo beneficiário da promessa. Por conseguinte, o direito que nasce de um contrato é somente um direito relativo à pessoa e se torna um direito a uma coisa somente pela entrega da coisa. Um contrato que é imediatamente seguido pela entrega (pactum re initum) exclui qualquer intervalo entre sua conclusão e a execução, não requerendo nenhum ato complementar em separado, pelo qual o que pertence a um é transferido ao outro. Mas se um tempo (definido ou indefinido) para a entrega da coisa é permitido entre a conclusão e a execução do contrato, surge a questão de se a coisa já pertence ao aceitante, por força do contrato, antes de ser entregue, e seu direito é um direito a uma coisa, ou se um contrato independente tratando apenas da entrega deva ser agregado, de modo que o direito adquirido por meta aceitação seja somente um direito relativo à pessoa, convertendo-se em direito a uma coisa apenas através da entrega desta.²²

Segundo os ensinamentos de KANT, conclui-se que o princípio da autonomia da vontade poderia ser elevado à categoria de paradigma contratual, na medida em que a ação individual e em conjunto dos contratantes pudesse se tornar lei universal, ao contrário do que ficou estabelecido pelas normas que regiam o

²² Ibid., p. 119 et. seq.

contrato clássico, ou também chamado de moderno, constantes no Código Civil Brasileiro de 1916.

O princípio da boa-fé objetiva e seus corolários (equidade, confiança e transparência) nada mais são do que uma solução que os juristas encontraram para possibilitar um contrato mais justo para as partes contratantes, mais a par das intenções de KANT: os contratantes devem agir em conformidade com a ética, em todos os momentos da contratação, de forma que um deve agir de acordo com o que ele próprio espera do outro.

Por outro lado, apesar de se indagar sobre a decadência do voluntarismo jurídico observa-se que o elemento volitivo ainda importa nas relações contratuais, principalmente nas quais as partes contratantes se encontram em igualdade de forças. Quanto mais equilibrada for uma relação contratual, mais importará a vontade manifestada e quanto mais desequilibrada for a relação, mais utilizado será o princípio da boa-fé objetiva.

As novas tendências do Direito Contratual fazem com que os princípios vigentes na época do Estado Liberal sejam revistos, principalmente no que tange à autonomia privada.

Conclusivamente, pode-se dizer que foi sob a influência do pensamento Kantiano que o instituto do contrato foi erigido como um “acordo de vontades”, assim como representado no Código de Napoleão (1804), o chamado *Code Napoléon* e no revogado Código Civil Brasileiro (1916).

O modelo clássico do contrato privado, como foi compreendido pelo Código Civil Brasileiro de 1916, encontrou sua base no princípio da autonomia da vontade, também chamado de princípio da liberdade contratual, que se traduz no poder de escolha que as partes contratantes possuem para indicar o sujeito, o objeto e o conteúdo desse contrato e na obrigação absoluta do cumprimento do acordado, não podendo, nem mesmo o Estado, na figura do Juiz, intervir nessa relação contratual para apaziguar possíveis injustiças.

Observa-se que, se por um lado o contrato possibilita a livre manifestação de vontade às partes, por outro lado, implica o adimplemento absoluto da obrigação, seja ela justa ou não, desde que seja advinda de relação contratual livremente manifestada.

Assim, o instituto contratual, exteriorizador da propriedade privada, que com a instauração do Estado Liberal foi considerado como o próprio exercício de

cidadania, passou a servir, a partir de meados do século XX como instrumento de circulação de riquezas e exploração do contratante.²³

Explica Enzo Roppo²⁴, quanto à suposta igualdade formal existente nas relações contratuais, que ensejava a incidência da *pacta sunt servanda*, resultando na imposição unilateral da vontade da parte contratante mais forte:

Os fenômenos particulares de restrição da liberdade contratual indicados nas páginas precedentes registam-se sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, imposição de força económico-social desigual (e por isso de desigual “poder contratual”), que permitem ao contraente “forte” impor a sua vontade unilateral ao contraente “débil”, o qual é constringido a acatá-la.

O instituto do contrato, estruturado no princípio da autonomia da vontade, reflete as ideologias do Estado Liberal, ou seja, a tutela de interesses patrimoniais, que com as transformações ocorridas em consequência da instauração do Estado Social e da Sociedade de massas, acrescida com a pressão exercida pela população que clama por uma maior justiça distributiva, o Estado, passa a legislar sobre a matéria contratual, instituindo o dirigismo contratual, cuja principal função é vincular o instituto do contrato, às normas de ordem pública, as quais não se poderiam contrariar, nem mesmo sob o fundamento da autonomia da vontade.

Como visto, a liberdade contratual vai sendo limitada pelo dirigismo contratual²⁵. Agora, é o Estado quem dita as formas da relação contratual, não mais podendo ser considerado como paradigma do contrato, o princípio da autonomia da vontade.

A necessidade de agilização nas relações de consumo também colaborou para a mitigação da liberdade contratual, pois surgem novos tipos de contratos, a saber, o contrato de adesão ou o contrato padronizado.

O conceito de contrato como um acordo de vontades não mais alberga a vastidão de contratos existentes, por exemplo, o contrato de adesão, no qual a liberdade para contratar se resume na aceitação ou não, única exclusivamente, do conteúdo do contrato predisposto. Há ocasiões que nem mesmo há possibilidade

²³ NALIN, 2001, p. 105.

²⁴ ROPPO, 1988, p. 319.

²⁵ GOMES, 1980, p. 6.

de escolher o contratante ou intenção de contratar, como acontece no caso de abastecimento de água e energia elétrica e no de seguro obrigatório para veículos.

Vislumbra-se, dessa forma, a necessidade de reestruturação da Teoria Geral dos Contratos baseada no princípio da autonomia da vontade.

A Constituição da República, que impõe como carro mestre na aplicação das leis, o princípio da solidariedade social, prega uma justiça contratual, o que inevitavelmente dá força para a decadência do voluntarismo jurídico, principalmente quando prevê em seu artigo 3º, inciso III, como sendo um dos seus objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais, contribuindo à, então, autonomia da vontade, hoje caracterizada como autonomia privada, a limitação da liberdade contratual ao exercício da função social do contrato e ao respeito à dignidade da pessoa humana como forma de construir uma sociedade mais justa.

A preocupação do Poder Constituinte, revelado no texto constitucional, não mais se bastava no patrimônio do indivíduo, mas, sim, no do indivíduo inserido numa sociedade, na busca incessante do bem comum, o que se pode observar, mais especificamente, no art. 170.²⁶ É também por meio da releitura do Direito Civil, principalmente no que se refere à matéria contratual, à luz da Constituição da República que se estabelece a obrigação de cooperação entre as partes contratantes, concebida pela compreensão do contrato, segundo o princípio da boa-fé, aqui considerada a objetiva, independente de se tratar contratos de consumo, contratos de Direito Privado ou contrato de Direito Público.²⁷

Nesse sentido, o modelo clássico do contrato, baseado no princípio da autonomia da vontade entra em declínio, em face das transformações ocorridas nas relações contratuais, exigindo da Teoria Geral dos Contratos uma reformulação total, frente às exigências que se impõem.

²⁶ Art. 170 da CR: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁷ LÔBO, 1999, p. 107.

O apego ao velho, ao antigo, é tão forte, que motivados pela limitação que se impôs ao princípio paradigmático da autonomia da vontade, há autores que chegam a discutir sobre a possibilidade da morte ou crise do instituto do contrato e, sucessivamente de toda a Teoria Contratual construída sob o dogma da vontade.

2.2.

O modelo contratual do século XIX: o contrato como mero instrumento de circulação de riquezas

A matéria contratual, que retrata o modelo de contrato, vigente no século XIX, assim como foi entendida, tanto no Código de Napoleão (1804), como no revogado Código Civil Brasileiro (1916), decorreu da sacralização da propriedade privada e do protecionismo exacerbado de interesses individuais, obtidos com o advento da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, possuindo, portanto, ideologias eminentemente liberais.

Conforme os brocardos inspirados na doutrina napoleônica do séc. XIX, os contratos são fontes de obrigações, incluindo-se nesse rol ainda, as declarações unilaterais de vontade, os atos ilícitos e a própria lei, sendo esta última, considerada fonte primária de todas as obrigações²⁸, o que resulta na expressão de que as obrigações advindas por contrato só são obrigações jurídicas porque resultam de lei, fazendo com que o acordo de vontades se torne lei entre as partes contratantes, *pacta sunt servanda*, desde é claro, haja manifestação de vontade isenta de vício, ou de acordo com o Código Civil de 1916, sem defeitos.²⁹

Consoante menciona Orlando Gomes³⁰ “os contratos revelaram-se instrumento de grande valia no desenvolvimento da época: garantiam a regulação de interesses individuais com igualdade entre as partes contratantes, ao mesmo tempo em que atendiam à necessidade premente de ampliação de difusão das relações de troca”.

²⁸ MONTEIRO, 1989, p. 3.

²⁹ Vide artigos 86 a 113 da Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil Revogado pela Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

³⁰ GOMES, 1999, p. 6.

Observa-se, portanto, que o conceito do modelo clássico do contrato estava fundamentado na livre manifestação da vontade, ou seja, na autonomia da vontade³¹.

No entanto, o conceito de contrato não se encontra no Código Civil. Era a doutrina nacional que tratou de conceituar o contrato como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”, bastando para a sua validade a presença dos requisitos constantes no art. 82 do Código Civil Brasileiro de 1916, qual sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei.³²

Grande parte dos autores brasileiros que se destinaram a estudar a matéria contratual fixou-se, principalmente, no princípio da autonomia da vontade ou liberdade contratual como diretiva, como se verá adiante. Foram poucos os que timidamente fizeram menção ao princípio da boa-fé nas relações contratuais.

O Professor Washington de Barros Monteiro enumera em relação à matéria contratual, o princípio da autonomia da vontade, o da supremacia da ordem pública e o da obrigatoriedade da convenção.³³

O eminente Caio Mario da Silva Pereira³⁴ discrimina tanto os princípios da força obrigatória do contrato e do consensualismo, como o da autonomia da vontade, esse limitado pela ordem pública.

Ao contrário, Silvio Rodrigues³⁵ apoia-se nos princípios da autonomia da vontade, apenas limitado pela supremacia da ordem pública, da relatividade das convenções e da força vinculante do contrato.

Outro grande mestre, o Professor Orlando Gomes³⁶, ensinou serem quatro os princípios fundamentais do contrato: a autonomia da vontade, o consensualismo, a força obrigatória e a boa fé. A respeito da boa fé argumenta que esse princípio importa com a interpretação do contrato.

A autora Maria Helena Diniz³⁷, em compêndio editado em 1984, relaciona os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo, da obrigatoriedade da

³¹ MARTINS-COSTA, 1992, p. 127.

³² MONTEIRO, 1989, p. 5.

³³ Ibid., p. 9.

³⁴ PEREIRA, 1978, p. 14.

³⁵ RODRIGUES, 1978, p. 15.

³⁶ GOMES, 1999, p. 22.

³⁷ DINIZ, 1984, p. 27.

convenção, da relatividade dos efeitos do contrato e o princípio da boa-fé, como sendo princípios gerais dos contratos.³⁸

Nessa mesma linha de raciocínio, Carlos Aberto Bittar³⁹ elenca como princípios fundamentais dos contratos a autonomia da vontade, o consensualismo, a obrigatoriedade, a relatividade de efeitos e a boa-fé, cujo grande destaque alcança em sua obra. Atribui a obrigatoriedade do princípio da boa fé “tanto na formação, como na conclusão e execução” do contrato, contribuindo para a moralidade da atividade negocial.

Já Fernando Noronha⁴⁰, ressalta, que a boa-fé havia sido estudada em especial por dois autores, Octávio Guimarães e Alípio Silveira⁴¹, mas sem grandes repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro, examinou a boa-fé apenas sob o ponto de vista subjetivo ou psicológico e o segundo, distingue a boa-fé subjetiva que se baseia no erro ou ignorância sobre a situação jurídica, da boa-fé objetiva que se traduz na lisura que deve existir na relação contratual.

Diante do demonstrado, percebe-se a adesão de grande parte dos autores à concepção clássica dos contratos. Todos os autores fazem referência ao princípio da liberdade contratual, seja isoladamente, seja integrando-o no princípio da autonomia da vontade (ou da autonomia privada, assim denominada com o advento da Constituição da República). Todos estão de acordo que a liberdade contratual é a regra e a sua limitação encontra-se na noção de ordem pública como limite ou restrição dessa liberdade.

Dentre as obras consultadas, apenas Orlando Gomes, Maria Helena Diniz e Carlos Alberto Bittar incluem a boa-fé entre os princípios fundamentais dos contratos, notando-se que a noção foi ganhando importância à medida que cada uma das suas obras era publicada: para Orlando Gomes a boa-fé “atende mais como a interpretação do que com a estrutura”⁴²; para Maria Helena Diniz, ela está intimamente ligada “não só à interpretação do contrato, mas também ao interesse

³⁸ Artigo 422 do Código Civil Brasileiro de 2002.

³⁹ BITTAR, 1990b, p. 33 et. seq.

⁴⁰ NORONHA, 1994, p. 53.

⁴¹ Mônica destaca o conceito dado por Alípio Silveira à boa-fé objetiva: “A boa-fé objetiva pode ser definida, na esfera jurídica, como comportamento inspirado no senso da probidade, quer no exercício leal e não caviloso dos direitos e das obrigações que dele derivam, quer no modo de fazê-los valer e de observá-los, respeitando em qualquer caso o escopo visado pelo ato jurídico, a harmonia dos interesses das partes e as exigências do bem comum”. (BIERWAGEN, 2002, p. 48)

⁴² GOMES, 1999, p.22.

social de segurança das relações jurídicas”⁴³; para Carlos Alberto Bittar, ela é “princípio cardeal do sistema jurídico” (e não apenas dos contratos) e com ela “alcança-se o cume na piramidização ética do relacionamento contratual, importando o seu desrespeito em diferentes sancionamentos específicos, no plano civil e em outros, a par das conseqüências indenizatórias normais na ruptura do vínculo.”⁴⁴

Nesse aspecto, cita Fernando Noronha⁴⁵, as anotações do Professor Clovis V. Souto e Silva, no livro “*A obrigação como processo*”, o qual realça que cresceu em importância o princípio da boa-fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, nacionais e estrangeiras, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico. O autor acrescenta dizendo que a boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito, manifestando-se como máxima objetiva, a qual determina um aumento de deveres, além daqueles já convencionados contratualmente.

Juristas contemporâneos se destacam nesse aspecto, a saber, Fernando Noronha “O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)”, Judith Martins-Costa “A Boa-fé no Direito Privado”, outros autores que possuem vastas publicações em torno do assunto, tais como Gustavo Tepedino, Paulo Luiz Netto Lôbo, autores italianos como Pietro Perlingieri e Enzo Roppo, e em especial relevo, a obra “Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil – Constitucional”, do autor Paulo Nalin, por excelência e fundamental importância. Em relação ao Direito Público, notadamente no Direito Administrativo, destaca Edílson Pereira Nobre Júnior e sua obra “O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro”.

Tais obras doutrinárias exaltam o princípio da boa-fé negocial ou boa-fé objetiva como paradigma do contrato pós-moderno.

Como visto, o conceito do modelo clássico de contrato, também chamado de contrato liberal, contrato moderno ou contrato tradicional, construído sob a ideologia liberal clássica, assentavam alguns pontos fundamentais, assim

⁴³ DINIZ, 1984, p. 27.

⁴⁴ BITTAR, 1990b, p. 33.

⁴⁵ NORONHA, 1994, p. 53.

entendidos como princípios, sendo eles, a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública, a obrigatoriedade, o efeito relativo dos contratos e o consensualismo.

A autonomia da vontade ou também chamada de liberdade contratual, caracterizava-se pela “liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de eleger as pessoas com quem se contrata ou deixar de contratar, a de determinar o contrato a ser celebrado, típico ou atípico, a de negociar o seu conteúdo e, por último, a de adotar a forma, verbal ou escrita, sendo, a última, tida por mais conveniente”.⁴⁶

Nessa época, já se verificava que a referida autonomia da vontade não era absoluta, sendo limitada pelo princípio contratual da supremacia da ordem pública, o qual proíbe estipulações contratuais contrárias à letra da lei, como por exemplo, a vinculação de juros acima do permitido em lei.⁴⁷

A obrigatoriedade do contrato consistiria na vinculação das partes ao acordado, traduzido na impossibilidade de qualquer uma delas alterar o pactuado, nem sequer por revisão judicial. O acordo realizado tornava-se lei entre as partes contratantes, constituindo a “pacta sunt servanda”. Bastava tão-somente a livre manifestação da vontade para que se ensejasse a obrigatoriedade no cumprimento do que foi livremente acordado a fim de assegurar a segurança jurídica do instituto contratual.⁴⁸

Assim, tanto o princípio da autonomia da vontade como o princípio da obrigatoriedade estavam adstritos ao fato de que somente o Homem poderia vincular-se ao que foi assumido por sua livre manifestação de vontade, ou seja, vinculava-se pelas obrigações que ele próprio assumiu voluntariamente. E, a obrigatoriedade do cumprimento do que foi livremente acordado se fazia justo, em razão de se honrar a palavra dada. Acreditava-se que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio de forças entre os contratantes. A idéia de que todos são iguais perante a lei e que igualmente devem ser tratados juntamente com a idéia de que o mercado deve funcionar livremente, característico do liberalismo, fez do contrato “um instrumento jurídico por excelência da vida econômica”.⁴⁹

O efeito relativo dos contratos consistia no fato de que o acordado não poderia beneficiar nem prejudicar terceiros, porque esses não poderiam ser

⁴⁶ NORONHA, 1994, p. 41 passim.

⁴⁷ MONTEIRO, 1989, p. 9.

⁴⁸ Ibid., loc. cit.

⁴⁹ GOMES, 1999, p. 6.

atingidos por atos alheios à sua vontade.⁵⁰ Já o consensualismo, indicava que as partes somente ficavam vinculadas ao que foi manifestado expressamente.⁵¹

Dada a importância a todos os princípios citados para a época, o contrato ficou caracterizado pelo princípio da autonomia da vontade, especializado na liberdade contratual. Quando se falava de contratos, automaticamente pensava-se em liberdade contratual, tal era a sua importância no Estado Liberal.

A própria leitura superficial do texto constitucional, para os mais desavisados, também viabilizou, mesmo após a promulgação da Constituição, a manutenção do modelo clássico do contrato, que serviu por muito tempo como instrumento de circulação de riquezas. Este fato se observa na jurisprudência da época.

Como se pode observar numa relação contratual de trabalho, de locação, ou de consumo: o empregado, o locador e o consumidor não podem ser vistos em igualdade de condições com o empregador, com o locatário e com o fornecedor. Indaga-se o que aconteceria com o empregado se não houvesse normas de ordem pública disciplinando a relação entre empregado-empregador, inclusive dando um tratamento protetivo ao empregado?⁵² A resposta seria um número inimaginável de pessoas trabalhando em condições inaceitáveis pela sociedade atual, ter-se-ia o retorno à escravatura com o respaldo do Poder Judiciário que fundamentaria seu posicionamento no respeito ao dogma da vontade e da igualdade formal entre os contratantes⁵³. O mesmo pode se argumentar em relação ao locatário e ao consumidor, se o princípio da autonomia da vontade, elevado à categoria de

⁵⁰ LOUREIRO, 2004, p. 49.

⁵¹ GOMES, op. cit., p. 22.

⁵² Explica Enzo ROPPO (1988, p. 319 passim): “É um facto que, por razões ligadas à sua própria subsistência física, na conclusão do contrato de trabalho, os trabalhadores se encontravam ao inteiro dispor do empresário, que podia determinar o seu conteúdo de forma completamente arbitrária e em conformidade com seus próprios interesses. Aqueles não tinham qualquer possibilidade de se opor e modificar as condições mais duras da relação (em termos de níveis retributivos, horário, higiene e segurança do ambiente do trabalho, etc.) que a contraparte lhes impunha, tendo, assim, de suportar todas as suas pretensões, ainda que para eles ruins: como por exemplo aquela pela qual uma parte substancial do salário podia ser pega em ‘bónus’ só aplicáveis dentro dos espaços da empresa (o chamado *truck system*), ou mediante o direito de habitar em casas miseráveis e insalubres, colocadas a sua disposição pelo dador de trabalho (o chamado *cottage system*). [...] Assim, a sua situação económico-social deteriorada despojava, de facto o trabalhador, de todas as possibilidades de real exercício da liberdade contratual; e, no entanto, ele era formalmente livre de concluir ou não concluir o contrato de trabalho e determinar o seu conteúdo, e, concluindo-o, ele exercia formalmente poderes de autonomia contratual em posição de igualdade formal com a contraparte (ideologia da liberdade contratual: cfr. *Retro*, cap. I, 3.2.-3.3); ficava, portanto, legalmente vinculado àquele contrato.

⁵³ A igualdade formal significa dizer que a mesma lei é imposta a todos, pois todos são iguais perante a lei.

paradigma contratual pela doutrina dos séculos XIX e XX fosse aplicado sem qualquer restrição, ressaltando a máxima “*pacta sunt servanda*”, ou seja, que o pactuado tornava-se lei entre as partes.

O contrato como instrumento puro e simples de circulação de riquezas objetivou proteger os interesses patrimoniais e individuais dos contratantes. O Homem era visto como contratante, em posição de devedor ou de credor e senhor da palavra, empenhada na relação contratual, sendo que o patrimônio estava no foco de interesse e tutela dos três Poderes.

Resumidamente, conclui-se que a Teoria Geral dos Contratos estava assentada na idéia de autonomia da vontade ou liberdade contratual.

Conforme visto no contrato tradicional, a vontade das partes formava a obrigação⁵⁴, restando ao legislador poder intervir somente para tutelar a vontade manifestada, uma vez que a possibilidade de revisão de contratos somente era possível na ocorrência de fatos extraordinários e imprevistos, oportunidade em que, paulatinamente, foi se aplicando a cláusula *rebus sic stantibus*, a qual determinava o vínculo obrigatório nos contratos, desde que mantivessem o estado de fato, vigente ao tempo da estipulação, e a revisão contratual na ocorrência de fatos não previstos no momento da contratação.⁵⁵

O autor Washington de Barros Monteiro⁵⁶ relata um dos primeiros casos de revisão contratual em razão de fato superveniente alheio à vontade de um dos contratantes, julgado pelo Ministro Nelson Hungria, que analisou um contrato de locação com prazo de vigência de 25 anos, com cláusula contratual que estabelecia ao locatário adquirir a propriedade por vinte e cinco contos de réis. Todavia, durante a vigência do contrato, ocorreu a valorização extraordinária do imóvel, passando a valer o terreno, sem a contabilização da área construída, mais de oitocentos contos de réis. O locador demandado pelo locatário alegou em sua defesa que não seria possível a transação em razão da ocorrência de fato inteiramente imprevisível e a consumação da venda importaria intolerável desequilíbrio de patrimônios. A decisão foi favorável ao locador.

⁵⁴ MARTINS-COSTA (1992, p. 129) relata sobre o assunto: “[...] se o indivíduo, no Estado da Natureza, é livre, nada o pode obrigar, salvo se o seu consentimento. Por conseqüência, a origem única das normas jurídicas – por definição obrigatória – é o acordo de vontades.”

⁵⁵ MONTEIRO, 1989, p. 5.

⁵⁶ Ibid., p. 10.

Outro exemplo dos dias atuais foi a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso dos contratos de *leasing*. O então, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, analisando o Agravo de Instrumento n.º 564.156-SE (2003/0200216-2), em que foram partes, BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A, como agravante, e Ministério Público do Estado de Sergipe, como agravado, resolveu a lide pelo uso da equidade, determinando que o reajuste do contrato e das prestações vencidas dali em diante, se fizesse pela metade da variação cambial. Considerou-se, no voto vencedor, que não seria razoável decidir que, estando a arrendadora autorizada por lei a contratar com base na variação cambial, e assim concordando o mutuário, tenha de arcar com o ônus integral da desvalorização da moeda nacional. Assim, o artigo 6º, inciso V, da Lei de Defesa do Consumidor incide apenas para retirar a onerosidade que afeta a capacidade do consumidor adimplir o contrato, em razão de fato superveniente, resguardando-se, entretanto, o pacto e a essência da cláusula, porque, em si mesma, foi considerada válida e legítima.

A teoria da imprevisão ou teoria da superveniência, porém, não foi aceita de modo expreso pelo Código Civil Brasileiro de 1916, ressaltando duas tendências: a primeira, que preconizou a sua adoção; em atenção à orientação do primeiro Anteprojeto do Código das Obrigações, a segunda, sustentou que o direito pátrio não permite o descumprimento das obrigações livremente pactuadas, apesar do desequilíbrio sofrido em decorrência de fatores imprevisíveis. A primeira tendência é a vitoriosa, contudo a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* somente será aplicada em casos excepcionais, com extrema cautela por parte do julgador.⁵⁷

Como visto, a liberdade sem medida, fazendo do contrato um forte instrumento de circulação de riquezas, conduziu a escravidão institucionalizada.⁵⁸ O capitalismo desenfreado, instrumentalizado pelo modelo contratual clássico, que se resume num acordo de vontades, viabilizou a concentração de riquezas e a marginalização de milhões de pessoas que vivem hoje à margem da sociedade.⁵⁹

⁵⁷ MONTEIRO, 1989, p. 11.

⁵⁸ Segundo Luiz Edson Fachin, ao redigir o prefácio do Livro *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, de autoria de Paulo Nalin, às páginas 13 e 14, cerca de 53 milhões de brasileiros são pobres, dos quais 22 milhões são indigentes.

⁵⁹ MARTINS-COSTA (1992, p. 132) relata sobre o assunto: “Para os adeptos da Teoria Subjetiva, ainda marcados pelo mais extremado voluntarismo, a força da vontade provém de si mesma, isto é, o contrato obriga pelo simples fato de ser “contrato”, vale dizer *consentimento*. Ao contrário, para

A propriedade privada na legislação civil de 1916 ocupava uma posição de destaque e proteção em relação ao próprio ser, pois segundo Paulo Luiz Netto Lôbo⁶⁰, no Estado Liberal, “o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito da propriedade privada, tida como a exteriorização da pessoa humana ou da cidadania”.

Dizia ainda, o autor, que a não admissão de “qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo”.⁶¹

Vê-se, portanto, nesta oportunidade que o consentimento recíproco é requisito essencial para a validade do contrato moderno.

2.3.

O dirigismo contratual, a massificação dos contratos e o declínio da teoria geral dos contratos fundamentada no paradigma do dogma da vontade

Com as transformações ideológicas e econômicas que se processaram no século XX e com o desenvolvimento do Estado Social, a figura do dirigismo contratual e a Sociedade de Massas, o modelo liberal de contrato, baseado no esquema clássico da oferta e aceitação, entra em declínio, visto, não mais suprir as necessidades da sociedade da época.

Contribui, nesse sentido, Mônica Bierwagen⁶², afirmando que:

A crise social gerada pela conjugação do individualismo jurídico e o liberalismo econômico do século XIX e início do XX ensejou uma reformulação dos seus princípios basilares tendentes à maior ‘socialização’ e publicização do direito das obrigações: o princípio da autonomia da vontade, cede parte de seu espaço para o dirigismo contratual, buscava resgatar a igualdade das partes perdida com o fenômeno da massificação das relações contratuais; o princípio da obrigatoriedade foi amenizado para admitir a inexecução dos contratos pelo desequilíbrio contratual decorrente de acontecimento imprevisível e

os partidários da Teoria da Declaração, acolhida, com mitigações, no BGB, a força da vontade deriva da lei e por isto ela tem o condão de criar *normas* ou *preceitos*.”

⁶⁰ LÔBO, 1995, p. 40.

⁶¹ Id., 1999, p. 107.

⁶² BIERWAGEN, 2002, p. 47.

extraordinário; o princípio da relatividade dos efeitos foi remodelado por força do reconhecimento de uma função social dos contratos; e o princípio da intangibilidade foi relativizado para admitir a intervenção do Estado em certos casos de premente interesse social.

Como visto, o advento do Estado Social frente aos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formal deixa de ser mero garantidor da autonomia de vontade, para então se insurgir profundamente nas relações contratuais. Surge a figura do dirigismo contratual como forma reguladora da atividade econômica e social legislando sobre a relação contratual locatícia, de trabalho, de consumo, entre outras.⁶³

Pelo dirigismo contratual, o Estado, então, poderia intervir nas relações contratuais, legislando, sobre a matéria contratual, por norma de ordem pública, nas quais as partes contratantes não poderiam deixar de aplicá-la em razão do caráter de indisponibilidade. São exemplos do dirigismo contratual a Lei do Inquilinato, a Consolidação das Leis Trabalhistas, a Lei de Defesa do Consumidor.⁶⁴

O contrato não é mais considerado como o pleno exercício da cidadania, mas sim, como objeto de exploração, tanto que nessa época, o Padre Lacordaire tornou-se conhecido pelo protesto que demonstrava os anseios da sociedade liberal desprotegida: “entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime, e a lei que liberta”!⁶⁵

⁶³ Como exemplo de dirigismo contratual, transcreve-se a ementa do RESP n.º 187492 / SP (1998/0065070-9), cujo relator foi o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: “CIVIL - LOCAÇÃO - MULTA - VALOR - A antiga parêmia – o contrato faz lei entre as partes - hoje, devido ao sentido social da norma jurídica precisa ser analisada "cum gnamis salis". O aresto afrontado foi sensível a esse aspecto. Tanto assim, fundamenta: "A previsão contratual não tem assim valor absoluto e nem pode superar o justo. "Os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções sofrem limitações impostas pela idéia de ordem pública, entre cujas normas se encontram as leis do inquilinato" (2º TA CIVIL SP, Ap. nº 280.300-1, Rel. Juiz GILDO DOS SANTOS – RT 662/133). Ou em outras palavras, dentro da moderna tendência social do direito: 'Aquele que se mostra fraco, ainda que por culpa própria, tem direito de ser protegido' (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Curso de Direito Civil, 4º vol., págs. 204/205, 16ª ed.). Conseqüentemente, impõe-se a redução da multa compensatória aos limites do razoável, aplicando-se para tanto 'as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece' (art. 335, CPC). E nesse prisma, conforme já se destacou, o normal é a fixação da multa compensatória no equivalente a três meses de aluguel, portanto ficando adotado tal limite".

⁶⁴ LORENZETTI (1998, p. 77) adverte: “O problema fundamental para o qual chamamos a atenção é a profunda desconexão que existe entre todos estes microssistemas. Cada um cresce e se desenvolve com grande autonomia como foi visto. Este fenômeno de independência se refere ao Código, já que é evidente também que se assiste a uma nova resistemização, na qual a norma de Direito Privado, ‘ordenadora’, se instala em nível superior”.

⁶⁵ NORONHA, 1994, p. 66.

Da mesma forma que a Revolução Francesa, com a instituição do Estado Liberal e com o individualismo reinante transformou a sociedade da época, a Revolução Industrial provocou modificações profundas na política e no ordenamento jurídico.

Das transformações ocorridas na sociedade contemporânea, merecem ser citadas a urbanização, que é conseqüência do crescimento exponencial da população em razão da migração do campo para as cidades em busca de melhores condições de vida, e a concentração capitalista nas mãos dos industriais alcançada pela busca desenfreada pela ampliação do mercado por intermédio da livre concorrência e da busca por melhores condições de produção e distribuição.⁶⁶

Como conseqüência de tais fenômenos, tem-se a massificação da sociedade⁶⁷, que transformou as cidades em gigantescas colméias. O modo de produção teve que se adaptar às necessidades atuais, com o surgimento da produção em série, em razão da demanda existente. As informações chegavam de todo o planeta, de forma muito mais ágil por intermédio dos jornais, rádio e televisão. As relações coletivas são disciplinadas pelos acordos e convenções coletivas de trabalho. Há a responsabilidade coletiva e as ações coletivas, e finalmente o surgimento dos contratos padronizados e de adesão^{68 69}, nos quais o princípio da autonomia da vontade é totalmente prescindível. Todos esses fatos proporcionam inevitavelmente o declínio do modelo tradicional do contrato fomentado no dogma da vontade.

Há, portanto, o declínio do paradigma do voluntarismo jurídico, oportunidade em que, se destacam os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti sobre a vida e morte de um paradigma:

⁶⁶ Ibid., p. 71.

⁶⁷ “As massas se pensam como conjuntos humanos, nos quais o homem se integra como um ser anônimo e despersonalizado.” (MARTINS-COSTA, 1992, p. 136)

⁶⁸ Tanto os contratos padronizados como os contratos de adesão têm por característica essencial a unilateralidade imposta por uma das partes à coletividade contratante. Por esse motivo pode-se falar em contratos padronizados e de adesão para nomear a forma de contratação massificada, o que muitas vezes faz surgir as chamadas cláusulas abusivas passíveis de serem anuladas a partir do advento da Lei de Defesa do Consumidor.

⁶⁹ O Projeto de Lei n.º 6.960/02 que pretende alterar o artigo 423 do Código Civil Brasileiro de 2002 não diferencia contrato de adesão de contrato padronizado: “Art. 423. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. §1º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo aderente. §2º As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente”.

Um paradigma é um modelo acerca da ciência normal; desenvolve os problemas e métodos corretos que serão especificados na atividade científica; tem um status anterior à regra, porque a condiciona. A própria ordem codificada estatal constitui um paradigma, um modelo dentro do qual atua a dogmática. Os paradigmas vêm sendo depurados mediante operações de simplificação, que realizam os juristas, até torná-los específicos. Há, contudo, um momento em que se tornam ininteligíveis, ineficazes, deixam de ter sua função ou permanecem mudos frente a novos questionamentos; é o momento em que se produz a mudança. Toda a comunidade possui paradigmas de Direito, que tornam possível uma forma de argumento comum, facilitam e beneficiam os debates interpretativos.⁷⁰

No mesmo sentido, é necessário estabelecer um paradigma contratual que compreenda todos os modelos contratuais existentes⁷¹, tais como os descritos a seguir:

1. Contrato Coativo ou Obrigatório: a ordem jurídica impõe a contratação, em razão de um outro contrato preexistente ou de uma situação jurídica e propriedade, v.g., o seguro obrigatório, a prorrogação contratual na locação a prazo determinado (experiência) para indeterminado, etc.
2. Contrato Necessário: relação de oferta permanente de determinados sujeitos contratuais, sem que possa recusar a contratação com quem quer que seja, v.g., os concessionários de serviços públicos (pedágio, fornecedor de água, luz, telefone, etc.), abastecimento de gêneros de primeira necessidade, os créditos de um modo geral (bancários inclusive), transporte coletivo etc.
3. Contrato-Tipo: decorre da contratação freqüente entre certa categoria de contratantes, que se propõem, em função de uma padronização de relações, presentes e futuras, como a rapidez e a segurança, para evitar concorrência desleal, a imprimir uniformidade aos futuros contratos, etc.
4. Contrato de Adesão: esta modalidade por sua vez, indiscutivelmente, a mais emblemática de todas, realmente põe em cheque o contrato paritário, revelando todas suas crises, pois “[...] Há a predominância exclusiva de uma só vontade, constituída com a vontade unilateral, que dita a sua lei, não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, e que se propõe a por antecipação, unilateralmente, por adesão àqueles que desejam aceitar a lei do contrato.

Pelos modelos contratuais apresentados, percebe-se que à vontade, pouca relevância se dá para a formalização da relação contratual, veja-se por exemplo o contrato coativo ou o obrigatório.

Em breve passagem, a jurista Judith Martins-Costa⁷² argumenta com propriedade que a autonomia da vontade já não mais é o centro das atenções das

⁷⁰ LORENZETTI, 1998, p. 84.

⁷¹ NALIN, 2001, p. 114 et. seq.

relações contratuais. Afirma, de acordo com ensinamentos de Emílio Betti, que “a concepção do contrato como auto-regulamentação dos interesses privados é ato social, dirigido para o futuro e não ato de vontade, pois essa já se exauriu quando formado o vínculo, pertencendo, pois, ao passado”.

Não obstante, a autonomia da vontade, denominada atualmente como autonomia privada, ainda se faz presente nas relações contratuais, porém, não mais como elemento essencial para a validade dos contratos, não mais como paradigma contratual.

A própria definição da autonomia privada foi alterada, conforme preceitua Pietro Perlingieri, jurista italiano, que em razão da similaridade do ordenamento brasileiro e italiano, vale destacar:⁷³

Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (sobre tal conceito cfr. *Infra*, Cap. 5, §64) como consequência de comportamento – em qualquer medida – livremente assumidos”. [...] “Atrás do encanto da fórmula, todavia, esconde-se tão-somente o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas de relações de força mercantil. Esta concepção mudou radicalmente na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa, e a consequente responsabilidade, ultrapassa e subordina a si mesma a iniciativa econômica. A legislação ordinária, além disso, tem favorecido – não sem ambigüidade – o processo de recomposição do ordenamento no sentido constitucional.

É insustentável o argumento de que a vontade, ainda, prevalece como elemento essencial no contrato, até porque os novos modelos contratuais surgidos com a massificação da sociedade estão aí para se contraporem.

No mesmo sentido, Paulo Nalin estabelece que o contrato sem vontade emitida é inexistente, mas, à vontade contratual não deve ser emprestada tanta relevância, principalmente por causa dos contratos de adesão.⁷⁴

Como afirma PERLINGIERI⁷⁵ a autonomia privada se apresenta, no mínimo como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação, razão pela qual o contrato sem vontade emitida é inexistente.

⁷² MARTINS-COSTA, 1992, p. 133.

⁷³ PERLINGIERI, 1999, p. 17.

⁷⁴ NALIN, 2001, p. 139.

⁷⁵ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 19.

Ricardo Luis Lorenzetti⁷⁶ também admite a queda do princípio da autonomia da vontade como paradigma contratual, oportunidade em que elenca as causas de sua derrocada:

A teoria do contrato não está fundada na vontade como única fonte de regulação jurídica. A aparição da ordem pública de proteção de grupos contratantes, das disposições imperativas nos contratos de consumo, dos contratos ditados, das que estabelecem uma diretriz na economia, tem mudado substancialmente o panorama. Em realidade, há um acúmulo de regras institucionais, criadas pelo legislador, que atuam de modo similar a uma partitura, que o contratante interpreta em cada caso, a teoria da responsabilidade civil, vai abandonando progressivamente seu esquema básico voluntarista, para ser pensada como um problema de justa distribuição dos efeitos danosos.

Pode-se afirmar que o elemento volitivo encontra-se mais forte nas relações contratuais que se encontram em igualdade de forças. Quanto mais equilibrada for uma relação contratual, mais importará a vontade manifestada, ou seja, “quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar”. Em contrapartida, “quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato”.⁷⁷

Em verdade, observa-se que no atual panorama do contrato, o valor da vontade está subordinado às exigências da justiça e, limitado pelo princípio da boa-fé”.⁷⁸

O mesmo entendimento se observa nos ensinamentos de Jorge Iturraspe⁷⁹, nobre jurista platino, ao tratar do princípio da boa-fé e da justiça contratual como limitador do princípio da autonomia das partes: “El principio de autonomía de las partes, en la confección y exteriorización del contrato, há de coordinarse con los principios de justicia contractual y de buena fe”.

Como visto, o princípio da autonomia privada está de vestes novas, vestes que são ditadas pela Constituição da República que, ao lançar em seu texto os objetivos a serem perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, limita a força da autonomia privada em prol da justiça contratual.

⁷⁶ LORENZETTI, 1998, p. 78.

⁷⁷ NALIN, 2001, p. 138.

⁷⁸ Ibid., loc.cit.

⁷⁹ ITURRASPE, 1994, p. 33.

Não obstante, há que se destacar que o princípio da autonomia privada⁸⁰ não se configura como letra morta no ordenamento brasileiro, principalmente por causa da globalização da economia e, na via de consequência, da formação de blocos econômicos e os contratos internacionais.⁸¹

As novas tendências do Direito Contratual fazem com que os princípios vigentes na época do Estado Liberal sejam revistos e reordenados axiologicamente. É imprescindível atualizar a concepção do contrato e de seus princípios basilares, de modo a harmonizá-los com a concepção de contrato estabelecido pela Constituição da República.

O direcionamento das decisões dos tribunais, ao menos no que tange aos contratos privados, está a percorrer o caminho traçado pela melhor doutrina, no qual a livre iniciativa somente será tutelada na medida em que respeitar o princípio constitucional da solidariedade, que é simbolizado nesse contexto, pela justiça social e justiça distributiva, pois ao contrato, a exemplo do que ocorreu com a propriedade privada, o legislador impôs o cumprimento da função social.⁸²

O que se pretende, então, é demonstrar que o conceito de contrato não pode mais ser visto como simples acordo de vontade, fulcrado no voluntarismo jurídico, em razão da existência de inúmeros modelos contratuais, nos quais a manifestação de vontade resume-se na aceitação ou não aceitação do conteúdo do contrato.

Aos contratantes é imposto o dever de cooperação, que revela a subordinação do contrato contemporâneo ao princípio da solidariedade social, exteriorizado nas normas infraconstitucionais pelo princípio da boa-fé objetiva,

⁸⁰ Um exemplo é a cobrança de multa por rescisão de contrato de trabalho, por tempo determinado, que prevê cláusula contratual de proibição de gravidez, acordado por executiva com idade acima de 30 anos. A vaga foi disputada por um número expressivo de candidatas e a remuneração oferecida era milionária.

⁸¹ Esclarece Ana Claudia Finger em relação à economia globalizada que “o extraordinário avanço tecnológico e científico fez surgir uma globalização excludente que, ao mesmo tempo em que aproxima alguns países numa linguagem quase universal, exclui outros. Como decorrência dos grandes progressos científicos e tecnológicos e da intervenção das grandes potências econômicas na ordem política das nações, que são obrigadas a ceder ante a tirania das finanças e dos mercados globais, assiste-se a uma globalização que se processa sem nenhum conteúdo ético. Para não sucumbirem frente aos mega-Estados (grandes macroestruturas econômicas), os chamados países em desenvolvimento têm sua ordem jurídica sacrificada: a ética que antes visava à busca do bem humano cede espaço agora à ética do lucro, que gera opressão e exclusão de pessoas e grupos” *in* Cenários do Direito Administrativo, p. 73.

⁸² Art. 422 do CC/02: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

conforme palavras de ITURRASPE⁸³, que com magnitude discursou sobre o assunto:

La persona tiene el deber social de cooperar a la consecución del bien común, del cual, obviamente, participa. La vivencia de los valores de solidaridad y de cooperación, generalmente olvidada o preterida pro los juristas, debe presidir su actividad, singnar su cotidiano que hacer. Ello obliga a la persona a colaborar em la realización de las otras personas, para lo cual debe también abstenerse de toda acción contraria a ese propósito.

Nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti⁸⁴, observa-se que a mudança do conceito de contrato advém da visão que se tem hoje do próprio indivíduo, que não é visto mais não como um “sujeito isolado”, mas sim como um “sujeito situado”, o que em resumo significa “estabelecer um modo de relação com os demais indivíduos e com os bens públicos, o que nos leva às regras institucionais que fixam os parâmetros mínimos dessa organização”.

O instituto do contrato não mais interessa somente às partes contratantes, pois como sujeitos situados, é necessário saber que benefícios ou prejuízos sofre no conflito bilateral o terceiro ausente, que é a sociedade, razão pela qual a liberdade contratual limita-se ao cumprimento da função social.

Nesse sentido, adverte, ainda Mônica Bierwagen⁸⁵ que:

Nessa linha de revalorização das relações humanas, afastando-se daquele espírito individualista e pragmático que se permitiu aflorar com o modelo clássico de contrato, e que encontrou terreno fértil no sistema capitalista de produção, é que o novo Código Civil se inspira, propondo essa renovação de princípios – como se extrai dos novos institutos nele incorporados, a exemplo do estado de perigo, da lesão, do enriquecimento sem causa, da revisão contratual, e, mais especialmente, pela imposição de uma função social aos contratos (art. 421) – e a inclusão dos princípios a boa-fé e da probidade na sua parte geral (art. 422).

Este é, sem dúvida, o panorama das relações contratuais que se quer vivenciar no ordenamento jurídico brasileiro. A patrimonialidade deixa de ser objeto principal do Direito Civil e ao contrato privado delineado no Código Civil se impõe o cumprimento da função social, sempre visando o bem da coletividade.

⁸³ ITURRASPE (1994) comentando Carlos Fernando Sessarego in *Derecho y persona, Inesia, Lima, Peru, 1990, os. 79 y ss.*

⁸⁴ LORENZETTI, 1998, p. 78.

⁸⁵ BIERWAGEN, 2002, p. 48.

3

A Constituição da República e o princípio da solidariedade social: o conceito de contrato pós-moderno em construção

3.1.

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil e o princípio da solidariedade - em busca de uma sociedade livre, justa e solidária

Após 20 anos de ditadura militar, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, cujo objetivo principal resume-se na busca por uma sociedade livre, justa e solidária.

Pelo preâmbulo, já se revela a intenção do Poder Constituinte em estabelecer como máxima, o princípio da solidariedade social:

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.

Segundo Ivo Dantas⁸⁶, “o preâmbulo da Constituição de 05.10.88, diferencia-se de todos os que antecederam, por trazer, de forma clara e direta, a opção ideológica do Poder Constituinte da época. O preâmbulo identifica o regime político e a filosofia política que inspiram o Estado”. Adverte também, que o preâmbulo serve como limite implícito ao Poder de Reforma Constitucional, visto que evidencia de modo direto os objetivos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

⁸⁶ DANTAS, 2004, p. 344.

Confirma, ainda, o autor, o que foi anteriormente mencionado, quando disserta que o conteúdo do preâmbulo encontra-se desenvolvido no texto constitucional, a começar pelos princípios fundamentais, mais especificamente o artigo 3º do texto constitucional⁸⁷, o que, sem dúvida alguma, permite afirmar que a interpretação a ser dada a qualquer norma contida na Constituição, não poderá desconhecer o conteúdo que se encontra no preâmbulo, além de ser compreendido, também, como limite implícito ao exercício da mudança constitucional formal, em uma opção político-ideológica que só poderá ser entendida corretamente, quando visto o contexto constitucional⁸⁸.

O caráter eminentemente solidarista da Constituição da República, por sua vez, não é característico somente do Estado brasileiro. A Constituição italiana já alertava sobre o princípio da solidariedade refletido no texto constitucional. Nesse sentido, Natalino Irti, renomado jurista italiano, reafirma a prevalência do princípio constitucional da solidariedade em relação à ordem econômica:

La connessione tra gli art. 2 e 41 – già avvertita da Giorgio Oppo – esprime la misura del rapporto tra solidarietà e mercato: se mercato designa lo statuto giuridico degli scambi economici; se la Costituzione demanda alla legge ordinaria di tracciarne la fisionomia: i criteri di conformazione indicati nei commi 2º e 3º dell’ art. 41, traducono il dovere di solidarietà nel campo proprio della libertà d’iniziativa economica.⁸⁹

Induz-se, então, a observância do texto constitucional na releitura do texto infraconstitucional, principalmente em caso de insuficiência da lei para solucionar os casos concretos, nada mais distante do positivismo e da tradição iluminista que norteavam a aplicação das leis no Brasil, desde o século XIX, época das grandes codificações e da concepção dos códigos como sistema unitário e fechado.⁹⁰

Ressalta-se que a complexidade social presenciada não se adequa ao sistema de interpretação de leis estratificado no ordenamento jurídico brasileiro, o

⁸⁷ Art. 3º - CR: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁸⁸ DANTAS, 2004, p. 344.

⁸⁹ IRTI, 1997.

⁹⁰ Judith Martins-Costa fala com propeidética sobre o assunto na obra “A boa fé no Direito Privado”.

que faz com que as lides possam não receber a decisão social adequada.⁹¹ É necessário, então, socorrer-se o intérprete das leis, às normas da Constituição da República, que incorporam em seu texto também princípios morais, tais como o princípio da solidariedade social, justiça contratual e distributiva, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Pietro Perlingieri⁹² ressalta, neste aspecto que:

É a lei, com os seus princípios e os seus valores, que dá ao juiz os valores, que dá ao juiz os parâmetros de decisão do caso concreto. [...] É importante lembrar que das leis chega-se à norma e ao direito com uma operação que não é mecânica, mas, sim, cultural, mediadora de interesses e de valores. Através dessa operação, a resposta da justiça do caso concreto assume um significado e o papel de uma parte do mosaico que, se não fosse voltada a realizar um desenho, correria o risco de produzir uma perda de coesão esquizofrênica, com prevalência definitiva da lei do mais forte.

Ainda, Pietro Perlingieri⁹³ esclarece, nesse sentido, que a Justiça está derrotada quando a sociedade tende a se consolidar no desvalor dos particularismos individuais ou dos grupos. A questão moral quando não é levada em consideração pelo ordenamento jurídico e pelos profissionais encarregados com a elaboração, interpretação e aplicação das lei faz com que a justiça seja débil. “As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é a derrotada”.

Sobre a responsabilidade dos aplicadores do direito, na conquista da justiça social prevista no texto constitucional, Paulo Nalin⁹⁴ acrescenta que “basta um gesto de maior humildade jurisprudencial” em compreender que o destinatário da Constituição tal como o legislador, também é o juiz, ou quem sabe, possa-se dizer que, principalmente é o magistrado, na medida em que é o Poder Judiciário o detentor do monopólio da distribuição da justiça.⁹⁵

⁹¹ LORENZETTI (1998, p. 72) adverte: “Atualmente está surgindo um certo temor ao “intuicionismo” dos juízes. Dworkin, que foi um grande incentivador das faculdades dos juízes, observa que a interpretação é construtiva, deve, contudo, respeitar a dimensão de concordância, já que não se pode adotar uma interpretação qualquer. No campo da retórica e no da teoria da argumentação, que tem enorme divulgação em nosso país, há uma forte tendência a entender que a argumentação é livre frente ao caso concreto. [...] É necessário reconstruir uma matriz estratégica que ordene a interpretação”.

⁹² PERLINGIERI, 1999, p. 21 et. seq.

⁹³ Ibid., p. 23.

⁹⁴ NALIN, 2001, p. 91.

⁹⁵ Vale ressaltar, que segundo Paulo Nalin, na Alemanha, desde o século XIX, é evidenciada a sujeição do administrador público e do juiz à Constituição.

A renomada jurista Judith Martins Costa⁹⁶, também afirma a importância do princípio da solidariedade social, bem como atribui às normas infraconstitucionais o dever de serem interpretadas segundo os ditames da Constituição da República. Afirma a autora que as normas de hierarquia infraconstitucional só podem ser lidas em função dos princípios que com elas se relacionem, sublinhando a importância dos princípios da solidariedade social (art 3º, I), da prevalência do bem comum (art. 3º, IV), da igualdade (art. 5º, caput) e o princípio da proteção da confiança, deduzido do ordenamento constitucional.

Adverte Jorge Iturraspe⁹⁷, que a inserção do princípio da solidariedade social se deve em virtude do atual entendimento que se tem da própria justiça. Impõe-se como seu objetivo o bem comum, albergando o conceito de justiça social, na qual o equilíbrio dos negócios, a proteção da parte mais débil é perseguida. Acrescenta, ainda, que o princípio da solidariedade como valor jurídico de primeira magnitude consiste na superação da concepção da pessoa humana como um elemento isolado, fora do contexto social e dotado de direitos absolutos e ilimitados.

A busca incessante pela concretização do bem comum indica a modificação dos valores da sociedade, os quais estão disciplinados na Constituição da República. Portanto, a norma constitucional não deve ser vista somente como regra de hermenêutica, mas considerada como própria norma de conduta.

3.2.

A Lei de Defesa do Consumidor como o despertar da justiça contratual

Desde a promulgação da Constituição da República, a defesa do consumidor é uma garantia constitucional, encontrada no artigo 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, do texto constitucional.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, 1992, p. 138.

⁹⁷ Ibid., p. 30 et.seq.

A elevação da defesa do consumidor a princípio constitucional fez ressaltar a importância do assunto na economia nacional, pautada pelas chamadas relações de consumo, ou seja, relações existentes entre fornecedor e consumidor, que deverão estar subordinadas às regras da Lei de Defesa do Consumidor.

Como garantia constitucional, a Lei de Defesa do Consumidor tem efeito imediato e emergente, interferindo em todas as atividades econômicas do país. Assim, qualquer norma que contrarie a defesa do consumidor é inconstitucional.

Consoante visto, a Lei de Defesa do Consumidor é decorrente de uma nova visão do mundo empresarial, é um direito especial, que estabelece normas, técnicas e métodos adequados para a compreensão, interpretação e aplicação desse novo sistema normativo.

A Lei de Defesa do Consumidor faz parte dos chamados microsistemas, a qual compõe esse novo sistema normativo como forma de apaziguar as injustiças ignoradas pelo Código Civil Brasileiro de 1916. Nesse sentido, é válido citar as palavras de Pietro Perlingieri⁹⁸ a respeito do assunto:

Quanto à disciplina dos institutos do Direito Civil, ela se configura em grande parte descentralizada em relação ao Código. A própria centralidade de um corpo legislativo em relação a outro, do código e das leis especiais, que à primeira vista parece uma escolha técnica e aparentemente neutra, esconde opções ideológicas tendentes a fragmentar e a pulverizar a unidade do sistema, e a recompor, saudosamente, unidades perdidas. A Constituição rígida assume a centralidade, com função de garantia da unidade, como parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa.

Salienta-se, ainda, que a Constituição da República, traça como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, a solidariedade social, sendo que nessa condição, se configura incompatível com o denominado princípio da autonomia privada, vigente até então nas

⁹⁸ PERLINGIERI, 1999, p. 25.

relações contratuais, sempre que este venha a propiciar onerosidade abusiva para um dos contratantes.

A finalidade da Lei de Defesa do Consumidor, enfim, é regular as atividades de fornecedores e consumidores ligados por uma relação de consumo, fazendo surgir no coração das relações contratuais a figura da boa-fé objetiva, que consiste no dever de confiança, de cooperação, de informação, de transparência, de lealdade.

A economia do contrato sofre, de há muito, o desequilíbrio gerado pela ausência de mecanismos eficientes de defesa do consumidor, fenômeno que decorre, principalmente, da defasagem entre a realidade negocial e o direito legislado e a proliferação de contratos de adesão, em que os fornecedores promovem a autotutela de seus interesses com cláusulas desfavoráveis aos consumidores, as chamadas cláusulas abusivas, dispostas nos contratos de adesão.⁹⁹

Com efeito, a margem de participação dos consumidores na formação e na consecução dos negócios, na compra de bens de consumo, na fruição de serviços e em outras operações realizadas para a satisfação de suas necessidades normais, é praticamente nula.

Acrescenta-se, ainda, a agressiva publicidade que se desenvolve por todos os veículos de comunicação, a apresentar novos produtos e a despertar o fenômeno do consumismo.

Nesse campo, a intervenção do Estado tem-se pautado pela edição de leis específicas de tutela dos consumidores e pela instituição de organismos de defesa de seus interesses, tais como os PROCONs, as Delegacias dos Consumidores, os Juizados Especiais. Alcança-se, assim, a tutela dos consumidores em três planos: administrativo (com a instituição de órgãos de defesa); legislativo (com a expedição de leis específicas); e judiciário (com a fixação de jurisprudência elevando o princípio da boa-fé objetiva a paradigma contratual).

⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto, 1991, p. 46.

Realmente, não estava animadora a situação dos consumidores, em termos negociais, pois na contratação por adesão, não desfrutavam de condições para poder discutir as cláusulas dos ajustes que celebravam para a aquisição de bens, para a obtenção de financiamentos, para a fruição de serviços e para a satisfação de outras necessidades vitais.

Surgem, ao longo dos tempos, com os contratos de adesão, diferentes problemas para os consumidores, a par da quase nula participação de que desfrutavam em sua assinatura, como por exemplo, a imposição de cláusulas abusivas e de ônus excessivos, a falta de informações sobre o negócio, ou sobre os bens; redação ambígua de cláusulas; fixação de sancionamentos indevidos ou desproporcionais, como a perda dos pagamentos realizados, ou de direito, ou do bem, a previsão de exoneração de responsabilidade do fornecedor, transferência de responsabilidade do fornecedor, entre outras tantas situações desfavoráveis.

Também quanto ao aspecto formal, inúmeras são as posições de desconforto para os consumidores, que vão desde a impossibilidade de leitura das cláusulas à adoção de formulários ininteligíveis, obscuros e de termos duvidosos.

O regime contratual geral também não respondia às exigências do panorama atual, uma vez que, fundado nos ideais do liberalismo, disciplinava as relações entre os contratantes sob uma perspectiva igualitária, incompatível com o desnível existente no caso concreto.

Observa-se que foi com a Constituição da República, que a temática ganhou maior repercussão, quando inseriu, em seu contexto e no das disposições transitórias, normas em que a defesa do consumidor foi erigida a princípio fundamental da ordem econômica.

O projeto de lei de Defesa do Consumidor, que foi encaminhado ao Congresso Nacional para apreciação, redundou no surgimento da Lei 8.078, de 11.09.1990, na qual se consagram os direitos dos consumidores e se prescreve o princípio da boa-fé objetiva.

Antes de sua edição, era no entendimento de alguns magistrados que o consumidor vinha obtendo amparo em litígios contra abusos nos contratos de adesão, principalmente à luz do princípio da boa-fé objetiva.

Daí, a posição adotada pelo direito codificado de conferir relevância mais ampla à ação dos tribunais em questões sobre defesa do consumidor.

Com isso, mecanismos coletivos de ação foram previstos, com a participação de associações de defesa e do Ministério Público, reforçando-se, no plano judiciário, a proteção dos consumidores.

Entretanto, não demorou muito para que as instituições financeiras receosas com os dispositivos insertos na Lei de Defesa do Consumidor, por intermédio da Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, provocassem o Poder Judiciário no sentido de se afastar a aplicabilidade da Lei de Defesa do Consumidor nas atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Em defesa das instituições financeiras sai o renomado jurista Ives Gandra, que em síntese, alega que a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor, nessas atividades, ofende o art. 192 da Constituição da República, pois a regulação do Sistema Financeiro Nacional deveria se dar por lei complementar e não por lei ordinária como o é a Lei de Defesa do Consumidor. Essa questão ainda está pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁰

Em nível contratual, as principais posturas do direito codificado residem na definição de contrato de adesão e na estipulação, com declaração de ineficácia, de cláusulas abusivas já detectadas na prática, a par de sancionamentos outros, em especial no âmbito da responsabilidade civil.

Foi somente com a Lei de Defesa do Consumidor, que a ordem imposta pela Constituição República, ou seja, a justiça contratual, foi percebida, regulamentando-se, dessa forma, a relação de consumo havida entre os destinatários finais dos produtos e serviços.

Corroborando com a afirmativa, as palavras de Paulo Lôbo¹⁰¹: “o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais”, razão pela qual é a Lei de Defesa do Consumidor, o marco da compreensão do novo contratar.

¹⁰⁰ ADIN n.º 2591.

¹⁰¹ LÔBO, 1986. p. 17 passim.

Importando a Lei de Defesa do Consumidor com essa nova visão de justiça contratual, ressurgiu o princípio da boa-fé na sua forma objetiva, como forma de manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, ou corrigir desequilíbrios supervenientes, pouco interferindo que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis ou não.

Conclui-se, então, que o princípio da boa-fé objetiva teve o respaldo merecido com o advento da Lei de Defesa do Consumidor, que por sua vez vem tutelada pela própria Constituição da República, devendo o citado princípio ser respeitado em todas as relações contratuais.

3.3.

A leitura do Direito Civil à luz da Constituição da República e o recurso à fonte principiológica

Em comemoração ao Bicentenário do Código Civil francês, o qual foi fonte de inspiração ao revogado Código Civil Brasileiro de 1916, o civilista José Miguel Lobato, elaborou um texto em homenagem à longevidade do código francês, que foi publicado no último número da revista eletrônica *Intelligencia Jurídica*, nº 41, de março/2004.

Destaca o nobre jurista que a letra da lei deve ser interpretada de acordo com os princípios do direito e adverte a importante função dos julgadores na solução da lide, o que vem a corroborar com o pensamento de muitos dos nossos juristas, que na oportunidade da edição do novo Código Civil, ressaltaram que o trabalho seria de todo desnecessário, visto que ele já nascia desatualizado em relação às jurisprudências colacionadas ao longo dos anos:

Como remarcou há pouco o Presidente francês, Jacques Chirac, no discurso pronunciado em Paris com ocasião da comemoração do Bicentenário, o Código civil não deve sua surpreendente longevidade somente à elegância de sua escritura e à claridade de seu plano. A deve também à modernidade de seu espírito, já que o Código civil contém, sobretudo, valores: os valores em torno dos quais está construída a sociedade contemporânea e nos quais continua encontrando seu equilíbrio e sua homogeneidade. A liberdade e a igualdade, com certeza, mas também a vontade e a responsabilidade. Uma coisa ensina o Código civil às gerações presentes e vindouras. As leis não devem representar exclusivamente legítimas decisões do poder; devem ser sábias, justas, razoáveis. Só assim serão verdadeiramente eficazes e seu espírito perdurará.

O relato condiz com a verdade na medida em que o próprio Código Civil Brasileiro de 1916 não normativou expressamente o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral, entretanto, esse fato não obstou que os tribunais encontrassem solução à problemática, reconhecendo a presença do princípio no ordenamento jurídico.

A leitura do Direito Civil à luz da Constituição da República trouxe a infundável discussão sobre a publicização, socialização, despatrimonialização do Direito Privado. A funcionalização dos contratos é o ponto primordial para a crise creditada ao Direito Civil.

O contrato tido como instrumento de proteção aos interesses individuais agora possui uma função social de acordo com artigo 421 do atual Código Civil, o que significa dizer que o princípio da relatividade dos contratos não mais se enquadra no contrato pós-moderno, pois o acordado também importa à sociedade. A liberdade contratual está limitada pela finalidade social.¹⁰²

Nesse aspecto, Romeu Bacellar Filho¹⁰³ adverte em relação ao fenômeno da publicização do Direito Civil, destacando que outros ramos do direito também sofrem modificações, a exemplo o Direito Administrativo:

A crise do Direito Civil revela-se por meio da (i) perda da noção do Código Civil como centro valorativo do ordenamento jurídico privado, (ii) quebra da dicotomia entre Direito Público e Privado como duas fronteiras distintas e impermeáveis, (iii) movimento de descodificação das matérias afetas às relações privadas com a proliferação de leis esparças que chegam a constituir-se como verdadeiros microssistemas, (iv) publicização do Direito Privado, na acepção de Josserand com o “dirigismo contratual”, (v) incapacidade do Direito Civil clássico de tutelar as novas relações jurídicas de forma justa. Todos estes fatores estariam levando, segundo muitos, a uma verdadeira “morte” do Direito Civil (o que parece ser, além de um certo “modismo”, um exagero). Há problemas também do lado do Direito Administrativo. Na constituição de uma pessoa jurídica de Direito Privado que integra a Administração ou a outorga da prestação de atividades administrativas a particulares já se encontra o paradoxo da mescla entre privado e público (formas privadas para alcance de fins públicos).

Vale destacar, também, os ensinamentos de Michelle Giorgianni, professor Emérito da Universidade de Roma, ao comentar sobre o Direito Privado e as suas atuais fronteiras. Afirma que as causas para a necessidade de determinação do

¹⁰² Por exemplo: um contrato de locação comercial para a instalação de uma distribuidora de bebidas alcoólicas nas imediações da Associação dos alcoólicos anônimos importa também aos associados.

¹⁰³ BACELLAR FILHO, 2004, p. 271.

território do Direito Privado, diante da crise da distinção com o Direito Público, que está levando a crer, parte dos juristas, no fenômeno da publicização ou socialização do Direito Privado, está, primeiramente, no aspecto constitucional do Direito Privado, ou seja, que os Códigos Civis passaram a disciplinar fatores da vida em sociedade, que a princípio interessavam somente ao Direito Público. Outro fator relevante é a funcionalização dos institutos da propriedade e do contrato, que impõe ao Direito Privado um caráter especialmente público.

O Estado, ao assumir paulatinamente uma série de funções ou serviços que antes eram de competência da esfera privada ou de instituições não estatais e, ao ser a ele atribuída a função de equilibrar a liberdade dos indivíduos com a necessidade da sociedade, contribui para um “progressivo aviltamento do indivíduo, também no campo do ‘Direito Privado’, que antes era o seu domínio incontestado”.¹⁰⁴

Com respeito ao fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, vale ressaltar as palavras de Paulo Nalin¹⁰⁵:

A constitucionalização do Direito Civil anda a passos mais largos, pois, se em algum lugar do sistema jurídico se encontra a fonte da tutela do consumidor, este lugar, também comum às demais leis, por uma razão hierárquica evidente, se chama Constituição da República. E não só pelo fato de ser o consumidor alvo de uma expressa referência pela Carta (art. 170, inc. V), sem igual referência ao contratante civil, está liberado o intérprete de fazer a leitura do Código Civil, e de seus milenares contratos típicos (v.g. doação, compra e venda, troca etc.), à luz da Constituição. Essa é uma prática que, conforme a problemática apontada neste trabalho, tem se mostrado de difícil implantação, apesar de muito se falar no respeito à Constituição ou à ordem constitucional.

Conforme citado nos capítulos anteriores, a Constituição da República é a mola mestra de toda engrenagem que é o ordenamento jurídico e, é nela que estão descritos os objetivos do Estado por meio dos inúmeros princípios, isso porque, enquanto a norma é estanque em face do tempo, os princípios são descritos consoante a sociedade, já que estão albergados por valores impostos pela própria sociedade.

Nesse sentido, adverte Romeu Bacellar Filho¹⁰⁶ que a Constituição incorpora normas sobre a atividade administrativa e sobre as relações regidas pelo

¹⁰⁴ GIORGIANNI, 1998, p. 42.

¹⁰⁵ NALIN, 2001, p. 88 et. seq.

¹⁰⁶ BACELLAR FILHO, 2004, p. 25.

Direito Civil, razão pela qual se refere ao Direito Civil Constitucional, que é composto por normas constitucionais que se aplicam nas relações privadas e afetam o conjunto de regras infraconstitucionais que a disciplinam, a exemplo das normas insertas no Código Civil e suas leis extravagantes, o que não é um fenômeno exclusivo do Direito Administrativo ou do Direito Civil, mas, também, de outras esferas do Direito.

Como disse Judith Martins-Costa¹⁰⁷, a Constituição da República tem papel primordial no ordenamento jurídico pátrio:

Com efeito, a Constituição, fonte por excelência dos princípios positivos e, é perspectivada, hoje, como determinante do conteúdo das leis e os direitos fundamentais são agora vistos – à diferença do que ocorria no passado – como princípios objetivos e ativos, porquanto visualizados também do ponto de vista positivo e não apenas do polo negativo, ao contrário do que ocorrida anteriormente quando a sua função consistia em garantir ao indivíduo uma esfera protegida contra o peso do Estado, na qual pudessem os particulares decidir livremente o que dissesse respeito à sua vida, liberdade, opiniões, atividades, relações e, principalmente, relações econômicas.

O sistema codificado que comporta tanto normas rígidas como também cláusulas gerais, ao optar pelas normas rígidas, impossibilita a perpetuação da lei no tempo na medida em que a sociedade está em constante evolução. O Código Civil de 1916 é um exemplo desse modelo, tanto que durante a sua vigência se constatou a proliferação de inúmeras leis extravagantes, que disciplinam matérias que deveriam estar relacionadas obrigatoriamente no Código Civil, v.g., o Estatuto da Mulher casada, a Lei da União Estável, a Lei do Inquilinato, entre outras. Por sua vez, o atual Código Civil ao disciplinar a boa-fé e a funcionalização do contrato, inseriu no sistema codificado as denominadas cláusulas gerais¹⁰⁸.

Afirma Paulo Nalin¹⁰⁹, quanto à crise do modelo jurídico obtido no século XIX e XX, a exemplo o revogado Código Civil de 1916, adveio principalmente do engessamento da estrutura normativa em torno da regra jurídica, em face da constante evolução social.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, 1992, p. 137.

¹⁰⁸ Segundo MARTINS-COSTA, “as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipo exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”, *in op. citada*, 1999, p. 274.

¹⁰⁹ NALIN, 2004, p.12.

Continua o autor seu raciocínio, levantando a questão da inoportunidade política da edição do novo Código Civil, ressaltando que o problema poderia estar resolvido se os operadores do Direito, ao distribuir a justiça, recorressem aos princípios constitucionais, isto é, fazer a leitura de todas as normas infraconstitucionais à luz da Constituição da República, como forma de remediar os defeitos advindos das imperfeições das normas infraconstitucionais, pois já é de longa data a expressão que afirma que nem sempre caminham juntos, a justiça e o direito, quando se analisa o caso concreto, conforme a literalidade da norma:

E tal busca encontra direta relação com a própria decadência do Código Civil ou do modelo codificado, haja vista, por exemplo, o processo de recodificação do Direito Civil brasileiro, cujo novo Código Civil, nem bem aprovado e sancionado em 10.01.2002, recebeu por parte do próprio relator do CC, na Câmara dos Deputados – Dep. Ricardo Fiúza -, o Projeto de Lei n.º 6.960, em 12.06.2002, o qual introduz profundas modificações, além de acrescentar dispositivos, em sua redação original. Isso tudo revela o indisfarçável declínio do modelo jurídico que se baseia na prevalência de uma fonte ou que localiza uma fonte sendo o centro do sistema interprivado, in casu, como sustenta alguns, o Código Civil. [...] Ouso divergir, uma vez que, na atual configuração do sistema jurídico brasileiro, se é que se deve indicar um astro como eixo do sistema este será a Constituição da República, que ocupa a posição de sol, ao passo que o Código Civil interage com os demais astros componentes das fontes do Direito.^{110 111}

Explica o autor que está fadado a erros e a injustiças o sistema que mantém a prevalência de uma única fonte como norte de resolução de conflitos. O ordenamento jurídico se compõe por um complexo de normas que deverão, em conjunto, revelar o deslinde da questão posta em discussão, o que somente será possível com o recurso à fonte principiológica; conforme se verificou com o processo nacional de emancipação feminina, viu-se o legislador diante de uma configuração diferenciada do princípio da igualdade, provocando a criação de uma normativa também especial face ao código (Lei de Alimentos, Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio), com base no status feminino contemporâneo.¹¹²

¹¹⁰ NALIN, op. cit., p.13.

¹¹¹ BIERWAGEN (2002, p. 48) cita, em nota de rodapé, Miguel Reale que ao tratar do princípio da eticidade do Código Civil de 2002, adverte que: “o Código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa-causa e demais critérios éticos. (...) Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitia chegar-se à “concreção jurídica”, conferindo-se maior poder ao Juiz para encontrar-se a solução mais justa e equitativa”.

¹¹² NALIN, op.cit, p.15.

Nesse mesmo sentido, Judith Martins-Costa¹¹³ também critica o processo legislativo, enaltecendo a oportunidade da cláusula geral. Descreve a autora que nas últimas décadas, os estudiosos ocuparam-se em evidenciar a ultrapassagem do Código Civil como pólo de atração do direito positivo. Homenageou-se o funeral do código, modo superado de legislar e proclamou-se a conveniência da adoção de uma legislação por meio de princípios, a saber, as cláusulas gerais.¹¹⁴

Em razão de não ser satisfatório o sistema fechado da codificação e da individualização da fonte a ser consultada na resolução da lide, é que mesmo na vigência de um novo código, a busca pela resistemização do Direito Civil se mantém necessária, visto ser reconhecida a insuficiência do sistema codificado, tornando árduo o processo de modificação do texto legal, o que enseja a incessante busca por fontes do Direito e o aperfeiçoamento daquelas já existentes.

O Código Civil, por sua vez concorre no quadro de fontes imediatas do Direito Civil, porém não pode ser enquadrado como a única fonte das relações interprivadas, sob pena de engessamento de todas as normas perante a inércia e até mesmo ineficiência do Poder Legislativo, quanto à alteração do texto legal.

É aconselhável recorrer aos princípios para a resolução dos conflitos, que são em verdade fontes diretas do Direito, destacando-se, nesse sentido, o renascimento do princípio da boa-fé objetiva como princípio do Direito.

Adverte Paulo Nalin¹¹⁵, que a violação de uma norma positivada, resultará na incidência de sanção, mesmo que ela não esteja expressamente prevista no texto legal, cabendo, ao operador, localizá-la na lei sob análise, ou mesmo construir a sanção, a exemplo do que ocorre no art. 421 do atual Código Civil.

O mesmo raciocínio o autor utiliza, em relação ao princípio da boa-fé objetiva; caso não estivesse expressamente previsto no atual Código Civil, é de se perguntar se os operadores da relação contratual poderiam ou não desprezar a sua aplicação. A resposta é obviamente negativa, posto ser o princípio da boa-fé antes de ser positivo do ordenamento jurídico desde a *bona fides* romana, como se verificará adiante, sempre foi geral do Direito, ou, ao menos, geral do Direito Civil.¹¹⁶

¹¹³ MARTINS-COSTA, 1998, p. 16.

¹¹⁴ Neste aspecto, destaca-se a obra Teoria dos Princípios do autor Humberto Ávila.

¹¹⁵ NALIN, op. cit., p.19.

¹¹⁶ Mesmo sentido, Norberto Bobbio confere aos princípios normatividade.

Argumenta, ainda, que autorizar a aplicação dos princípios somente em caso de lacuna da lei ou para a interpretação do texto legal, significa não avançar, conformando-se com o estado geral das coisas, “o que é incompatível com a realidade social brasileira e contrária à missão do jurista”.¹¹⁷

Salienta-se que é por intermédio da aplicação dos princípios que o Direito se renova, evolui, acompanha os anseios da sociedade.

As normas jurídicas, como bem prescreveu Humberto Ávila¹¹⁸, podem constituir-se em regras, princípios e postulados. Para ele, enquanto regras “são normas descritivas, retrospectiva 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 lhes são axiologicamente sobrejacentes”, princípios “são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Não ignorando a experiência legislativa de outros ordenamentos jurídicos, é no Direito Comparado que se buscam informações a respeito da problemática existente na aplicação dos princípios gerais do direito. Tem-se como exemplo o Direito francês; pela sua importância em relação ao direito civil brasileiro, radicalmente estruturado no modelo codificado, rechaçado pela doutrina contemporânea, tratava os princípios gerais apenas como sendo valores, portanto, a sua aplicação era altamente controvertida, pois esses valores não eram legislados e tampouco, consuetudinários, eram, isto é, “extralegais e extrajurídicos”. O Direito Espanhol, por sua vez, inseriu no artigo 1º do Código Civil, os princípios gerais do direito como fonte imediata, não estabelecendo hierarquia entre as fontes do direito (leis, costume e princípios gerais do direito).¹¹⁹

Ao contrário, no Direito Brasileiro, discute-se sobre a existência de hierarquia na ordem que o legislador infraconstitucional disciplinou as formas de resolver lacunas, pois no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, foi disposto que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

¹¹⁷ NALIN, op. cit., p. 22.

¹¹⁸ ÁVILA, 2005, p. 129.

¹¹⁹ “**Artículo 1.** Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Entende-se que da mesma forma que no Direito Espanhol se não estabeleceu hierarquia entre as fontes do direito, o mesmo fez, o legislador brasileiro. Pela leitura da norma jurídica não se pode chegar à conclusão de que há hierarquia, mesmo porque, se assim se entendesse, estaria a analogia mais apta a preencher a lacuna deixada no ordenamento jurídico do que os próprios princípios gerais do direito.

Nesse sentido, verifica-se que o recurso à fonte principiológica possibilitou aos aplicadores do Direito, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações interprivadas, sem que com isso se caracterizasse julgamento contra a lei.¹²⁰

Explica ESPÍNDOLA que, no pensamento jurídico atual, reconhece-se aos princípios jurídicos o status de norma jurídica, portanto, apresentam a característica de positividade, vinculatividade, pois sendo normas, obrigam, têm eficácia sobre comportamentos, interpretação e a aplicação de outras normas. Alerta, o autor, ainda, que esse caráter normativo é destinado tanto para os “princípios positivos de Direito”, como aos “princípios gerais do Direito”.¹²¹

Neste sentido, também contribui Delia Matilde Ferreira Rubio¹²², ao afirmar que ‘los principios generales del Derecho son guías, o ideas-fuerza con contenido normativo próprio que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico.’¹²³ Acrescenta, ainda, afirmando que por detrás de cada norma concreta do Direito positivo tem um princípio geral correspondente.¹²⁴

¹²⁰ Karl English comenta: “A nossa jurisprudência dos tribunais superiores tende, em todo o caso, a evitar este julgar abertamente ‘contra legem’. Mesmo decisões revolucionárias como [...] a ‘sentença do cavaleiro’ a utilização negligente da fotografia dum cavaleiro num cartaz de propaganda do tónico Okasa, sem consentimento do fotografado, deve obrigar à reparação em dinheiro dos danos imateriais, se bem que o § 847 do Código Civil – o autor fala do BGB -, de que aqui se lança mão, apenas conheça a indemnização de prejuízos imateriais em casos de ofensa à integridade física, à saúde e à liberdade, ou nos delitos contra a honra (sexual) feminina, todas elas denunciam a tendência para procurar alcançar, através dos meios da interpretação ou da analogia, um fim que, à primeira vista, esteve ausente do pensamento do legislador. De um ponto de vista conservador, que aspira a manterem pé a vinculação do Direito à Lei, haveríamos que nos congratular com esta tendência e esforços. Mas se tivermos de confessar a nós próprios que, nestes casos, a lei como que é clandestinamente ultrapassada, e se quisermos apesar de tudo alcançar na decisão um resultado ou escopo que se revele como uma evidência ao sentimento jurídico ou pareça ajustado à ‘idéia de Direito’, temos de fazer novo esforço e avançar um passo mais na senda da ‘progressiva descoberta do Direito’” (ENGLISH, 1983, p. 341 et. seq.).

¹²¹ ESPÍNDOLA, 1999, p. 55.

¹²² RUBIO, 1984, p. 35 et. seq.

¹²³ Ibid., p. 36.

¹²⁴ Ibid., p. 36 et. seq.

Em relação ao recurso à fonte principiológica, Delia Matilde Ferreira Rubio¹²⁵ descreve três formas de incorporar os princípios ao ordenamento jurídico. A primeira possibilidade é a remissão à categoria dos princípios gerais do Direito. É a técnica utilizada nos Civis até então. A segunda consiste em mencionar expressamente um dos princípios gerais, porém sem especificar concretamente suas condições. Esse é o exemplo do art. 422 do Código Civil de 2002. A terceira possibilidade de incorporação ou positivação dos princípios pode se dar por meio de normas concretas, visto que Delia Matilde Ferreira Rubio afirma categoricamente que as normas são corolários dos princípios, ainda que não os mencionem expressamente:

Si por positivación entendemos la inclusión expresa de los principios en una norma positiva concretam por cualquiera de las formas antes descritas, debemos resaltar que el vehículo utilizado para dicha incorporación variará según sea el esquema de fuentes reconocido por un sistema jurídico determinado. Así, se reconoce a la jurisprudência como fuente del Derecho, podrán las decisiones jurisdiccionales ser el canal de acceso de los principios. Lo mismo sucederá con la costumbre.

No entanto, esse entendimento comporta posições divergentes, há quem diga que o recurso à fonte principiológica, como forma de suprir falhas e ausência de valores constitucionais das normas infraconstitucionais, põe em risco a segurança jurídica. Delia Matilde Ferreira Rubio¹²⁶ esclarece:

No pensamos que la aplicación de los principios junto a las normas cree tanta inseguridad como se teme, pues el reconocer a los principios igual rango normativo no significa eliminar el resto del conjunto de disposiciones; los principios se aplicarán en determinadas hipótesis, lo que sucede es que no pensamos que deba esperarse a agotar todos los caminos posibles para llegar a busca ayuda a los principios. El objetivo fundamental del Derecho es la justicia, ella es la resultante del equilibrado y armónico juego de los valores jurídicos, pero siempre há de giar al intérprete; mediante la referencia a um principio jurídico podrá eludirse la aplicación de alguna norma que lleve a resultados disvaliosos, sin que ello implique destruir el sistema, sino asegurar su eficacia social fundamental como via de realización de valores.

Diante da elocução, pode-se afirmar, que ao se aplicar o princípio da boa-fé objetiva aos contratos privados, os quais não se enquadravam como contratos de consumo o juiz, não estava julgando contra a lei, todavia estava interpretando o

¹²⁵ PERLINGIERI, 1999, p. 69 et. seq.

¹²⁶ RUBIO, 1984, p. 73.

Código Civil conforme a Constituição da República e seus valores, o que é totalmente admissível, no sistema jurídico que se quer impor.

PERLINGIERI já com propedêutica, determinava no Direito Italiano o respeito à Constituição, que por ser fonte suprema, implica observância de procedimentos para a edição da norma infraconstitucional e a atenção aos valores organizados na própria Constituição. Adverte, por sua vez, que a fórmula que indica a “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República” deve ser esclarecida, evitando interpretações equivocadas, pois esse exercício implica adequada reflexão sobre o papel que o Texto Constitucional exerce no Direito Civil.¹²⁷

Diante do exposto, o princípio da boa-fé objetiva quando aplicado nas relações interprivadas, mesmo que não previsto expressamente no Código Civil de 1916, se fazia correto, na medida em que a idéia de sistema jurídico fechado se mostrou ineficiente, em razão de não acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade.

A autora Judith Martins-Costa, nesse sentido, alerta para o sistema de cláusulas gerais como forma de manter o ordenamento jurídico sempre atualizado:

O princípio da segurança jurídica impõe a necessidade de o direito apresentar-se sistematicamente, evitando, na medida do possível, as antinomias decorrentes da multiplicidade de estatutos especiais, decodificantes. Superado o modelo de um código como um sistema fechado, é preciso o estabelecimento de um código que contenha cláusulas gerais, assim viabilizando o delineamento de um sistema aberto, que enseje a sua própria e contínua realimentação.¹²⁸

Segundo Pietro Perlingieri¹²⁹, portanto, não existem argumentos que impeçam a aplicação direta da norma constitucional, ao menos no Direito Italiano, pois, ela pode, também sozinha, ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil, já que se está tratando de ordenamento unitário.

Tal fenômeno recebe várias denominações ao longo dos discursos, tais como constitucionalização, humanização, e, até, publicização do Direito Civil, tema que será verificado mais detalhadamente adiante.

O que interessa destacar, nesse momento, é a necessidade de se buscar nas normas constitucionais, os objetivos fundamentais do Estado Democrático de

¹²⁷ PERLINGIERI, 1999, p. 10.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, 2000, p. 518.

¹²⁹ PERLINGIERI, op. cit., p. 11.

Direito, da República Federativa do Brasil, para assim poder interpretar as normas infraconstitucionais.

Ensina PERLINGIERI¹³⁰ que o ordenamento jurídico se compõe de normas diversas e de origem distintas, mas no ápice da pirâmide hierárquica está a norma constitucional (conforme previsto nos arts. 134 e 138 da Constituição italiana):

As leis ordinárias do Estado, como expressão seja do Parlamento (leis formais), art. 77, § 2, Const.), seja do Poder Executivo, isto é, do Governo, (decretos-leis, art. 77, § 2, Const.) devem harmonizar-se com a Constituição. Se isso não acontece, surge o problema de legitimidade constitucional a ser submetido ao juízo da Corte Constitucional (art. 134 Const.), a qual, se considerar a lei em contraste com os princípios da Constituição, a elimina do ordenamento.

Como visto, a solução encontrada para resolução de conflitos, no processo prestação jurisdicional, nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti¹³¹, é recorrer a uma “ordem superior”, que significa recorrer às normas fundamentais, as quais poderão ser encontradas nas “fontes superiores”, tais como Constituições, tratados, princípios, valores.

Adverte, ainda, o autor que não se trata de retornar a um ordenamento fundado em um centro, como ocorreu na era da codificação, cujos elementos básicos, a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam única e exclusivamente no Código, muito ao contrário, pois eles estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes em que se encontram as normas fundamentais.

Observa-se, portanto, diante das palavras de LORENZETTI, que o grande desafio do jurista contemporâneo é encontrar a fonte superior adequada àquele caso concreto, de modo a não contrastar com os ditames da Lei Maior.

Vale ressaltar, a título de conhecimento, o entendimento de PERLINGIERI¹³², em relação ao lugar ocupado pela Constituição do país diante do Direito Comunitário:

É opinião prevalente, acolhida pela Corte Constitucional italiana, que os regulamentos e as diretivas com eficácia direta permanecem sobre as normas ordinárias internas com elas inconciliáveis. Todavia, mesmo que os regulamentos

¹³⁰ PERLINGIERI, 1999, p. 9.

¹³¹ LORENZETTI, 1998, p. 78 et. seq.

¹³² PERLINGIERI, op. cit., p. 13.

e as diretivas com eficácia direta prevaleçam sobre a lei ordinária, eles serão sempre hierarquicamente subordinados à Constituição italiana.

Conforme se pode observar, o recurso aos princípios constante na Constituição da República deve ser utilizado pelos operadores do Direito, na medida em que efetivamente se quer atingir os objetivos fundamentais no mesmo diploma legal.

4

Os princípios que informam a nova ordem contratual no âmbito do Direito Privado

4.1. O princípio contratual da boa-fé objetiva

Embora a noção de boa-fé nas relações obrigacionais seja conhecida desde a antiguidade, com destaque ao direito romano¹³³, tem-se que é difícil conceituar e explicar a boa-fé, uma vez que a expressão possui sentidos diversos, podendo ser dimensionada a partir da leitura do caso concreto.

Com maestria, Menezes Cordeiro¹³⁴ explica sobre a inexistência de uma definição precisa do princípio da boa-fé objetiva:

A boa-fé objectiva não corresponde à imagem comum da interpretação-aplicação do Direito continental. Alicerçada, no seu desenvolvimento, em latitudes muito próximas da periferia jurídica, ela mais se afasta, mercê do irrealismo método, da instrumentação teórica habitual. Numa realidade que, tantas vezes, à míngua da aplicação, do conhecimento ou da praticabilidade das directrizes teóricas actuais, vive, num “positivismo da resignação”, a ausência de um texto, na verdadeira acepção, para interpretar, e a impossibilidade de confeccionar conceitos cristalinos nos quais se possa, ainda que de modo figurado, praticar uma subsunção, deixa vácuo considerável. Esse vácuo tende a ser preenchido a nível lingüístico, com metáforas sucessivas destinadas a suprir carências substanciais. A “fuga para as imagens” a que o processo conduz pode seguir uma de duas vias. Ou se assimila a boa fé à justiça, à equidade, ao equilíbrio, à lealdade e assim por diante, numa série de locuções jurídicas cuja abstracção pouco ou nada fica a dever à da própria boa fé e das quais o retirar de soluções práticas seria igualmente vão, ou se vê, nela, uma remissão para complexos ordenadores metajurídicos, como a Ética, a Moral, o Direito Natural – nas suas variantes não positivas – ou certas deontológicas sectoriais, que, à abstracção contínua, somam, na sua miscegenação com o Direito, dificuldades suplementares.

A boa-fé pode ser compreendida em várias acepções, tais como: honestidade, confiança, lealdade, sinceridade, fidelidade, mas principalmente com

¹³³ PEREIRA, 1993, p. 105.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 44 et. seq.

o sentido de equidade, cujo valor jurídico é antes de tudo um valor moral, razão pela qual se explica a amplitude de noções com as quais se relaciona direta e indiretamente e a dificuldade de conceituá-la em termos teóricos.

A determinação do conteúdo do princípio geral da boa-fé, ao juízo da autora Delia Matilde Ferreira Rubio,¹³⁵ corresponde às estimativas da sociedade, visto que o Direito não é dirigido somente aos juristas, mas para a sociedade em geral.

Afirma Clovis de Couto e Silva “a existência de deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal”.¹³⁶

Adverte, ainda, Mônica Bierwagen¹³⁷ que se queira definir boa-fé, dada a sua amplitude e generalidade, certamente qualquer tentativa nesse sentido constituiria uma diminuição injustificável da riqueza de seu conteúdo.

Portanto, a boa-fé, elevada à condição de princípio¹³⁸, revela sua força valorativa no ordenamento jurídico, influenciando e orientando todos os seus ramos, bem como servindo de fundamento para as relações jurídicas que nela se firmarem ou a pressuporem.

Historicamente, a noção de boa-fé deriva do Direito Romano, reportando-se à *fides* romana, segundo citação supra.

As implicações eram de ordem religiosa, ética e moral. Por exemplo, na interpretação de determinados contratos considerados de boa-fé (*bona fides*), *locatio* e o *mandatum*, o valor da palavra empenhada tinha um peso maior do que a exteriorização da forma. No *Corpus Iuris Civilis* a noção de boa-fé está prevista de forma diluída, entendida a *bona fides* como um estado psicológico de ignorância, também influenciada pelo Direito Canônico, que via a boa-fé como ‘ausência de pecado’. Basicamente, pois, durante o período romano e, depois, medieval, adotou-se uma visão subjetiva sobre a boa-fé.¹³⁹

Mais tarde, o *Code Civil* francês de 1804, também conhecido como *Code Napoléon*, adotou a noção da boa-fé, que passa a ser positivada. O Código de Napoleão determinava que os pactos devem ser executados de boa-fé.

¹³⁵ RUBIO, 1984, p. 113.

¹³⁶ COUTO E SILVA, 1997a, p. 38.

¹³⁷ BIERWAGEN, 2002, p. 48.

¹³⁸ Interessante é a seguinte observação de BITTAR: “É, em verdade, princípio cardeal do sistema jurídico romano-cristão, cuja base ética é realçada na doutrina, exatamente em razão de concepções ideológicas relacionadas à própria natureza humana, donde se extrai, no fundo, o direito aplicável a cada civilização, em consonância substancialmente com a alma da coletividade e, formalmente, à regra da maioria para a sagração” (1990b, p. 39).

¹³⁹ HORA NETO, 2002, p 229.

É importante destacar a influência que o *Code* exerceu mundo afora, sendo que a noção de boa-fé influenciou outros ordenamentos jurídicos, por exemplo, o Código Civil alemão (BGB), que adotou o princípio de forma expressa, por intermédio da seguinte cláusula geral: “§ 242 - *O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como a exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico*”.¹⁴⁰

Todavia, após a entrada em vigor do BGB, em 1900, o dispositivo citado não teve as repercussões esperadas, vindo a ser ressaltado somente a partir da 1ª Grande Guerra Mundial.

Como visto, o *Code Napoleon* já estabelecia que as convenções devem ser executadas de boa-fé, entretanto, tal preceito permaneceu sem muita relevância material, uma vez que era utilizado no seu aspecto subjetivo, relativo tão-somente à interpretação das convenções.

Em relação ao Direito Brasileiro, verificou-se, que a boa-fé já se fazia presente no Código Comercial de 1850, revogado em parte pelo Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 também fazia referência expressa à boa-fé em vinte e dois artigos¹⁴¹, contudo, pode ser observado, que em nenhum momento a ela se referiu como cláusula geral do contrato.

A razão para irrelevância do princípio para a época da codificação, deu-se porque, para os legisladores daquela época, princípios tais como o da boa-fé, eram vagos e imprecisos. Eles procuravam utilizar termos precisos, que não deixassem dúvidas quanto à obrigatoriedade das convenções, sem dar margem a interpretações diversas. Havia, ainda, como já referido anteriormente, temor à extensão invasora do arbítrio judicial; pretendia-se converter os juízes em “entes inanimados que não pudessem moderar o rigor nem a força a lei”, em “seres sem vontade” ou autômatos e que a sentença fosse cópia da lei”; a aplicação da norma no caso concreto se daria mecanicamente, sem nenhum conteúdo cognitivo. Dessa

¹⁴⁰ Interessante é a seguinte observação de BITTAR: “É, em verdade, princípio cardeal do sistema jurídico romano-cristão, cuja base ética é realçada na doutrina, exatamente em razão de concepções ideológicas relacionadas à própria natureza humana, donde se extrai, no fundo, o direito aplicável a cada civilização, em consonância substancialmente com a alma da coletividade e, formalmente, à regra da maioria para a sacração” (1990b, p. 39).

¹⁴¹ No direito de família: Art. 221. Nos direitos reais: Arts. 490, 491, 510, 511, 514, 516, 549, 550, 551, 612, 619 e 622. No direito das obrigações: Arts. 933, 935, 968, 1.072, 1.272, 1.318, 1.404, 1.443 e 1.477.

forma, não surpreende realmente que a boa-fé fosse vista como um simples “enunciado”, sem maiores complicações.¹⁴²

A esse respeito, é interessante a análise feita por Fernando Noronha quando menciona Pontes de Miranda¹⁴³:

E se no Brasil, infelizmente a boa-fé não conheceu o desenvolvimento que seria de esperar, sobretudo na jurisprudência, em grande parte talvez tenha sido devido à influência de Pontes de Miranda, que aqui não mostrou aquele brilho e clarividência que é seu apanágio. Na verdade, no longínquo ano de 1943, o Supremo Tribunal Federal já decidia, em Sessão Plenária, que 'a boa-fé domina a interpretação das convenções' (RT, 157:358). O ministro Castro Nunes disse, então, que 'a noção de contrato vai cedendo dia-a-dia às imposições, sem necessidade de haver no direito positivo de cada país, como existe no suíço, texto expresso armando o juiz do poder de fazer prevalecer aquela regra, que se deve haver como implícita na interpretação e execução das convenções'.

Entretanto, a experiência mostra que é impossível que uma obrigação seja cumprida normalmente se uma das partes contratantes não esteja de boa-fé, ou esteja de má-fé. Nessa situação a lei deverá repudiar a atuação do contratante desleal, impondo ao referido contratante que se comporte de tal forma, como ele espera do outro, com obediência aos deveres de transparência, informação, lealdade, equidade e confiança.

Ressalte-se que o maior impacto vislumbrado no ordenamento jurídico na matéria contratual foi com o advento da Lei do Código do Consumidor em 1990, o qual previu expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como, a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I (...)

II(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹⁴² RUBIO, 1984, p. 63.

¹⁴³ NORONHA, 1994, p. 131.

Nesse mesmo contexto, verifica-se mais adiante, ainda na Lei de Defesa do Consumidor, a disciplina da boa-fé objetiva como cláusula geral:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I (...)

II (...)

III (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

No mesmo sentido, adverte o autor Paulo Nalin¹⁴⁴, que se a Lei de Defesa do Consumidor serviu de propaganda para o relançamento da boa-fé no plano contratual, não pode a ele ficar restrita sua aplicação, na medida em que tanto normas de consumo, bem como a matéria contratual estão fundadas no princípio constitucional da livre iniciativa, inserto no art. 170 do texto constitucional, não sendo objetivo da justiça social tutelar exclusivamente as relações de consumo.

Ainda, em relação a Lei de Defesa do Consumidor, o autor Paulo Nalin¹⁴⁵ leciona que, após mais de dez anos da publicação desta lei, o magistrado já está sensibilizado a interpretar os contratos não, única e exclusivamente sob o enfoque da *pacta sunt servanda*. No intuito de distribuir justiça, de entregar a prestação jurisdicional, o aplicador do direito deve recorrer à legislação de consumo, porque não se admite o entendimento que os princípios insertos na Lei de Defesa do Consumidor aplica-se nas relações de consumo, posto significar que em outras espécies de contratação, o Poder Judiciário toleraria comportamentos arbitrários e contrários ao de boa-fé. Ou então, bastaria ao julgador fazer a leitura constitucional do Direito Civil, assim como faz a leitura do direito de consumo, ou seja, com emprego indireto da Constituição da República.

Corroborando disserta Judith Martins-Costa a respeito do emprego indireto da Constituição na leitura do direito consumo que:¹⁴⁶

Nos contratos de massa, os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), o preenchimento do conceito de “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, caput), os princípios da liberdade, justiça e solidariedade (art. 3º, II), o da igualdade (art.

¹⁴⁴ NALIN, 2001, p. 127.

¹⁴⁵ Ibid., p. 129.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, 1992, p. 144.

5º), as diretrizes da política nacional do consumo (CDC, art. 4º), onde se destaca o princípio da boa-fé, oferecem aos tribunais sólidas bases de referência para a interpretação de uma “normativa intervencionista” no contrato quando violados, ou em vias de serem violados, ditos princípios.

Denota-se, portanto, que a aplicação do princípio da boa-fé em todas relações contratuais é uma necessidade constitucional e se impõe mesmo quando falta disposição legalmente expressa. O princípio da boa-fé objetiva é determinante para a conclusão do contrato, no qual se impõe um comportamento digno e leal aos contratantes.

Nesse contexto, Cláudia Lima Marques, afirma que se “não fosse assim, seria afirmar que em relações obrigacionais que não sejam de consumo seria tolerada a má-fé, quando isso não é verdade. A relação contratual não libera os contraentes de seus deveres de agir conforme a boa-fé e os bons costumes, ao contrário, a vinculação contratual os impõe, os reforça!”¹⁴⁷

É importante, então, nesse momento, diferenciar o princípio da boa-fé objetiva, do princípio da boa-fé subjetiva.¹⁴⁸

A boa-fé pode ser subjetiva, como foi compreendida no Código de Napoleão¹⁴⁹ e em parte pelo atual Código Civil Brasileiro, quando se refere no artigo 112, que nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, e boa-fé objetiva, é a chamada boa-fé contratual ou boa-fé negocial, inserida na Lei de Defesa do Consumidor e no atual Código Civil Brasileiro.

De maneira ímpar, Judith Martins-Costa¹⁵⁰ explica a importância de discriminar corretamente a boa-fé subjetiva, que é o “estado de consciência” ou convencimento individual de agir de acordo com as leis, aplicável no campo dos

¹⁴⁷ Tenha-se em conta que somente a boa-fé objetiva pode ser considerada como princípio. A esse respeito, a lição de NORONHA (1994, p. 129): “... existem duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e a outra objetiva, só se podendo falar em princípio da boa-fé a propósito da objetiva; só esta é dever de agir”.

¹⁴⁸ Todavia, não há que se confundir a boa-fé objetiva com a subjetiva, na medida em que esta se baseia no estado de erro ou ignorância da verdadeira situação jurídica, objetivando lesão do direito de outrem, ou seja, a boa-fé subjetiva depende do ‘estado de consciência ou convencimento pessoal’, uma vez que a intenção do sujeito ativo deve se fazer presente na relação jurídica, diferentemente do agir de má-fé onde ocorre o dolo e a culpa objetiva, esta última fundada em erro, enquanto que aquela se revela no dever de conduta, no comportamento esperado, quer significar o dever de agir de acordo com determinados padrões de correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta, a ser seguida pelo contratante.

¹⁴⁹ A boa-fé objetiva também foi compreendida no “Code Napoleon”, mas não foi utilizada materialmente.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, 1992, p. 141.

direitos reais, especialmente em matéria possessória, como no caso do usucapião, e a boa-fé objetiva, que é o modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, pelo qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a este arquétipo obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Não obstante, não se admite a aplicação mecânica do modelo de comportamento, deve-se levar em conta o contexto em que está inserido o indivíduo.

Delia Matilde Ferreira Rubio¹⁵¹ também contribui, nesse sentido, quando descreve o princípio da boa-fé objetiva, como standard jurídico:

[...] un parâmetro, una medida, un patrón. [...] Siendo un patrón, el standard jurídico funciona como criterio de contrastación de comportamientos concretos, para determinar su adecuación o no con la medida elegida como base por el legislador, o por el juez en los sistemas de Common Law. Los standards jurídicos no generan normas, ni contienen en si normas o directivas de comportamiento. Sirven para que el legislador los tome como punto de referencia – en cierta forma, como medida ejemplar – para indicar cuál es la conducta debida por un sujeto en determinada circunstancia.

Consoante Fernando Noronha, “muito se tem escrito sobre o princípio da boa-fé, como dever imposto às partes, de agirem de acordo com determinados padrões de correção e lealdade, sobretudo depois que os dois principais Códigos Civis germânicos, o alemão e o suíço, lhe consagraram preceitos específicos”.¹⁵²

Apesar disso, observa-se no artigo 112 do Código Civil de 2002¹⁵³, conforme mencionado alhures, que a Teoria Subjetivista não foi esquecida, o que demonstra um retrocesso na interpretação e aplicação da norma ou o que é pior, na segurança jurídica, porquanto é complicado para o juiz diagnosticar a boa-fé subjetiva, por seu caráter intrínseco.

Diante do exposto, o que se quer impor aos aplicadores do Direito é a noção da boa-fé objetiva ou boa fé como *regra de conduta*, como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, lealdade, tudo isto, para não frustrar a confiança legítima da outra parte contratante, a exemplo do que ocorre com o artigo 51, da Lei de Defesa do Consumidor, que descreve (não taxativamente) as cláusulas

¹⁵¹ RUBIO, 1984, p. 98.

¹⁵² NORONHA, 1994, p. 125.

¹⁵³ Art. 112 do CC/02: “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

abusivas do contrato, ressaltando de antemão que qualquer comportamento contrário à ética será sancionado.

Claudia Lima Marques¹⁵⁴ contribui para o entendimento da boa-fé no sentido de confiança:

[...], fides, no direito Romano significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a 'fidelidade' e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. É o compromisso expresso ou implícito de 'fidelidade' e 'cooperação' nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança).

Caio Mário da Silva Pereira¹⁵⁵ também dá sua contribuição a respeito da boa-fé no sentido de dever de lealdade, afirmando que não basta que um indivíduo se apresente na sociedade animado apenas de ausência de vontade de prejudicar, para que lhe seja concedida a tutela jurisdicional. É necessário ter uma “atuação positiva, uma ostentação de lealdade”.

Judith Martins-Costa¹⁵⁶ leciona o dever de cooperação que deve existir entre as partes contratantes. Afirma que o contrato deve observar no vínculo obrigacional, um processo de cooperação entre as partes visando a uma determinada finalidade, vínculo este que além de perseguir a satisfação do crédito e o cumprimento do débito, situa-se como fonte de deveres secundários para ambos os contratantes por força da incidência do princípio da boa-fé.

Nelson Nery Junior,¹⁵⁷ também afirma a importância do princípio da boa-fé traduzida como sinônimo de equidade:

Cumpra ao magistrado pesquisar se as partes agiam com a boa-fé para conclusão do negócio jurídico de consumo, a fim de se verificar se a cláusula sob exame é ou não válida à luz do preceito legal sob comentário. A utilização da equidade, como técnica de julgamento no processo civil, é circunscrita aos casos autorizados por lei, segundo dispõe o art. 127 do CPC. A norma aqui analisada dá ao juiz a possibilidade de valoração de cláusula contratual, a fim de verificar se é

¹⁵⁴ MARQUES, 1998, p. 79.

¹⁵⁵ PEREIRA, 1993, p. 104.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, 1992, p. 140.

¹⁵⁷ NERY JUNIOR, 1999, p. 279.

ou não contrária à equidade e a boa-fé. O juiz não julgará por equidade, mas dirá o que está de acordo com a equidade no contrato sob exame.

Concluiu-se, dessa forma, que a boa-fé é um princípio geral do direito e encontra dinamicidade no direito das obrigações, e, na via de consequência, nos contratos, podendo-se afirmar a partir da compreensão do princípio, que todas as relações sociais deverão estar inspiradas em valores, tais como: lealdade, honestidade e confiança no cumprimento das obrigações.

É coerente a assertiva de que nem as partes nem a lei podem tudo prever e regular, por isso que em cada negócio jurídico da vida real fica sempre aberto um campo, em que a conduta só pode ser determinada com recurso à lealdade que eles se devem mutuamente, as partes, pautadas, desta forma, pelo princípio da boa-fé objetiva.

Atualmente, a criação de um sistema civil-constitucional, mediante a resistematização do Direito Civil em torno do Direito Constitucional, busca lançar as bases de um sistema jurídico mais aberto, por meio da adoção de cláusulas gerais, v.g., a boa-fé nos contratos (art. 422 do CC/02), espelhadas no Texto Constitucional, no sentido de melhor regular o contrato.

Por outro lado, um exemplo de abertura do sistema no ordenamento jurídico pátrio é a própria Lei de Defesa do Consumidor, no que se refere à adoção da cláusula geral, das cláusulas abusivas, epigrafada no artigo 51, inciso IV, do CDC, segundo o qual, dispõe de que são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou à equidade.¹⁵⁸

Em tempo, tomando a boa-fé seja como princípio, seja como cláusula geral, positivada no Código Civil de 2002¹⁵⁹, em ambas situações recebe o merecido destaque e, por conseguinte, representa um divisor de águas no direito obrigacional, sobretudo na resolução dos problemas enfrentados na relação contratual.

¹⁵⁸ MARQUES, 1998, p. 106 et. seq.

¹⁵⁹ O Direito espanhol também muito contribuiu para o desenvolver do princípio da boa-fé, que sem dúvida alguma, é utilizado como critério informador e hermenêutico, como limite ao exercício de direitos e elemento integrador. O Direito alemão, por sua vez, coloca a boa-fé como o princípio informador do próprio ordenamento jurídico. O Direito italiano, que inspirou o Código Civil brasileiro, também colocou o princípio da boa-fé em lugar de destaque, principalmente no que tange à matéria contratual.

A boa-fé enquanto definidora de regras de conduta, recomendando comportamentos socialmente esperados, impõe obediência aos deveres anexos de fidelidade, honestidade, lealdade, cuidado, cooperação, entre outros, na fase pré-contratual até a pós-contratual. Além disso, a boa fé exerce a função interpretativa e integrativa do direito, atuando como uma genuína ordem de deveres, tais como de informação, de cooperação, de lisura, entre tantos outros.

Nas palavras de Paulo Nalin¹⁶⁰ tem-se que a boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, que somada aos princípios dela derivados (transparência, confiança e equidade), resulta na afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.

Em relação ao princípio da transparência, é importante destacar a sua funcionalidade para a conquista da justiça contratual, que consagra a confiança comercial, pois ao se exigir correto comportamento dos sujeitos, encontra sua justificativa no dever de informar o que recai aos contratantes, nestes tempos de predomínio dos contratos de adesão ou padronizados, impondo ao contratante que fixa seu conteúdo a necessidade de informar, precisamente, ao outro contratante, toda a complexidade do disposto.¹⁶¹

Quanto ao princípio da confiança, denota-se que já se encontra presente, antes mesmo, da formação do contrato, e permanece até a sua execução. Na fase pré-contratual, protege os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, protege as respectivas obrigações, cuidando de assegurar as expectativas contratuais dos que contratam.

Ressalta Paulo Nalin, que “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 a sua indissociável conexão com a boa-fé.”¹⁶²

Espera-se, por conseguinte, que com a presença da boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico, as pessoas envolvidas em uma relação obrigacional passem a observar, também, os vários deveres laterais e que os cumpram, tendo,

¹⁶⁰ NALIN, 2001, p.137.

¹⁶¹ Ibid., p.144 et. seq.

¹⁶² NALIN, op. cit, p.154 et. seq.

dessa forma, mais cuidado ao tratar com a sua contraparte, trazendo de volta uma sociedade mais justa e solidária.

Diante do que já foi exposto até aqui, o contrato deve ser compreendido como um conjunto de ações que se caracteriza pela cooperação recíproca, entre as partes contratantes, como também da sociedade, que foi beneficiada com a funcionalização dos contratos.

Acrescentam-se, nesse contexto, as palavras de Fernando Noronha¹⁶³ que diz: “a justiça contratual será, conseqüentemente, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual”.

Cumprе destacar que nas relações obrigacionais, a boa-fé objetiva alcançou verdadeira transformação jurídica, pois como era considerada tão-somente como regra de interpretação dos negócios jurídicos, atualmente tem-se: "O dever de agir de acordo com a boa-fé está presente nas negociações que precedem o contrato, quer na conclusão deste, quer ainda na sua interpretação e execução - e até chega a justificar a extinção de obrigações, com resolução de contratos".¹⁶⁴

No contexto, Delia Matilde Ferreira Rubio¹⁶⁵ acrescenta as perspectivas que giram em torno do princípio da boa-fé objetiva:

Las proyecciones futuras del principio de buena fé son, a nuestro juicio, de dos tipos; unas consisten en la utilización acabada del principio; las otras – derivadas de la modificación de las necesidades sociales – se manifiestan en la integración, no ya de la regulación de una relación jurídica particular, sino en la integración del Derecho como orden regulador de la convivencia. Ambas direcciones son importantísimas y conducen a una mejora notoria en el ámbito jurídico. En ambos casos, la buena fé significa en su correcta y ajustada aplicación, el logro de una mayor eticidad, el enriquecimiento estimativo del ordenamiento, y la adecuación ordenadora, constante y permanente, del Derecho a la realidad.

O princípio da boa-fé objetiva e deveres laterais devem ser lançados no ordenamento jurídico, como paradigma contratual contemporâneo, disposição adotada para o fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁶³ NORONHA, 1994, p. 205.

¹⁶⁴ NORONHA, op. cit., p. 150.

¹⁶⁵ RUBIO, 1984, p. 236.

Observa-se, portanto, claramente a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva em todas as relações contratuais, inclusive nas contratações com o Estado, as chamadas contratações públicas, conforme se verificará mais adiante.

4.2.

A aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva como paradigma contratual pós-moderno

Como visto, o princípio da boa-fé não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, já se falava sobre ele, inclusive, por ocasião da conferência realizada na 1ª jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, em Porto Alegre, em 18.07.1979.¹⁶⁶

Observa-se que no Direito Comparado é indiscutível ser o princípio da boa-fé objetiva, como alerta Luiz Guilherme Loureiro¹⁶⁷, um dos temas da atualidade, conforme se confere nos códigos mais recentes.

O Código Civil de Quebec, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994, afirma, no art. 1.372, que “a boa-fé deve governar a conduta das partes, tanto no momento do nascimento da obrigação quanto no de sua execução ou de sua extinção”. O Código Civil Holandês, vigente desde 1º de janeiro de 1993, no seu art. 6.2 al. 1, determina que a razão e equidade devem ser observadas pelas partes. Também os “Princípios Relativos aos Contratos do Comércio Internacional”, elaborados em Roma pelo UNIDROIT, estipulam no seu art. 1.7 que as partes devem se conformar às exigências da boa-fé no comércio internacional. Até mesmo o quase bicentenário Code Napoléon, embora sem a eficácia dos códigos citados, já previa o dever de boa-fé dos contratantes, quando afirma que as convenções devem ser executadas de boa-fé.

Porém, a realidade brasileira ensina, que, até pouco tempo, se não existisse dispositivo legal disciplinando a obrigatoriedade do princípio da boa-fé, o Direito das Obrigações não vigoraria, o que é de todo impossível, na medida em que o

¹⁶⁶ COUTO E SILVA, 1997b, p. 33.

¹⁶⁷ LOUREIRO, 2004, p. 66.

referido princípio é considerado fundamental, cuja presença independe de recepção legislativa.¹⁶⁸

Argumenta Clóvis do Couto e Silva¹⁶⁹ a necessidade de se recorrer à boa-fé para a resolução das lides que versarem sobre contratos:

Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa. A percepção ou a captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão”. [...] “Por vezes, são os pressupostos de fato que são modificados, de sorte que a regra a se concretizar ou incidir não incide nem se concretiza. Só o conhecimento perfeito do caso é que poderia permitir a análise da concreção: qual foi o fato adicional que não existia ou não estava provado; ou qual foi o que se subtraiu, muito embora tivesse existido, ou estivesse provado. Nas situações mais evidentes é possível que o juiz julgue, aplicando o princípio da boa-fé, mas com uma outra denominação, afirmando que se trata, por exemplo, de construção jurisprudencial a partir de uma interpretação integradora da vontade das partes; quem sabe, com a aplicação do art. 85 do Código Civil, forte na conclusão de que se deve interpretar a verdadeira intenção das partes contra a superfície verbal da manifestação.

Clovis do Couto e Silva¹⁷⁰ afirma, ainda, que a boa-fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos, mas também é necessário verificar a utilidade que resulta para o credor, quando por mais de um modo possa ser cumprida.

Por outro lado, há que se observar que a própria funcionalização do contrato por si só, já dá indícios da mitigação da liberdade para contratar e da relatividade do contrato às avessas.

Destaca-se, por conseguinte, as funções que se impõem ao contrato. A primeira seria a função econômica, já que representa um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bens. A segunda é a regulatória, que consiste em ditar direitos e obrigações livremente assumidas pelas partes. A terceira e, mais importante, é a função social, considerando que seu exercício se dirige para a satisfação de interesses sociais.¹⁷¹

¹⁶⁸ COUTO E SILVA, 1997b, p. 48.

¹⁶⁹ Ibid., p. 49.

¹⁷⁰ Ibid., p. 54 et. seq.

¹⁷¹ BIERWAGEN, 2002, p. 39.

Mônica Bierwagen¹⁷² explica que a função social do contrato se cumpre no aspecto individual, quando são preservados os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, por outro lado, existem outros interesses que não interessam às partes diretamente, mas interessam a pessoas outras que podem ser afetadas pelo contrato, aos quais se dá a denominação de interesses sociais.

Há neste aspecto, que se destacar, o reconhecimento da dicotomia construída pelo individualismo jurídico, classificando os interesses em públicos e privados. Por sua vez, existem outros interesses que não se enquadravam em nenhuma das duas classes, criando-se, então, uma terceira categoria, a dos interesses coletivos.

Mônica Bierwagen¹⁷³, citando Celso Ribeiro Bastos, adverte sobre a importância do interesse público emergente das relações contratuais, que dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Toma-se o homem como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos.

Nesse sentido, identificam-se como interesses coletivos, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades ou grupos.

Segundo José Roberto de Castro Neves, também citado por Mônica Bierwagen:¹⁷⁴

[...] fazendo-se uma interpretação não segmentar do Código de Defesa do Consumidor, é possível aplicar a regra da boa-fé a casos concretos que não se encontrem sob a égide da lei consumerista; também é possível vislumbrá-la nos deveres laterais ou secundários do contrato, como é o caso do dever de informar o adquirente sobre os defeitos da coisa alienada; verifica-se boa-fé objetiva, ainda, como princípio geral, na medida em que não seria inadmissível ao ordenamento tolerar o comportamento de má-fé; e, por fim, na Constituição Federal, a boa-fé objetiva tanto emanado respeito à dignidade humana (um dos fundamentos da República) assim como constituir um de seus objetivos fundamentais, qual seja, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

¹⁷² Ibid., p. 43.

¹⁷³ Ibid., p. 44 et. seq.

¹⁷⁴ BIERWAGEN, 2002, p. 51.

Judith Martins-Costa¹⁷⁵, da mesma forma, ressalta a importância de que o princípio da boa-fé objetiva vem assumindo no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui que é na matéria contratual que está a compreensão das virtualidades do princípio da boa-fé objetiva, na medida em que se constata limites à liberdade de dar cláusulas, de fixar o conteúdo do contrato, de aproveitar injustamente uma situação de superioridade, de agir contraditoriamente (*venire contra factum proprium*) ou com deslealdade para prejudicar a outra parte. Oferece-se ao Poder Judiciário por intermédio do princípio da boa-fé objetiva, um arsenal de possibilidades para alcançar a justiça social de modo satisfatório.

Delia Matilde Ferreira Rubio, encerra a questão afirmando:¹⁷⁶

La aplicación o el recurso al criterio de buena fé no desafía la seguridad jurídica, sino que tiende a su concreta realización no ya como estabilidad de la estricta legalidad, aunque sea injusta, sino como permanencia de la posibilidad de justicia. [...] La seguridad – en nuestra concepción – reside en la referencia a las valoraciones sociales generales. Si se admite que se ala exclusiva e individual estimación del interprete la quedote de contenido al concepto de buena fe, entonces si caemos en un relativismo sumamente peligroso. Pero la utilización prudente y mesurada de criterios como el de buena fé, de apertura del ordenamiento jurídico, no derivará en inseguridad y permitirá, si, el constante ‘aggiornamento’ de la normativa, garantizando la adaptación del Derecho como instrumento apto para el logro de una convivencia armónica y justa.

O que se procura na relação contratual com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva é que o contrato represente muito mais que um simples instrumento de circulação de riquezas. Procura-se que a relação contratual proporcione condições para que os contratantes alcancem os seus objetivos de modo justo, impondo o dever de cooperação entre eles. Ao contrato se quer dar outro destino, não mais como um instrumento legalmente protegido de exploração. A álea numa relação contratual não poderá ser aproveitada por uma das partes contratantes. Os contratantes devem contribuir para o cumprimento da obrigação de ambos por intermédio de atos de cooperação. O interesse é que todos satisfaçam suas necessidades. A possibilidade de benefícios em detrimento de prejuízos não pode mais ser aceita pelo ordenamento jurídico, para tanto importa a aceitação do princípio da boa-fé objetiva como paradigma dos contratos pós-modernos, devendo ser aplicado tanto nos contratos privados, como nos públicos,

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, 1992, p. 142.

¹⁷⁶ RUBIO, 1984, p. 167.

sem qualquer distinção. Caso contrário, estaria-se aferindo veracidade à afirmação que nos contratos públicos ou privados se acataria a má-fé dos contratantes. Se, não se admite a má-fé dos contratantes, isto significa que se obriga a boa-fé.

Em razão dos fatos, tenta-se elevar o princípio da boa-fé objetiva a paradigma do contrato pós-moderno, independentemente de se enquadrar no ramo do Direito Público ou do Direito Privado, na medida em que a contratação no panorama atual possui uma finalidade social.

4.3.

A necessária reformulação do contrato pós-moderno

Nos capítulos anteriores, observa-se que o contrato privado foi fundamentado no princípio da autonomia da vontade, hoje denominado como autonomia privada, justamente para demonstrar a transição entre a disciplina contratual, anterior e posterior, à promulgação da Constituição da República.

Com o advento da Constituição e o lançamento do princípio da solidariedade social, o contrato privado transforma-se por completo, emitindo os primeiros sinais do que hoje, chamar-se-ia de funcionalização do contrato, principalmente ,quando se defronta com os artigos 3º e 170 do texto constitucional.

Sabe-se de antemão que o princípio da autonomia da vontade foi albergado pelo Código Civil Brasileiro de 1916, inspirado na idéia de liberdade, fraternidade e igualdade, dispostos no *Code de Napoléon*, que renegou a possibilidade de normatizar a cláusula geral da boa-fé.

Em decorrência da massificação da sociedade, dos novos meios de produção, que deram origem ao surgimento dos contratos de adesão, do contrato necessário, entre outros, da constatação do uso do contrato como mero instrumento de circulação de riquezas e da institucionalização do meio de exploração do contratante, a autonomia da vontade perde espaço, primeiro, porque os novos modelos contratuais muitas vezes prescindem do elemento volitivo; segundo, porque a Constituição da República lança o princípio da solidariedade social como princípio “guarda chuva” de todas as relações sociais.

Somente no ano de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé teve o destaque que merecia. E, finalmente, o Código Civil de 2002 incluiu entre seus 2.046 artigos, o artigo 422, que prescreve a observância do princípio da boa-fé nos contratos. Também no artigo 113 do mesmo diploma legal, observa-se a disposição da boa-fé.¹⁷⁷

Portanto, a Teoria Geral dos contratos baseada no paradigma da autonomia da vontade, não mais atende à gama de modelos contratuais existentes e clama pela instauração de outro paradigma contratual como forma de resolver possíveis conflitos atinentes aos contratos, a saber: o princípio da boa-fé objetiva.

O voluntarismo jurídico não mais representa o paradigma contratual da atualidade, carecendo a matéria contratual de fomento para indicar na lide, o contratante que está com razão, ou seja, para qual dos lados deverá pender a justiça.

Afirma-se, nesse sentido, que o Código Civil brasileiro de 1916 instaurou o princípio da autonomia da vontade como paradigma do contrato, no velho esquema clássico de oferta e aceitação. Já a Constituição da República encerrou a vigência do voluntarismo jurídico e instaurou o princípio da solidariedade social, representado nas relações contratuais pelo princípio da boa-fé objetiva, como paradigma contratual.

No entanto, a modificação de paradigma foi observada com mais afinco com a publicação da Lei de Defesa do Consumidor, que previu expressamente o princípio da boa-fé objetiva. Posteriormente, o atual Código Civil, expressamente instaurou o princípio da boa-fé objetiva como paradigma contratual, quando ordenou a sua observância nos contratos privados.

Observar-se-á que a necessidade de reformulação da teoria contratual está fundamentada em dois aspectos, que serão vistos a seguir.

O primeiro aspecto que fundamenta a necessidade de reformulação contratual refere-se à diversidade dos modelos contratuais existentes, sendo que o aplicador do direito ao se deparar com o caso concreto deverá lançar mão de meios para distribuir a justiça.

Acontece que, por muito tempo, o contrato baseou-se no princípio da autonomia da vontade, que por sua vez serviu de alicerce a toda teoria contratual.

¹⁷⁷ Art. 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Todavia, naquela época não existiam tantos modelos contratuais, como hoje existem. Quando se falava em contratos, imediatamente imaginava-se o contrato paritário, cuja manifestação da vontade poderia ser demonstrada.

Mas, como encaixar os demais modelos contratuais, tais como, o contrato coativo, o necessário, o contrato-tipo e o de adesão, nessa teoria contratual erigida sobre o princípio da autonomia da vontade. Nesses modelos contratuais, não se compreende a liberdade contratual, como a possibilidade de se contratar ou não, a escolha do outro contratante e, sobretudo, a eleição do conteúdo contratado.

O outro fundamento que impõe a reformulação da teoria contratual é a funcionalização do contrato, ou seja, se impõe ao contrato uma função social, a exemplo do que aconteceu com a propriedade privada.

Destaca Paulo Nalin que, se a propriedade não mais possui um “caráter absoluto e sagrado”¹⁷⁸, haja vista que ela deve cumprir com sua função social, é óbvio que ao contrato também se imporia tal condição, nos termos do artigo 421 do Código Civil de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Mario Aguiar Moura¹⁷⁹, sintetiza a principal característica da nova teoria contratual, hoje comprometida com a justiça distributiva, estabelecendo a obrigatoriedade de encontrar nas relações contratuais, o interesse social:

Nessa concepção moderna, o contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco.

O autor Paulo Lôbo afirma em sentido uniforme que: “O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito”.¹⁸⁰

Diante desses fatos, indagam alguns civilistas sobre a morte do contrato. Respondendo a tal indagação, Paulo Lôbo diz a respeito da Teoria Contratual que: “Morto por consumpção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e

¹⁷⁸ NALIN, 2001.

¹⁷⁹ MOURA, 1988, p. 249.

¹⁸⁰ LÔBO, 1995, p. 44.

ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato, que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e hoje”.¹⁸¹

Continuam, Fernando Noronha e Paulo Lôbo, dizendo que o contrato não está morrendo, nem sequer em crise.

Ainda, acompanhando o pensamento de Paulo Lôbo, o autor fala que não se trata de se adaptar a teoria tradicional do contrato aos novos fatos porque os pressupostos políticos e econômicos que a originaram não são mais ou menos¹⁸². Faz-se necessário repensar inicialmente, o conceito do contrato pós-moderno.

O ilustre jurista Nelson Nery Júnior¹⁸³, também contribui para a solução da questão, comentando que:

[...] o contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou, tanto do ponto de vista social, como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico. É preciso que o Direito não fique alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade social e econômica de hoje se adapte aos vetustos institutos com o perfil que herdamos dos romanos, atualizado na fase das codificações do século passado.

Assim, acompanhando os ensinamentos do autor Enzo Roppo, “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura, segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.¹⁸⁴

No mesmo sentido, argumenta Gustavo Tepedino¹⁸⁵ que é chegada a hora de buscar a definição de um conjunto de princípios ou regras que se constituam em normas gerais, de modo abrangente, em consonância com as normas constitucionais, construir a teoria contratual revitalizada, constitucionalizada, e até despatrimonializada.

Gustavo Tepedino¹⁸⁶, ainda, acrescenta, que é a “partir desta reunificação do ordenamento, que supere os compartimentos estanques em que foram divididos os ramos do direito no passado e a dicotomia entre o direito público e o direito privado poder-se-á antever uma teoria contratual compatível com o momento”.

¹⁸¹ Ibid., p. 43.

¹⁸² Id., 1986, p. 19.

¹⁸³ NERY JÚNIOR, 1999, p. 279.

¹⁸⁴ ROPPO, 1988, p. 40.

¹⁸⁵ TEPEDINO, 1997, p. 112 et. seq.

¹⁸⁶ Ibid., p. 114.

Dessa forma, conclui-se que a concepção clássica do contrato é que está inadequada, pois baseada no princípio da liberdade contratual, as partes poderiam manifestar sua vontade de acordo com seu interesse econômico, entrando em desacordo com a finalidade do contrato (função social) perante a coletividade. Sendo assim, é preciso repensar a teoria contratual de forma a conciliar os modelos contratuais existentes.

Paulo Nalin¹⁸⁷ refere-se com propriedade a respeito da justiça contratual, afirmando de forma contundente que a justiça contratual se baseia na equivalência econômica e na boa-fé objetiva. Diante do caso concreto, deve o magistrado se indagar com qual justiça deve se deparar, chegando à conclusão de que é a justiça comutativa, isto porque o titular ativo da relação jurídica deve receber exatamente o equivalente ao que entregou.

Destaca, ainda, o autor que o contrato deve se pautar na preocupação com a pessoa humana, evidenciando que o conceito do contrato moderno não mais se sustenta:

Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especificamente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do Código Civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isso é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüências da massificação negocial.¹⁸⁸

É necessário repensar a teoria contratual sob um aspecto crítico, sobretudo racional, de forma a tentar estabelecer uma uniformidade de pensamento, para que questões como essas não levem o Direito ao descrédito.

Propõe, então, Paulo Nalin¹⁸⁹, o conceito do contrato pós-moderno:

De qualquer modo, mesmo com as advertências antes mencionadas, de se arriscar, se não um conceito, uma proposição ou asserção, a partir da qual se pode começar, sendo o contrato interpretado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como

¹⁸⁷ NALIN, op. cit., p. 143.

¹⁸⁸ Ibid., p. 91.

¹⁸⁹ Ibid., p. 255 et. seq.

também perante terceiros. A perspectiva constitucional do contrato é determinante para se declarar insuficiente qualquer conceito que o reduz à fórmula do acordo de vontades, destinado à produção de efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos da relação jurídica. [...] Contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sincronia. [...] O axioma proposto (contrato é relação complexa solidária) leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional soberana da solidariedade, um contrato funcionalizado e destinado à realização de valores outros que não, somente, os patrimoniais. Para tanto, é indispensável a superação da clássica cultura do direito subjetivo de crédito versus o dever jurídico de débito, estando a relação jurídica antes encimada na sua complexidade, sendo o estado de crédito ou de débito uma simples fração da relação contratual: o credor não é credor, mas está credor em dado momento da relação, igualmente valendo tal relatividade de posição para o devedor.

Alerta, também, Judith Martins-Costa¹⁹⁰, que a aplicação atual do Código Civil e da Lei de Defesa do Consumidor exige mais do que o mero conhecimento de sua letra. Deve-se conhecer a matéria contratual deduzível da totalidade do direito positivo, inclusos, neste contexto, os princípios gerais do direito.

Aduz Luiz Guilherme Loureiro,¹⁹¹ a respeito da limitação da liberdade contratual em razão da funcionalização do contrato:

Como instrumento jurídico destinado a possibilitar e dar segurança à circulação de riqueza, o contrato tem o seu desenvolvimento vinculado ao desenvolvimento econômico da sociedade. O contrato transforma-se para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica vigente em cada época. Mas embora conheça transformações, o contrato não perde sua função fundamental, que é a de instrumento da liberdade da iniciativa econômica, atentando-se sempre para que não sirva de instrumento de dominação dos mais fracos pelos mais fortes” [...] “Em outras palavras, o contrato não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de per se não significativo, mas deve orientar as operações econômicas de forma a atender os princípios básicos de nossa sociedade: a dignidade da pessoa humana; os valores do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas (arts. 1º e 3º, da CF). Toda vez que a operação econômica revestida pelo contrato violar um desses objetivos, tem-se que ele não cumpre sua função social”. [...] “A função social do contrato, portanto, constitui a perfeita integração entre os interesses privados e o interesse social, cabendo ao Juiz a delicada e difícil tarefa de, no caso concreto, estabelecer este equilíbrio.

Resumidamente, em relação à conceituação do contrato, deve-se levar em conta, tratar-se de relação complexa solidária, que não mais é o contrato, um simples acordo de vontades entre as partes contratantes. Deve-se destacar que na relação contratual, vários interesses estarão envolvidos, tais como, o interesse das

¹⁹⁰ MARTINS-COSTA, 1992, p. 145.

¹⁹¹ LOUREIRO, 2004, p. 54 et. seq.

partes contratantes e o interesse da coletividade, devendo, dessa forma, cumprir, o contrato, seu papel na sociedade. A função social se impõe nas relações contratuais, v.g., a liberdade de contratar nos limites da função social do contrato, não admite o contrato de locação de espaço, em área residencial, para a guarda de material altamente tóxico.

5

O contrato administrativo e suas peculiaridades

5.1.

O regime jurídico do contrato administrativo e prerrogativas

De início, é importante ressaltar que existem grandes controvérsias entre os doutrinadores administrativistas a respeito dos chamados contratos administrativos, havendo três correntes em torno do assunto¹⁹²: a primeira nega a existência de contrato administrativo; a segunda admite que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos e a terceira, que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum. É nessa última corrente, adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, que a concepção do contrato administrativo é construída, precipuamente em razão de neles se estabelecerem as cláusulas exorbitantes.¹⁹³ É também baseada nessa concepção, que o presente trabalho de pesquisa desenvolveu o entendimento de que o princípio da boa-fé objetiva também deve ser aplicado nos contratos administrativos.

É notório que o contrato administrativo teve dificuldades em ser enquadrado como contrato em razão das cláusulas exorbitantes que relegaram a matéria contratual advinda do *Code Napoleon*. A igualdade entre as partes aqui não se faz presente em razão do objetivo de realização de fins públicos, em que se depara com o princípio da supremacia do interesse público. O objetivo da Administração Pública é perseguir o bem comum, razão pela qual é colocada

¹⁹² DI PIETRO ensina que nem mesmo os administrativistas entram em consenso a respeito da existência do contrato administrativo (2000, p. 232).

¹⁹³ Id.

numa posição privilegiada na relação contratual, inclusive tendo direito à alteração unilateral do contrato ou até mesmo à rescisão do contrato.

Explica Odete Medauar, a respeito da existência do contrato administrativo, que hoje não mais se duvida da existência do contrato administrativo. Mas, no início do século XX houve resistências fortes a essa idéia, alegando-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude da sua posição de supremacia em relação ao particular. O que é totalmente equivocado, primeiramente porque existe supremacia do interesse público, ou coletivo, como ensina Bandeira de Mello, sobre o privado. Não há supremacia da Administração Pública sobre o particular, muito ao contrário, é a Administração Pública que está a servir a coletividade. Segundo, porque o atendimento do interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo e que as relações entre Administração e particulares só nasciam mediante atos administrativos.

A resistência explicava-se pelas concepções que predominavam, no século XIX, a respeito da matéria contratual, concepções elaboradas para o contrato entre particulares, regidos pelo direito privado, que colocavam a autonomia da vontade no centro dos interesses.

A finalidade da contratação pública confrontava-se com o conceito de contrato da época, que era tido “como o acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos, havendo igualdade das partes e imutabilidade”.¹⁹⁴

Ressalta a autora que quando se iniciou a formulação da teoria do contrato administrativo, foi utilizada, como referência, a teoria do contrato privado que, na época, já resultava de longa elaboração doutrinária, razão por que se questionava a existência do contrato administrativo.¹⁹⁵

Contribui nesse sentido, Hely Lopes Meireles ao afirmar que, embora de Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária, os quais denominam-se contratos privados realizados pela Administração ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos, chamados de contratos administrativos propriamente ditos.

Essa é a razão de o porquê a teoria geral do contrato ser a mesma tanto para os contratos privados, como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos, não obstante, os últimos serem regidos por normas e

¹⁹⁴ MEDAUAR, 2000, p. 245.

¹⁹⁵ Ibid., p. 252.

princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, nos termos do artigo 54¹⁹⁶ da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.¹⁹⁷

Em relação à aplicação subsidiária do Direito Privado, Wallace Martins Júnior, ensina que o Direito Administrativo apesar de ter se afirmado como disciplina autônoma, não é descartada a aplicação subsidiária e condicionada do Direito Civil em seu âmbito, principalmente para preencher lacunas ou quando autorizado por lei para a disciplina de certos institutos, desde que respeitadas as características particulares do Direito Público, tais como a indisponibilidade do interesse público e a sua supremacia em face do interesse privado.¹⁹⁸

Afirma Bandeira de Melo que a pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe da competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades necessárias para a realização do contrato, tais como autorização para contratar, a existência da licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo.¹⁹⁹

E, finalmente, os contratos da Administração Pública, sejam administrativos ou não, são examinados quanto a sua legalidade pelo Tribunal de Contas que, em caso de inobservância das normas, pode solicitar ao Congresso Nacional que determine sua sustação.

Ultrapassado esse primeiro obstáculo a respeito da existência dos contratos administrativos, a exemplo do que ocorreu com os contratos privados, a doutrina também tratou de conceituar os contratos administrativos.

O renomado Bandeira de Mello conceitua contrato administrativo como “a avença travada entre a Administração e terceiros, na qual, por força da lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.²⁰⁰

¹⁹⁶ Art. 154 - Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁹⁷ MEIRELLES, 1992, p. 194.

¹⁹⁸ NORONHA, 2004, p. 23.

¹⁹⁹ MELLO, 2005, p. 577.

²⁰⁰ Ibid., p. 582.

Marçal Justen Filho conceitua contrato administrativo como sendo “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.²⁰¹

Fernando Oliveira identifica o contrato administrativo como aquele celebrado pelo Estado e submetido a um regime especial de Direito Público, que assegura a superioridade jurídica da pessoa pública, para a plena satisfação do interesse público²⁰².

Do mesmo modo, advém o conceito de contrato administrativo proposto por Luiz Alberto Blanchet²⁰³:

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 distribuímos 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. Pode-se dizer que o contrato Administrativo é o acordo de vontades celebrados pela Administração com particular ou com outra entidade da Administração (de qualquer esfera) objetivando a execução indireta de atividade destinada a atender determinada necessidade pública.

O autor, ainda, contribui com o estudo dos contratos administrativos, identificando as modalidades contratuais no âmbito do Direito Público, a saber: a) contratos de direito público celebrados pela administração, os quais, regidos por normas e princípios de Direito Público, tanto no aspecto material e formal, dividem-se em duas categorias: a dos que resultam em desembolso de recursos financeiros (contratos de obra, de prestação de serviços e de fornecimento) e a dos que não resultam (são os de concessão de obra pública, concessão de serviço público e concessão de uso, subdividindo-se, a concessão de uso, em concessão de uso de bem público, equivalente à cessão de uso e concessão de direito real de uso); b) contratos de direito privado celebrados pela Administração, os quais são regidos por normas e princípios de Direito Público quanto ao aspecto formal e quanto às condições, uma vez que a eles são aplicáveis as normas da Lei 8.666/93, porém, são regidos por normas e princípios de Direito Privado quanto ao aspecto

²⁰¹ JUSTEN FILHO, 2005, p. 277.

²⁰² OLIVEIRA, 2003, p. 153.

²⁰³ BLANCHET, 2004, p. 117 et. seq.

material, v.g., permuta, doação, compra e venda, seguro, locação, mútuo, contratos bancários, leasing, etc.²⁰⁴

Bandeira de Mello define a classificação dos contratos, em dois tipos somente, os contratos de Direito Privado da Administração e contratos administrativos. Enquanto os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado, como exemplo dos primeiros tem-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, etc, os segundos regem-se pelo Direito Administrativo, no caso de concessão de serviço público, contrato de obra pública, concessão de uso de bem público, etc.

Justen Filho²⁰⁵ classifica os contratos administrativos em: contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas como o contrato de concessão de serviço público, regidos preponderantemente pela Lei 8.987/2005, contratos administrativos propriamente ditos, como o contrato de obra pública, sujeitos ao regime jurídico próprio, definidos na Lei 8.666/93 e os contratos de direito privado praticados pela Administração Pública, como o contrato de locação, que se subordinam ao regime de direito privado.

Conceitua, ainda, contrato administrativo propriamente dito como sendo o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado na lei, podendo a Administração Pública investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais, alterar o teor do contrato, desde que não vedado em lei e que assegure a intangibilidade da equação econômico-financeira original”.²⁰⁶

Fernando Oliveira indica que o objeto pode qualificar como administrativos alguns tipos de contrato, tais como: concessão de serviço público e de obra pública. Há outros contratos que tem o mesmo objeto do Direito Privado, por exemplo, o de fornecimento, por consistir na compra e venda de bens móveis; o de construção de obra pública por empreitada; o de uso de bens públicos dominicais, correspondendo ao contrato de locação predial ou de comodato etc. Ressalta-se, portanto que seja qual for a espécie, todo o contrato administrativo deve ter uma finalidade a perseguir.

²⁰⁴ Ibid., p. 123.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO, op. cit, p. 278 e 279.

²⁰⁶ Ibid., p. 289.

Como visto, nenhum esforço se fará para se determinar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, na medida em que sob o aspecto material são regidos por normas e princípios de Direito Privado. Por outro lado, esse é o objetivo da presente pesquisa, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, primeiro como paradigma das relações contratuais contemporâneas de Direito Privado e segundo como princípio de Direito Público.

Diante do exposto, se faz necessário esmiuçar os contratos de Direito Público celebrados pela administração, os chamados contratos administrativos.

Nesse aspecto, inicialmente, transcrevem-se as principais características do contrato administrativo ressaltadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quais sejam: a) presença da Administração Pública com poder público; b) finalidade pública; c) obediência à forma prescrita em lei; d) procedimento legal; e) natureza de contrato de adesão; f) natureza *intuitu personae*; g) presença de cláusulas exorbitantes; h) mutabilidade”.²⁰⁷

A presença da Administração Pública com poder público num dos pólos da relação contratual, impõe à relação contratual o respeito à supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não mais com aquela conotação de direito absoluto, o que em muitas oportunidades se revelou arbitrário.

Alega Fernando Andrade de Oliveira²⁰⁸ que a supremacia administrativa será mais exercida nos contratos de maior duração, isto porque, em razão do tempo, estarão mais expostos à ocorrência de fatos supervenientes, ou então, podem ocorrer inovações técnicas na execução de serviço público e de obra pública, ou variação na quantidade ou qualidade, no interesse do Estado²⁰⁹ fazendo, por razões de ordem prática e econômica desaconselham a extinção dos contratos vigentes e a instauração de procedimento de licitação para novas contratações, desde que as alterações não importem a alteração do objeto do contrato, nem afrontem a capacidade técnica ou econômico-financeira do contratado.

²⁰⁷ DI PIETRO, 2000, p. 242.

²⁰⁸ OLIVEIRA, 2003, p.157.

²⁰⁹ São exemplos de supremacia administrativa: a alteração do itinerário do ônibus, a redução ou prolongamento das linhas, nas concessões de serviço público de transporte coletivo de passageiros; novas disposições nos compartimentos de edifícios públicos, aumento ou diminuição das suas dimensões, nos contratos de construção de obras públicas; mudanças na cor ou nos modelos de uniformes militares que devam ser fornecidos pelos contratantes, etc.

O que se pretende, porém, é evitar uma imediata e sumária interrupção na execução contratual, em detrimento do interesse público, que poderia ocorrer em virtude de faltas leves cometidas pela Administração, como no caso de um tolerável atraso, seja na liberação de créditos orçamentários, seja na tramitação dos procedimentos de pagamento.

Em relação à finalidade pública, indica-se que todas as ações do Poder Público se resumem num só objetivo: o bem comum, e é por essa razão que no contrato administrativo, a Administração Pública possui prerrogativas, as quais não são estendidas aos particulares que com ela contrata.

Quanto ao requisito da obediência da forma prescrita em lei e do procedimento legal, refere-se ao fato de que ao contrário dos particulares, a Administração Pública percorre alguns caminhos antes de efetivar a contratação, v.g., deve-se proceder, inicialmente, à verificação à imprescindibilidade da contratação, à disponibilidade de orçamento e necessidade de instaurar o processo licitatório, e a eleição dos membros da comissão de licitação, que deverão elaborar o edital de abertura de licitação, inclusive com a minuta do contrato, que deverá observar rigorosamente a Lei 8.666/93, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Portanto, o contrato já está predisposto no próprio edital, sendo que somente as cláusulas econômicas permaneceram em aberto para tratativas, caracterizando-se como um contrato de adesão.

A característica de *intuitu personae* indica que a subcontratação não é permitida, salvo as exceções propostas pela própria lei e pelo edital.

A respeito das prerrogativas inerentes ao contrato administrativo, vale destacar, que a condição de sua existência está na necessidade de os atos da Administração Pública buscarem uma finalidade social. As cláusulas exorbitantes proporcionam ao administrador um melhor aparelhamento na defesa do interesses públicos.

Portanto, o administrador quando estiver no exercício de uma das prerrogativas, constante na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, diz-se, se tratar do exercício de deveres- poderes, conforme leciona Fernando Oliveira:

Tendo em vista este caráter de asujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como

“poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorreram suas inerentes limitações.²¹⁰

Sobre as cláusulas pertinentes ao contrato administrativo²¹¹ é importante destacar as anotações de Luiz Alberto Blanchet.²¹²

BLANCHET dividiu em cláusulas contratuais também denominadas de negociais e econômicas, das cláusulas regulamentares. Aquelas são as cláusulas que resultam da livre opção do particular e imutáveis unilateralmente pela Administração, pois são elas que fixam a remuneração e os direitos dos contratantes. Estas também são chamadas de cláusulas do serviço e são as passíveis de alteração unilateral pela Administração, característica que alberga o conceito de mutabilidade.

A respeito das cláusulas exorbitantes e da mutabilidade do contrato, maior atenção se destinará em razão de sua importância para a finalização da presente pesquisa.²¹³

²¹⁰ MELLO, op.cit, p. 61.

²¹¹ Cláusulas necessárias são aquelas previstas no art. 55 da lei de licitação: São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: i - o objeto e seus elementos característicos; ii - o regime de execução ou a forma de fornecimento; iii - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; iv - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; v - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; vi - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; vii - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; viii - os casos de rescisão; ix - o reconhecimento dos direitos da administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta lei; x - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; xi - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; xii - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; xiii - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. § 1º (vetado). § 2º nos contratos celebrados pela administração pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta lei. § 3º no ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da união, estado ou município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da lei no 4.320, de 17 de março de 1964.

²¹² BLANCHET, 2004, p. 122.

²¹³ Percebe-se que se trata da prerrogativa da alteração unilateral do contrato por parte da Administração Pública, nos caso de modificação do projeto ou suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos ou, quando necessária for a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos em lei, conforme disposto no art. 65 da Lei 8.666/93. A mutabilidade dos contratos se dará nos seguintes casos de: 1.) não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou

Dentre todas as características do contrato administrativo, é importante um maior detalhamento das chamadas cláusulas exorbitantes²¹⁴, que nas palavras de Hely Lopes Meirelles: “Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado”.²¹⁵

Acrescenta-se a lição de Luiz Alberto Blanchet²¹⁶ que afirma serem “as cláusulas exorbitantes, também denominadas derogatórias, de privilégio ou de supremacia, são as pertinentes a alterações unilaterais, rescisão unilateral, aplicação de sanções ao contratado, inaplicabilidade da ‘exceptio non adimpleti contractus’ quando comprometer a continuidade do serviço público.”

Por sua vez, Bandeira de Mello ressalta as prerrogativas da Administração no trato da coisa pública, afirmando que em decorrência dos poderes que lhe assistem, a Administração fica autorizada a determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato sponte própria se o interesse público o demandar.²¹⁷

Resumidamente pode-se afirmar sobre as principais características do contrato administrativo:

prazos; 2.) o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; 3.) a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; 4.) o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; 5.) a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; 6.) 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; 7.) o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; 8.) o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do §1º do art. 67 desta Lei; 9.) a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; 10.) a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; 11.) a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; 12.) 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; 13.) a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

²¹⁴ MEIRELLES cita como exemplos de cláusulas exorbitantes, a ocupação do domínio público, o poder expropriatório e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratante para a execução do contrato, sendo que as principais cláusulas exorbitantes são as que possibilitam a alteração e rescisão unilateral do contrato, no equilíbrio financeiro, na revisão de preços e tarifas, na inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração (1992, p. 197 et. seq.).

²¹⁵ Ibid., p. 197.

²¹⁶ BLANCHET, op.cit., p. 122.

²¹⁷ MELLO, op.cit., p. 584.

Dentre as principais características dos contratos administrativos, podem-se mencionar serem eles sempre consensuais, e em regra, formais, onerosos, comutativos e realizados intuitu personae (devem ser executados por quem os celebrou, não se admitindo, regra geral, a subcontratação). Além dessas características, os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação, somente inexigível ou dispensável nos casos expressamente previstos na Lei.²¹⁸

O artigo 58 da Lei 8.666/93, que trata das Licitações e dos Contratos administrativos, estabelece que ao regime jurídico dos contratos administrativos conferem-se as prerrogativas de: a) modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; na hipótese de desequilíbrio contratual;²¹⁹ b) rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados em lei;²²⁰ c) fiscalizar a execução do

²¹⁸ ALEXANDRINO, 2002, p. 330.

²¹⁹ OLIVEIRA (2003, p. 160 et. seq.): “O art. 65 da lei n.º 8.666 de 21.06.93 dispõe as possibilidades de alteração contratual por parte da Administração Pública das seguintes formas: 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 do seu objeto, nos limites permitidos pela mesma lei”. É que “o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos”. [...] “É de se reiterar que, sobrevivendo essas exigências da Administração, o seu atendimento depende da capacidade técnica e econômico-financeira da outra parte. Mesmo porque tal capacidade já foi considerada satisfatória, pela habilitação no procedimento da licitação (Lei cit., art. 27, incs. II e III). De qualquer modo, a alteração unilateral das cláusulas contratuais, com o aumento dos encargos do contratado, obriga a Administração a “estabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (art. 65, cit., §6º). Mas, evidentemente, a redução dos encargos poderá também causar perdas que deverão ser indenizadas pela Administração, nos termos do mesmo art. 65, §4º, da Lei n.º 8.666/93. É claro que, em princípio, as alterações contratuais podem ser estabelecidas por via de acordo entre as partes (Lei cit, art. 65, inc. II). Cabe a advertência, porém, de que esse acordo pode caracterizar uma burla da exigência constitucional da licitação, mediante um excepcional favorecimento do contratado, em confronto com o que foi definido no contrato. É possível supor que, se as alterações já constassem do edital, outros interessados acorreriam à licitação, intensificando-se a competição em benefício do interesse público. O disposto no aludido art. 65, §5º, admite a larga aplicação da teoria do fato do príncipe, para favorecer ou desfavorecer o contratado. Isso ao possibilitar a revisão dos preços estipulados no contrato, para mais ou para menos, mas apenas num caso específico da superveniência de qualquer lei que, após a data da apresentação da proposta, crie, altere ou extinga tributos ou encargos, com a repercussão na economia contratual. Cabe salientar que a lei vigente tempera o princípio inoponibilidade, à Administração, da exceção de contrato não cumprido, ao dispor que o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos à outra parte “assegura ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

²²⁰ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: I - o 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

contrato; d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e) 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.

Sobre a alteração unilateral do contrato há que se destacar que essa prerrogativa não é ilimitada, ou seja, que a Administração Pública no trato da coisa pública não terá liberdade ilimitada para modificar o projeto ou suas especificações, pois elas somente se justificam perante circunstâncias específicas, tais como decorrentes de eventos supervenientes, que tornam impossível o cumprimento do seu objetivo, ensejando alterações.²²¹

Há limites à discricionariedade na modificação unilateral do contrato administrativo, que pressupõe obrigatoriamente eventos ocorridos ou conhecidos após a contratação, sem que tais modificações acarretem a desfiguração do acordado inicial, mesmo que haja a concordância do contratado, nos termos do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Com relação à alteração bilateral do contrato administrativo, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 65, também disciplina as situações em que se fará necessária a alteração do contrato. Não obstante, a alteração bilateral deve ser vista com ressalvas, pois esta alteração não pode desnaturar o objeto do contrato inicial. Até mesmo porque, o particular procura o lucro, enquanto o Poder Público busca a satisfação de interesses coletivos.

Cabe à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, agir de acordo com o comportamento disciplinado pelo princípio da boa-fé objetiva, pois, segundo Bandeira de Mello “não lhe assiste minimizá-lo em ordem a colher

regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; 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; 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 e, XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato. Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

²²¹MELLO, op.cit, p. 589.

benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte”.²²²

O artigo 65 da Lei 8666/93 estabelece os casos possíveis de alteração contratual: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos e b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos em lei, sempre acompanhada da devida justificção.

Em relação aos contratos administrativos, a lei adverte, ainda, que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado e que na ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro, a Administração Pública se obrigará pelo prejuízo.

Quanto à prerrogativa administrativa da rescisão contratual, Marçal Justen Filho²²³ afirma com notoriedade que o administrador deverá comprovar a necessidade da rescisão do contrato, demonstrando que a manutenção do contrato administrativo inevitavelmente causará lesão ao interesse público, caso contrário, a Administração deverá impor sanções ao particular, mas jamais decretar a rescisão do contrato.

Conforme visto, as prerrogativas da Administração Pública (alteração unilateral e rescisão contratual) estão limitadas à garantia dos contratados particulares de verem restabelecida a equação econômico-financeira que existia no momento da formação do contrato, fruto da construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, berço do Direito Administrativo.

A formulação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro decorreu da decisão do Conselho de Estado francês, em sentença, no caso de serviços de bondes de Marselha, no ano de 1910, em decorrência da exigência por parte do então prefeito do departamento de Bouches-du-Rochê, de pôr à disposição do público naquele verão, maior frequência de trens e alargamento da rede de transporte coletivo até as localidades em que se verificasse tal necessidade. O

²²² Ibid., p.604.

²²³ JUSTEN FILHO, 2005, p. 575.

então comissário do governo, Leon Blum, sustentou que as alterações eram necessárias, todavia, em contrapartida, seria respeitada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Por outro lado, é importante ressaltar a que conclusão Renato Cella chegou, a respeito da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, visto que também pode se compreendida como benéfica aos interesses coletivos, na medida que:

[...] levando-se em consideração as regras gerais aplicáveis ao princípio da manutenção da equação econômico-financeira, vale também o raciocínio inverso, ou seja, se houver redução dos custos inicialmente previstos, deve ser igualmente diminuída a contraprestação da Administração, seja mediante a redução das tarifas, no caso das concessões de serviços públicos, seja mediante a redução das verbas para aquisição de materiais (nos contratos de fornecimento) ou destinadas ao pagamento a título de empreitada de obras públicas, entre outros casos.²²⁴

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁵, em relação às causas do desequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativo, descreve-as dividindo-as em álea ordinária ou empresarial, aquela que se impõe em toda atividade econômica, que, é, portanto, considerada previsível, não se impondo nesse caso a obrigação de indenizar por parte da Administração Pública, em razão da equação do equilíbrio econômico-financeiro. Em álea administrativa, por sua vez, a Administração responde pela alteração econômica. Divide-se a álea administrativa em três modalidades: a decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo para atendimento do interesse público; o fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; e o fato da Administração, entendido como toda conduta de comportamento que torne impossível a execução do contrato. E, finalmente, divide-se em álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas e imprevisíveis, que desequilibram a relação contratual, dando origem à aplicação da teoria da imprevisão²²⁶.

²²⁴ CELLA, 2004, p. 139.

²²⁵ DI PIETRO, 2000, p. 255.

²²⁶ OLIVEIRA (2003, p. 161 et. seq.): "O leading case da teoria de imprevisão é, ainda desta vez, decisão do Conselho de Estado francês, proferida em 30.03.1916 – caso da Companhia Geral de Iluminação de Bordéus – Gaz de Bordeaux. Tratava-se de concessionária desse serviço público, que teve de enfrentar inesperada e considerável alta no preço do carvão, matéria-prima necessária à produção do gás usado na iluminação da cidade. O fato ocorreu durante a guerra, dadas as dificuldades de transporte e, principalmente, porque parte das regiões produtoras de carvão foi

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro possibilita tutelar os interesses do particular contratante, limitando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, bem como tutela os interesses públicos, ao obrigar que o particular, na elaboração de sua proposta, leve em consideração os riscos normais e previsíveis, de maneira que o custo para os usuários seja o menor possível, já que em relação aos riscos anormais e imprevisíveis, a administração se responsabilizará seja total ou parcialmente.

É de se notar que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato está prevista, nos arts. 57, §1º e 2º, §§ 1º e 2º, e 65, II, “d”, §§ 5º e 6º, podendo ser referido ainda, por ter igual finalidade, o art. 40, XI e XIV, “a” e “c”.²²⁷

A própria Constituição da República, segundo Bandeira de Mello, se refere ao equilíbrio econômico-financeiro, quando no art. 5º, inciso XXXVI, determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É um direito adquirido do contratado, a equação econômico-financeira do contrato.²²⁸

Por sua vez, cabe acrescentar que o contratante não pode buscar qualquer proveito econômico adicional que ultrapasse o equilíbrio econômico-financeiro acordado inicialmente, sob pena de configurar falta grave, como por exemplo, a execução com materiais inferiores aos supostos na avença com sacrifício da

ocupada pelo inimigo. Ao fundamentar sua decisão, considerou o Conselho de Estado que, embora a variação das circunstâncias econômicas constitua álea própria do contrato, a situação presente era excepcional, pois a majoração do preço do carvão havia superado os limites extremos que as partes poderiam prever quando celebraram o contrato de concessão. Igualmente considerou que, no caso, o concurso dos fatores já indicados subverteu de tal modo a economia do contrato, que o concessionário não poderia assegurar o funcionamento do serviço público sobre as condições originariamente previstas, enquanto perdurasse o fenômeno. Com base nessa decisão em outros arestos anteriores e posteriores do Conselho de Estado, pode-se afirmar que a teoria da imprevisão foi elaborada para atender a excepcionais situações de fato, com repercussão nos contratos administrativos, observadas as seguintes condições: a) são fatos alheios à vontade das partes, imprevisos e imprevisíveis quando da celebração do contrato; b) esses fatos situam-se em álea econômica extraordinária, isto é, excedem os riscos normalmente assumidos por todo empreendedor e causam grave perturbação na economia do contrato; c) a situação anormal deve ser temporária, porque, se permanente, acarretaria a extinção do contrato; d) o particular contratante não interrompe a execução do contrato, ainda que sob regime deficitário. Verificadas essas condições, a Administração ajuda, socorre seu colaborador, compartilhando o déficit verificado, até que se normalize a situação. A teoria da imprevisão, sumariamente descrita, tem ampla aplicação no Direito francês e brasileiro, pelo mesmo em suas linhas gerais, dada a persistência de fatores perturbadores da economia dos contratos administrativos.”

²²⁷ MELLO, op.cit, p. 587.

²²⁸ Ibid., p. 588.

segurança, da rapidez ou da qualidade da obra ou serviço, como, ainda, os reajustes de preços imotivados.

Afirma Bandeira de Mello, que quaisquer destes procedimentos prefiguram falta contratual sancionável, a ser devidamente apurada e reconhecida, sempre que revelem dissonância com os deveres de lisura e boa-fé norteadores deste tipo de relação jurídica.²²⁹

Observa-se que existem duas ordens de interesses que devem compor na relação em apreço, o interesse público que pede maior flexibilidade e o interesse particular que pretende a obtenção do lucro.

Nesse sentido, fica evidente o caráter patrimonialista dos contratos administrativos, que nas palavras de Renato Cella²³⁰, pode-se destacar:

[...] a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos administrativos tem critérios bastante ligados à idéia de preço, que se desenvolve a partir da noção de dinheiro e objetiva o alcance da idéia de contraprestação, ou seja, deve-se entender preço por uma contraprestação em dinheiro correspondente a uma prestação de outra natureza, conceito esse ligado à noção de equivalência em termos patrimoniais, de maneira que a contraprestação de um serviço ou de uma mercadoria encontrará seu valor pelo princípio da equidade; e que o preço, embora seja enunciado por expressão nominal de certa quantia em dinheiro, traduz a noção de equivalência.

Denota-se, destarte, que permanece o caráter eminentemente patrimonialista dos contratos administrativos, ao contrário, inclusive, do que se impôs na relação contratual em âmbito privado, com a funcionalização dos contratos.

Ainda ensina Maria Sylvia Di Pietro, em relação ao equilíbrio econômico-financeiro, que qualquer que seja o contrato, ele dever pressupor a equivalência objetiva, atendendo à valoração econômica das contraprestações e invocando em sua defesa um ideal de justiça comutativa; e o da equivalência subjetiva, atendendo ao valor subjetivo de cada pessoa.²³¹

Finalmente, Bandeira de Mello²³² informa que ao Poder Público pertencem as prerrogativas necessárias para se alcançar o interesse público, que não só podem, mas devem tomar providências para atingir o bem comum, mesmo que

²²⁹ Ibid., p. 611.

²³⁰ CELLA, 2004, p. 140.

²³¹ DI PIETRO, 2000, p. 255.

²³² MELLO, 2005, p. 289 et. seq.

isso implique alterações no conteúdo do contrato, se responsabilizando-se a Administração Pública toda vez que se esquivar do fim social.

Vale ressaltar ainda, Gordillo, que citado por Celso Antonio Bandeira de Mello²³³, afirma:

“Se dice así que los contractos administrativos son esencialmente de buena-fé, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a cosa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o facticas que la favorezcan en perjuicio del contratista”.

No Direito brasileiro, a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem suas origens constitucionais no art. 37, inciso XXI:

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”.

Ensina Caio Tácito, consoante anotações de Fernando Andrade de Oliveira que:²³⁴

[...] a Administração pode alterar unilateralmente as cláusulas dos contratos administrativos, ainda que com o agravamento da obrigação da outra parte – obrigação que, por exigência do interesse público, tem conteúdo dinâmico e flexível, dentro de certos limites. A esse poder, realmente corresponde o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, obrigando a Administração a reajustar as prestações pecuniárias devidas ao contratado. Essa garantia preserva a natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações) do contrato.

Porém, nem sempre o contrato administrativo foi visto como tal, uma vez que sua origem tomou formato do contrato privado, entretanto a prática e a

²³³ MELLO, op. cit, p. 296.

²³⁴ OLIVEIRA, 2003, p. 156.

necessidade de se perseguir o interesse público, aqui entendido como o interesse da coletividade e não do administrador, fez com que o contrato administrativo fosse tratado de forma diferenciada.

O Direito francês, berço do Direito Administrativo tomou as primeiras providências para estabelecer ao contrato administrativo certas prerrogativas.²³⁵ Na época, a incapacidade técnica de algumas empresas concessionárias de serviço público para a implantação de novas tecnologias, passou a ser aceita a possibilidade de concessão do mesmo serviço para outras empresas²³⁶.

Foi nesse momento que se autorizou a possibilidade de alteração das cláusulas contratuais, contudo as mudanças impostas não podem caracterizar-se excessivas aos concessionários, sob pena de ter a Administração Pública de reparar o dano sofrido por eles, de modo a restabelecer o equilíbrio contratual, o que resultou na elaboração do princípio da manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

Conclui Renato Cella, a respeito da mutabilidade dos contratos administrativos que:

[...] a Administração pode, nos contratos administrativos em que seja parte, impor ao outro contratante modificações nas prestações convencionadas ou alterar, por sua autoridade, as condições jurídicas e técnicas de execução do contrato; e que essas modificações e alterações são feitas no exercício do poder público, por via de regulamentos ou atos administrativos e obrigam em virtude da cláusula

²³⁵ Ibid., p. 155: “O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela pessoa pública contratante foi definido em decisões proferidas pelo Conselho de Estado francês, resolvendo conflitos entre as partes. Durante a execução de contratos de concessão de serviços públicos de iluminação pública e privada e de abastecimento de água, foi admitida a coexistência de outros contratos com terceiros, para substituição da iluminação a gás pela eletricidade e para suprimento das deficiências dos serviços, ante o aumento da população ou do consumo, não obstante os privilégios de exclusividade, conferidos aos primeiros concessionários. Os mais autorizados juristas franceses – Hauriou, Jeze, Bonnard, Waline – aceitaram o princípio da mutabilidade das cláusulas contratuais daqueles, desde que não impostas aos concessionários mudanças excessivas, obrigando-se a Administração a indenizar seus colaboradores, de modo a restabelecer o equilíbrio contratual. Porém, a decisão do Conselho de Estado de maior repercussão é a relativa ao serviço de bondes de Marselha. Nesse caso, o Préfer do Departamento de Bouches-du-Rhône, com a competência para estabelecer as tabelas dos trens, exigiu da concessionária maior frequência dos veículos, atendendo às necessidades dos usuários durante o verão. Sustentou o comissário do Governo, Leon Blum, que o Estado, pelo contrato, não abdica do seu poder regulamentar, que é independente e tem por finalidade garantir o funcionamento normal do serviço público. Mas se o exercício desse poder de intervenção do concedente alterar o equilíbrio entre vantagens e encargos, obrigações e direitos, previstos nos contratos, caberá ao concessionário pleitear, como fez no caso concreto, a reparação dos danos. E se as modificações impostas subverterem completamente a economia do contrato, poderá o juiz pronunciar a sua resilição, em proveito do reclamante. Daí nasceu o princípio de que o equilíbrio da equação financeira do contrato – expressão de Leon Blum – complementa o da mutabilidade das cláusulas contratuais”.

²³⁶ CELLA, 2004, p. 135.

especial de sujeição do contratante particular. Porém, como é da essência do contrato administrativo que a sujeição do particular seja voluntária e remunerada, ao ato do poder que autoritariamente afete o equilíbrio financeiro inicial, deve-se, em princípio, ser promovida a revisão das cláusulas de remuneração a fim de que sejam restabelecidas as condições normais de risco.²³⁷

É importante ressaltar que a prerrogativa de alteração unilateral do contrato administrativo e, até mesmo, a alteração do contrato mediante mútuo acordo entre as partes, é limitada em razão de não se legalizar a tentativa de burlar a lei de licitações. Logo, a alteração do contrato não deve importar alteração radical ou frustrações aos princípios da obrigatoriedade da licitação ou ao princípio da isonomia, uma vez que, se o contrato for alterado radicalmente, haverá frustração dos interesses dos licitantes perdedores, que em outra situação poderiam sair vencedores, pois o edital estabelece as regras e a proposta deve ser apresentada nesses parâmetros. Mudados esses parâmetros, muda-se também a proposta. A alteração irrestrita do contrato administrativo, seja unilateralmente, seja com o consentimento, poderia excluir contratantes em potencial, que estariam aptos a contratar com a Administração Pública e com propostas mais benéficas.

Como mencionado anteriormente e reafirmado por Maria Sylvia Di Pietro²³⁸, a alteração unilateral do contrato administrativo, antes de ser prerrogativa, é um dever da Administração Pública em razão do interesse público indisponível:

A prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato, como algo absoluto, vem sendo contestada modernamente. No ordenamento italiano, a Corte de Cassação afastou a tese do poder discricionário de modificação unilateral do contrato, como poder geral independente de previsão legal explícita; afirmou que, salvo a rescisão por interesse público, a relação contratual é regida por cânones paritários. Como se viu, no ordenamento brasileiro a prerrogativa é prevista circunscrita a limites e ao respeito a direitos dos contratados.

Para Fernando Andrade de Oliveira, o rígido regime do contrato administrativo vem também a proteger os interesses de quem contrata com a Administração Pública, quando se trata do dever de indenizar e o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.²³⁹

Acrescenta, ainda, que:

²³⁷ Ibid., p. 137.

²³⁸ DI PIETRO, 2000, p. 254.

²³⁹ OLIVEIRA, 2003, p. 157.

No Brasil, o processo inflacionário crônico, agravado nos últimos anos, vem gerando uma variedade de índices corretivos de preços, salários e outras prestações pecuniárias, amplamente adotados nas cláusulas contratuais de reajuste. Como assinala Celso Antonio Bandeira de Mello, por essas cláusulas o contratante e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subseqüentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem o caráter de normalidade. Cumpre observar que, se esses reajustes têm por fim preservar a equação econômico-financeira, é evidente que os índices oficiais impostos pelo Poder Público aos seus contratantes deverão refletir a realidade dos fatos. Pois não se pode permitir que o Estado lese os seus colaboradores, mediante a aplicação de índices irrealistas de reajuste, que afetam o equilíbrio daquela equação, estabelecida por acordo das partes quando celebrado o contrato.²⁴⁰

Resumidamente, pode-se afirmar que se a Administração pode alterar unilateralmente os contratos administrativos, o particular tem o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro originariamente estabelecido entre as prestações do particular e à remuneração a ele devida.

Havendo a alteração do contrato administrativo deverá haver na mesma medida a alteração da equação econômico-financeira, havendo a extinção unilateral, caberá a indenização.

Segundo MARCHAL, são eventos causadores de quebra da equação econômico-financeira: o fato do príncipe, quando a oneração do contrato advém de medida proveniente de autoridade administrativa contratante, mas que exercia esse poder em campo diverso do objeto do contrato; ocorrência de fatos supervenientes imprevistos; força maior, sujeições imprevistas, quando dificuldades materiais, exteriores à vontade das partes e imprevisíveis oneram a execução do contrato, alteração unilateral das condições do contrato original e prática de ato ilícito por parte da Administração Pública.²⁴¹

É importante também destacar outras prerrogativas da Administração Pública ao contratar, que se revelam como poder-dever de fiscalizar, a impossibilidade de invocar a exceção do contrato não cumprido, o poder-dever de impor sanções em relação à execução do contrato administrativo que se confrontem com a finalidade social, a proibição de contrato por prazo indeterminado, podendo ser prorrogado, em favor do interesse público, a de exigir

²⁴⁰ Ibid., p. 163.

²⁴¹ JUSTEN FILHO, op. cit., 297.

garantias do particular contratante²⁴², entre outras. Gozará de todas essas prerrogativas na medida em que houver preponderância do interesse público. Não obstante, o interesse público por vezes, pode não representar o interesse da coletividade, mas sim o interesse do administrador; é nessa ocasião que as prerrogativas deverão ser limitadas com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos, que em verdade representa na esfera contratual, o objetivo constitucional da solidariedade social.

A doutrina administrativa cuida, ainda, em distinguir os modelos contratuais no âmbito do Direito Público em contratos administrativos, consórcios, convênios e contrato de gestão.

Nesse aspecto, Pedro Durão²⁴³ estabelece critérios de diferenciação entre contrato administrativo e convênio:

[...] poderíamos traçar as primeiras e reveladoras diferenças entre ambas as figuras quando se trata do objetivo pretendido por tais acordos: nos contratos administrativos, há a oposição de objetos, exteriorizados pela prestação e contraprestação que envolvem o liame contratual; nos convênios de cooperação, não há tal contraposição, e sim, uma convergência de esforços para o atingimento da meta final, que é a satisfação do interesse público. [...] Nesse contexto, indispensável se faz a menção de que a natureza jurídica de um ajuste está intrinsecamente voltada à convergência de esforços para o interesse público. Se, por exemplo, determinado ente público entra em acordo com uma empresa particular, e ambos, com a finalidade de construção de um hospital, integram de um lado, mão-de-obra e do outro, material para a construção, sem que haja a prestação pecuniária com forma de pagamento para o alcance do trabalho, estar-se-ia diante de um autêntico convênio administrativo. O contrato, por sua vez, caracterizar-se-ia, para a construção dessa obra, em um acordo no qual se dispusesse que sua edificação estaria a cargo do pagamento a outra parte. Como haveria a expressa contratação (haja vista ao ajuste de vontades opostas: construção de obra e pagamento) estar-se-ia diante de um verdadeiro contrato administrativo.

Luiz Alberto Blanchet²⁴⁴, diferencia os convênios, dos contratos de gestão e dos consórcios. Convênio é acordo de vontades pelo qual as partes conjugam esforços para atingir um objetivo comum. Contrato de gestão figura como

²⁴² Art. 56, § 1º - A garantia que poderá ser: 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.

²⁴³ DURÃO, 2004, p. 79 et. seq.

²⁴⁴ BLANCHET, 2004, p. 168 et. seq.

contratante sempre a Administração Direta e contratados, as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e entidades sob controle direto ou indireto do Estado. Consórcio é acordo de vontades, pelo qual as partes (sempre pessoas públicas) conjugam esforços para atingir um objetivo comum.

Como visto, é a Lei 11.107/2005 que dispõe sobre normas gerais de contratações de consórcios públicos, determinando que consórcios são contratos realizados entre as pessoas de Direito Público de capacidade política, isto é, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios com o objetivo de realizar atividades públicas de interesse comum. Os convênios, por sua vez, são contratos realizados quer entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte criação de pessoas jurídicas, podendo, inclusive ter a participação de entidades privadas sem fins lucrativos.²⁴⁵

Na mesma medida, afirma Carlos Ari Sunfeld que o contrato administrativo referente aos serviços constante na Lei de Licitações continua existindo com suas características intocadas, mesmo após a edição da Lei das Parcerias Público e Privadas, nos termos do art. 3º, §3º desta lei.²⁴⁶

5.2.

A supremacia do interesse público como princípio basilar dos contratos administrativos em geral

O contrato administrativo possui peculiaridades que o diferencia dos contratos privados em razão da finalidade pública, que se impõe nas ações do Poder Público. Continuam, portanto, a se impor em toda a atividade administrativa os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Bandeira de Mello descreve ser o princípio da supremacia do interesse público como verdadeiro axioma. Proclama a superioridade do interesse da

²⁴⁵ MELLO, op. cit., p. 626.

²⁴⁶ SUNDFELD, 2005, p. 33.

coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.²⁴⁷

Dessa forma, na interpretação dos contratos celebrados pela Administração Pública, devem-se observar os seguintes parâmetros: a) a indisponibilidade do interesse público; b) a prevalência do interesse público sobre o particular; c) a prevalência da real intenção, da boa-fé e do verdadeiro espírito e natureza do contrato, sobre o simples sentido literal dos textos contratuais; d) a vinculação aos termos do edital ou carta-convite; e) a interpretação restritiva para os contratos benéficos; f) a fiança não admite interpretação extensiva; g) as cláusulas especiais têm primazia sobre as gerais; h) o processo gramatical ou filológico tem maior aplicação na interpretação dos contratos do que na das leis; i) causa e motivo devem ser levados em consideração para a real compreensão do texto.²⁴⁸

Fernando Andrade de Oliveira²⁴⁹ afirma que subsistem ao regime do contrato administrativo princípios opostos àqueles aplicáveis aos contratos privados, tais como: a) o contrato é celebrado pelo Estado *intuitu personae*, em atenção à prévia qualificação da outra parte, pelo que é, em regra, intransferível; b) há mutabilidade das cláusulas contratuais mediante decisões unilaterais do Estado, para o atendimento de supervenientes exigências do interesse público; c) a exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – não pode ser oposta à Administração; d) o contrato dispõe sobre direitos e obrigações de terceiros – os usuários dos serviços públicos; e) a administração pode impor sanções outra parte; f) o contrato pode ser extinto por iniciativa do Estado, no interesse público, mesmo sem falta do contratante privado.

Não obstante, o autor ressalta, que na formação de qualquer contrato da Administração coexistem normas de Direito Privado e normas de Direito Público. Um regulando as condições de capacidade das pessoas privadas e a sua representação, enquanto as outras, a manifestação de vontade do Estado, e definindo a especial competência dos órgãos públicos em matéria contratual.²⁵⁰

Ainda, Fernando Andrade de Oliveira²⁵¹ ensina:

²⁴⁷ MELLO, op. cit., p. 58.

²⁴⁸ BLANCHET, 2004, p. 168.

²⁴⁹ OLIVEIRA, 2003, p. 151.

²⁵⁰ Ibid., p. 153.

²⁵¹ Ibid., p. 151.

Com base nessa jurisprudência pretoriana, formada pelo exame de casos concretos ante a escassez de normas de Direito Público, foi também elaborada a teoria geral do contrato administrativo. Fundamenta-se a teoria na necessidade de ser assegurado o regular funcionamento do serviço público objeto de contratos de concessão, (necessidade) (que está) presente nos de construção de obra pública e, eventualmente, nos de fornecimento. O que significa reconhecer, dada a desigualdade dos interesses em causa, a superioridade jurídica do Estado como parte desses contratos que, por isso mesmo, (se) submetem-se a um regime especial, predominantemente de Direito Público.

Conclui-se, então, que é o princípio da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade que legitima as prerrogativas do contrato administrativo. Não obstante, ao princípio se deve dar atenção especial, visto há muito tempo se criticar como vem sendo aplicado o princípio da supremacia do interesse público no Brasil.

O princípio é alvo de duras críticas. A solução mais uma vez é fazer uma releitura do princípio da supremacia do interesse público à luz da Constituição Federal de 1988. O princípio da supremacia do interesse público deve se identificar com o bem comum, com a finalidade social, com os objetivos constitucionais (art. 3º).

O princípio da supremacia do interesse público é considerado como verdadeiro postulado normativo²⁵² do Direito Administrativo. Observa-se que a doutrina é unânime em estabelecer o princípio da supremacia do interesse público como sendo o interesse da coletividade.

Há que verificar, então, o que se entende por interesse público.

Bandeira de Mello, nesse sentido, ensina que, embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade, o que leva o leitor a concluir pela existência de uma relação íntima entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.²⁵³

²⁵² Segundo Humberto Ávila, os postulados normativos são normas metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação dos princípios e regras mediante exigência mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios. Os postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos: a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; a concordância prática exige a realização máxima de valores que se imbricam; a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia, *in* ÁVILA, 2005, p. 130.

²⁵³ MELLO, *op. cit.*, p. 49 e 50.

Utilizando um exemplo dado pelo autor, percebe-se a diferença entre interesse público e interesse individual. Um indivíduo que tem interesse pessoal em não ser desapropriado, não pode individualmente opor-se ao ato administrativo de desapropriação do seu próprio imóvel, alegando direito a propriedade privada constitucionalmente previsto.

Por outro lado, afirma que esse mesmo indivíduo terá interesse pessoal para que exista o instituto da desapropriação, enquanto membro integrante da sociedade, como por exemplo, a Administração Pública desapropria áreas para abertura de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos, etc.

Percebe-se, portanto, que de um lado, existe o interesse individual, particular às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida, interesse que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas e que, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que enquanto integrados à coletividade, corresponde ao interesse coletivo.²⁵⁴

Há que se entender então, o que são interesses públicos e o que não são interesses públicos.

Exemplifica novamente o autor quando considera que o Estado tem interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, enriquecendo, desta forma, o Erário, conquanto empobrecesse parte da sociedade. Afirma-se que tais interesses não são interesses públicos, pois esses são os de favorecer o bem-estar da sociedade e de retribuir codignamente os que lhe prestam serviços.²⁵⁵²⁵⁶

²⁵⁴ Ibid., p. 50

²⁵⁵ Ibid., p. 56.

²⁵⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, destaca a classificação de interesses públicos, primários e secundários: “Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos esses expedientes, muito dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses a moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas essas hipóteses estará agindo contra o direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tenha apenas os termos o que o teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. Não respondem a razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral (p. 56 e 57).

Para Marçal Justen “a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público é uma decorrência de sua supremacia.” Alega ainda, que o direito não faculta ao agente público o poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público, posto se tratar de direito indisponível.²⁵⁷

Ao citar Diógenes Gasparini, adverte MARÇAL que a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público não significa o descaso ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.²⁵⁸

Conclusivamente, ressalta Justen Filho que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, não se confunde com o interesse do aparato administrativo ou com o interesse do agente público, afirma que o princípio do interesse público não possui conteúdo próprio, razão pela qual o critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas.²⁵⁹

A supremacia e indisponibilidade do interesse público resultam na atribuição ao governante que acaba por escolher a solução que bem melhor lhe convier, justificando-a por meio da expressão “supremacia do interesse público”, o que é incompatível com o próprio o direito administrativo.

Sugestiona Marçal que o interesse público deve ser o resultado e não pressuposto de decisão, pois não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Explica que “uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputado como traduzindo ‘o interesse público’”.²⁶⁰ Portanto, em cada caso haverá seleção de interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público, não existindo critérios predeterminados para qualificar o interesse como público.

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 35.

²⁵⁸ Ibid., p. 36.

²⁵⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 37 passim.

²⁶⁰ Ibid., p. 45.

Vale ressaltar, também, as conseqüências do princípio da supremacia do interesse público no Direito Administrativo, tais como a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos (a qual só vige enquanto não contidos em juízo, ressalvados os casos expressos em lei); o benefício de prazos maiores para a intervenção ao longo de processo judicial; a posição de ré fruída pela administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive o de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público, etc.²⁶¹

Na mesma medida, ressalta-se que é incumbido de satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade, por isso, o uso das prerrogativas da Administração é cabível, pois, enquanto Estado Democrático, o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Não obstante, duras críticas foram direcionadas ao emprego do princípio da supremacia do interesse público.

As críticas se devem ao tratamento a ele despendido, muitas vezes há uma confusão generalizada entre ser o princípio da supremacia do interesse público, com o interesse da administração ou do administrador.

A aplicação do princípio na resolução do impasse, pura e simplesmente, sem ao menos valorar ou sopesar os interesses envolvidos, é uma forma de facilitar contravenções sob o respaldo do Poder Judiciário.

A acusação é fundamentada no fato de que o interesse público deveria determinar os fins e os fundamentos legítimos da atuação estatal, que obrigatoriamente se revelaria no alcance do bem comum. Em contrapartida, o bem comum caracteriza-se pela composição harmônica do bem de cada um, com o de todos. Por conseguinte, o interesse público deve corresponder à composição dos interesses individuais, que em determinado momento formará o interesse coletivo.

A Constituição da República institui por suas normas, os princípios fundamentais que devem reger a interpretação de todo o direito, a exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da vida, esclarecendo que direitos subjetivos são protegidos, enquanto os procedimentos administrativos são garantidos.

²⁶¹ MELLO, op. cit., 59.

Resta, assim, a argumentação que sob iguais condições ou em caso de dúvida, deverão prevalecer os interesses particulares, criando um ônus argumentativo em favor do indivíduo, o que exige razões maiores para a solução exigida pelos bens coletivos, do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais.

Por outro lado, a Constituição da República concebeu a indissociabilidade do interesse público e privado, não podendo os mesmos, ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins, isso porque elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado, como pode-se observar no preâmbulo e na descrição dos direitos e garantias fundamentais.

A verificação de que a Administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos, não significa que existe uma relação de prevalência. As expressões: finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular, não têm o mesmo significado. Os interesses públicos não são obrigatoriamente contraditórios, como pressupõe uma relação de prevalência. Observa-se que o contrato, instrumento maior do individualismo, agora possui também uma finalidade social.

Outro argumento para excluir o entendimento que é dado a esse princípio, é a parcial incompatibilidade com postulados normativos, extraídos de normas constitucionais, principalmente o da proporcionalidade e da concordância prática.

Os interesses aqui apresentados estão em posição de contraposição, devem por isso, ser de tal forma ponderados para que, segundo a Constituição, sejam protegidos e assim, possa atribuir máxima realização a cada um desses interesses, correspondendo ao que se chama de concordância prática.

Por sua vez, a proporcionalidade consiste na verificação se a medida é adequada, ou seja, o meio escolhido apto para alcançar o resultado desejado, e se é necessária, ou seja, dentre todas possibilidades disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, ela é a menos gravosa em relação aos direitos dos sujeitos envolvidos. Nesse sentido, a medida será proporcional se ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos.

É óbvio que existem casos nos quais o interesse público recebe a suscitada supremacia, porém o que é inadmissível é a alegação pura e simples dessa superioridade, sem qualquer fundamentação plausível.

A constatação de que os órgãos administrativos possuem em alguns casos uma posição privilegiada não dá direito a afirmar a supremacia de seus interesses.

Nas palavras de Bandeira de Mello²⁶² pode-se concluir a questão: “Toda a atuação da Administração Pública deve ter por fim o interesse público. Existem, entretanto, graduações, conforme predomine o interesse público, haja concorrência entre os interesses público e particular, ou mesmo predomine o interesse do particular”

Os órgãos administrativos exercem uma função pública e para seu desempenho são necessárias determinadas prerrogativas, que decorrem das normas constitucionais e do desinteresse pessoal que define a função administrativa.

No caso do serviço público, o desinteresse pessoal do agente público e o bem comum são necessariamente ligados. A constatação de que os funcionários não representam interesses outros, além do público, não resulta do interesse público propriamente dito, mas do desinteresse, por sua vez reconduzido à função pública e ao princípio republicano, que estruturou a figura do bem público.

Ao contrário, poder-se-ia falar sobre o bem comum como idéia por detrás das normas e dos fins estatais, mas que representaria a unidade de uma multiplicidade de interesses públicos. Alerta-se que quando se fala de bem comum está se falando do bem comum das partes.

Ademais, os interesses privados podem se transformar em público, sendo correta a afirmação de que ao afirmar que o interesse público se contrapõe ao privado, está se afirmando também não existir primazia dos interesses públicos.

A automática supremacia dos interesses públicos, sem análise do caso concreto, dos interesses envolvidos, caracteriza o esquecido Estado totalitário, inconcebível na sociedade atual.

Em vez de considerar o princípio da supremacia do interesse público, um princípio de prevalência, deveria ser valorada a importância do bem comum, o qual estaria intimamente ligado com os objetivos estatais, com normas de competência, com o conteúdo dos atos administrativos e com os direitos fundamentais.

²⁶² MELLO, op.cit., p. 330.

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, tal qual é feita por grande parcela dos juristas, relembra a época dos estados absolutistas, nos quais os interesses dos súditos eram subordinados aos interesses do rei, sem qualquer reserva ou exceção, o que afronta gravemente os ditames da Lei Maior, que recepciona o princípio da solidariedade social. Por conseguinte, a supremacia do interesse público deve corresponder ao princípio da solidariedade social, representado pela boa-fé objetiva nas relações contratuais.

A destinação do princípio da supremacia do interesse público aos contratos administrativos não indica que o interesse particular tenha sucumbido. O julgador deverá analisar no caso concreto se prevalece a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

É importante, ressaltar, também, as palavras de Romeu Bacellar Filho²⁶³, quando afirma que o princípio da supremacia da Administração não mais se justifica para afastar a boa-fé da regência das relações jurídicas entre ambos. É que a superioridade não se fixa no sujeito enquanto tal, mas no interesse coletivo a que está perseguindo. A sujeição à legalidade também não motiva o afastamento do Poder Público das exigências da boa-fé, justamente porque, numa perspectiva mais larga e atual, o cânon da legalidade exprime a concepção de conformidade ao Direito.

²⁶³ Ibid., p. 308.

6

A leitura do contrato administrativo à luz da Constituição Federal

6.1.

A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e seus reflexos nas relações contratuais

A dicotomia entre o Direito Público e o Privado há muito tempo vem perdendo efeito na prática jurídica, como se algum dia pudesse se pensar no Direito em pedaços.

Adverte Celso Antonio Bandeira de Mello que o critério utilizado pela doutrina para diferenciar os dois ramos do Direito, foi o do sujeito e o do interesse. Pelo critério do sujeito, o direito público seria aquele que tem por sujeito o Estado, enquanto que no do direito privado, é o que rege a vida dos particulares. Segundo o critério do interesse, públicas seriam as normas que tutelam interesses públicos e privadas aquelas que regulam interesses privados.²⁶⁴

A linha divisória entre o Direito Público e o Direito Privado aparentemente não se vê mais. A adoção por parte do Direito Administrativo de institutos próprios do Direito Civil e da Constitucionalização do Direito Civil faz com que a bipartição se faça somente para fins didáticos.

A idéia de corpos sistematizados de leis destinados a regular determinados interesses não mais são válidos. A interpretação legislativa obriga que todas as normas jurídicas sejam observadas sob a ótica da Constituição Federal. Então, toda norma será remetida à Constituição Federal, devendo se correlacionar com o princípio da solidariedade, principalmente quando se fala de relação contratual.

José Oliveira Ascensão fala sobre a divisão existente entre Direito Público e Privado, advertindo sobre a improcedência da contraposição, que indevidamente

²⁶⁴ GUIMARÃES, 2004, p. 58.

se faz ao admitir que o direito privado destina-se a tutelar o direito dos egoísmos individuais e o direito público é considerado o direito das relações de dominação.²⁶⁵

Os próprios objetivos do contrato, que são disciplinados inicialmente pela Constituição da República e depois pela legislação infraconstitucional, estão a desvelar a insuficiência teoria da dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado, conforme dispõe Judith Martins-Costa:

Contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva.²⁶⁶

Acrescentando as palavras de Renato Cella²⁶⁷, tem-se que “a desigualdade apontada acima não deriva da relação entre as partes contratantes e nem de suas respectivas naturezas pública e privada, mas sim, da sujeição imposta a ambas para a realização de fins públicos”.

Judith Martins-Costa²⁶⁸ ainda alerta que será no campo do contrato que a finalidade social será deslumbrada, fazendo com que a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado seja entendida somente para fins didáticos.

No mesmo sentido, caminha o entendimento de Romeu Bacellar Filho.²⁶⁹

A crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na idéia de cidadania, entendida num sentido procedimental como participação ativa. Este Estado tenderia num sentido procedimental como participação ativa. Este Estado tenderia a diluir um paradigma, comum aos dois modelos anteriores, o que fazia diluir o público no estatal e a revalorizar a esfera privada, resgatando as pretensões de autodeterminação, autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal como do Estado Social as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito, passam a ser encaradas como complementares, equiprimordiais.

²⁶⁵ ASCENSÃO, 1994, p. 267.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, 1992, p. 141.

²⁶⁷ CELLA, 2004, p. 131.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 142 et. seq.

²⁶⁹ BACELLAR FILHO, 2004, p. 209.

Adverte, ainda, Romeu Bacellar Filho²⁷⁰ que na vigência do antigo Código Civil, os contratos de Direito Privado estavam alicerçados em princípios opostos aos contratos administrativos, admitindo-se a dicotomia existente entre o Direito Público e Privado. Não obstante, as recentes alterações do novo Código Civil caminham num sentido de aproximação. O *pacta sunt servanda*, que constituía mola mestra dos contratos regidos pelo Direito Civil foi substituído pelo princípio da função social, e, também, ousa-se acrescentar o princípio da boa-fé objetiva. Ambos, campos de atuação Direito Público, razão pela qual a dicotomia entre o Público e o Privado não é impeditivo para que, em matéria de contrato, o Público e o Privado caminhem juntos, observando-se, por óbvio, as peculiaridades de cada modelo contratual e os demais princípios atinentes a ele.

A propósito, Michelle Giorgianni²⁷¹ já alertou que a dicotomia entre o Público e Privado não é adotada em todos os ordenamentos jurídicos como no caso do direito inglês, que desconhece essa distinção, pelo menos do modo como é entendida no direito continental.

Acrescenta, também, que era justamente o individualismo do Direito Privado que sustentava a dicotomia entre as instituições do Direito Público e do Direito Privado. O “individualismo” do Direito Privado tinha como reflexo uma qualificação acentuadamente subjetivista. Em outros termos, a função do Direito Privado não era aquela de disciplinar algumas atividades da vida econômica e familiar da sociedade, mas a vida dos indivíduos em geral. Tinha-se, nessa época, o direito subjetivo como senhoria da vontade, a propriedade como senhoria sobre a coisa, o negócio jurídico como declaração de vontade.²⁷²

É de se concluir que “o Direito Privado, que se revelou no século XVIII como a fechada fortaleza da atividade do indivíduo e o conjunto de sua defesa sobre o terreno da economia, perdeu essa fisionomia, que lhe tinha sido atribuída pela filosofia jusnaturalista, para adquirir (ou talvez readquirir) aquela de conjunto de normas e de princípios que disciplinam determinadas atividades idôneas para satisfazer os interesses dos indivíduos e dos grupos organizados”.²⁷³

Acrescenta, ainda, Michelle Giorgianni:²⁷⁴

²⁷⁰ BACELLAR FILHO, 2004, p. 276 et. seq.

²⁷¹ GIORGIANNI, 1998, p. 40.

²⁷² GIORGIANNI, op. cit., p. 42.

²⁷³ Ibid., p. 44.

²⁷⁴ Ibid., loc. cit.

A posição e a defesa dos indivíduos e dos grupos no seio da sociedade estatal são agora confiadas a instrumentos que escapam do campo do Direito Privado, pertencendo decididamente ao Direito Público. Temos a impressão de que, ao avaliar as alteradas relações entre Direito Público e Direito Privado, não se levou em devida consideração o processo descrito, que tinha subtraído ao Direito Privado qualquer caráter, por assim dizer, “constitucional”, e qualquer significado “individualista” ou “subjetivista”. Esse processo, contudo, encontra-se provavelmente na base da crise dos critérios distintivos entre os dois ramos do direito.

Os primeiros sinais de alarme a esse propósito demonstraram-se por ocasião das limitações na economia, pelo dirigismo contratual, durante a Primeira Grande Guerra Mundial, reforçadas cada vez mais à medida que as limitações à atividade econômica eram acentuadas e o Estado assumia o papel de regulador da ordem econômica.

Afirma Michele Giorgianni²⁷⁵, ainda, em relação à disciplina da publicização ou socialização do Direito Privado: “Quando, portanto, se quer avaliar o sentido daquelas limitações impostas à atividade econômica privada, deve-se levar em conta que elas não são expressão de uma superestrutura do sistema liberal, mas constituem, ao revés, a estrutura íntima do novo sistema econômico, que pretende se valer dos instrumentos da iniciativa econômico-privada e pública para fins de bem-estar geral”.

Em nota de rodapé, Michelle Giorgianni adverte que: “Desde 1891, na sua aula magistral napolitana, Gianturco sustentava ‘que o princípio de livre vontade das partes fosse temperado pela idéia social do Estado’”.²⁷⁶

Como visto, a deficiência da *summa divisio* decorreu eminentemente do afastamento da idéia de que o interesse coletivo constituía uma nota exclusiva do Direito Público e de que a expropriação por utilidade pública “tenha sido estendida sensivelmente também à hipótese em que o bem sirva a uma empresa particular”.²⁷⁷

Outras situações que estabelecem a interdisciplinaridade do Direito Público e do Direito Privado são reveladas por Michelle Giorgianni:^{278 279}

²⁷⁵ Ibid., p. 47.

²⁷⁶ Ibid., p. 49.

²⁷⁷ GIORGIANNI, 1998, p. 51.

²⁷⁸ Ibid., loc. cit.

²⁷⁹ Ibid., p. 52 et. seq. “Mas o campo certamente mais fértil revelou-se na atividade comercial ou empresarial do ínfimo número de empresas geridas exclusivamente com critérios publicistas, das quais o Estado extraía recursos financeiros que a ciência das finanças definia de Direito Público (por exemplo, as tarifas ferroviárias eram classificadas entre as “taxas”), assistimos

A submissão da atividade da administração pública ao Direito Privado ao assumir múltiplas expressões, seja no campo da atividade lícita, seja naquele da atividade ilícita. Para começar por esta última, é conhecido o caminho pelo qual da quase absoluta responsabilidade chegou-se à responsabilidade da administração pública, com a aplicação relativamente explícita dos princípios que regulam a responsabilidade dos particulares, ou seja, daqueles da culpa e do risco e com o abandono, relativamente explícito do princípio da insindicabilidade do comportamento da administração pública. Passando ao primeiro campo, pode-se inicialmente observar como já se utiliza sem freio algum o instrumento do “contrato” em muitas situações que antes eram enquadradas na “concessão”. Fez-se mais clara, além disso, a consciência de que a especial regulamentação publicista (lei de contabilidade) não impede a aplicação do Direito Privado como direito geral, dado que o ente público, entrando em relações contratuais, abandona a sua posição de supremacia e assume aquela de paridade, própria das relações privatísticas. São conhecidas as conseqüências dessa evolução no campo da conclusão dos contratos, no campo da responsabilidade por inadimplemento e no enriquecimento indevido, enquanto é possível observar a tendência a restringir a legitimidade do recurso à autotutela nas relações de Direito Privado. Restam ainda zonas de resistência entre as quais se podem lembrar a inaplicabilidade do art. 2.932 (execução em forma específica da obrigação de transferir), os arts. 1.341, 1.342 (cláusulas predispostas), do art. 1.337 (responsabilidade pré-contratual), mas pode-se facilmente prever que algumas delas, se não todas, cairão pouco a pouco.

Adverte, ainda, Romeu Bacellar Filho,²⁸⁰ que “se o Direito Administrativo, expoente do Direito Público, e o Direito Civil, expoente do Direito Privado, fincam raízes no Direito Constitucional, não é possível

rapidamente ao multiplicar-se de empresas geridas pelo Estado e pelas Prefeituras com critérios da economia concorrencial; ao multiplicar-se de entes públicos que têm como único fim o de exercer a atividade empresarial em regime de concorrência; e, por fim, à “participação” do Estado ou de entes públicos nas sociedades de capitais. Deste fenômeno – que, principalmente nos anos mais recentes, atraiu largamente a atenção da doutrina – deve aqui ser assinalado exclusivamente o aspecto que diz respeito ao tema que estamos examinando, ou seja, aquele relativo à pertinência da descrita atividade ao Direito Privado. A tendência que se pode inferir da jurisprudência e da doutrina mais respeitáveis é a que distingue a “organização” do ente ou da empresa pública em relação à sua atividade, digamos assim, externa. Tal distinção é dada, quase plasticamente, pela conhecidíssima jurisprudência que se formou em tema de relação de trabalho dos dependentes dos entes públicos econômicos. Esta distinção entre atividade interna submetida ao Direito Administrativo e a atividade externa, submetida ao Direito Privado supera, com vantagem, o velho critério fundado na “finalidade” perseguida pelo ente público. Até mesmo o “escopo de lucro” que fornecia um critério distintivo entre empresa pública e empresa particular, revela-se hoje incongruente, porque por um lado, ele começa a perder a sua importância de critério fisionômico da atividade empresarial privada e, por outro, ele não é tido como incompatível com as finalidades, pelo menos com aquelas imediatas, do ente público. Esse progressivo obscurecimento da “finalidade”, como elemento de distinção entre o que é público e o que é privado, é bem visível, aliás, em outras manifestações. Assim, no problema da individualização do ente público, a doutrina italiana percebeu bem cedo, que o critério distintivo em relação ao ente privado é baseado somente sobre o elemento da organização e não sobre aquele da atividade ou da finalidade. No terreno dos bens, foi evidenciado recentemente que o fim para o qual eles são destinados não constitui critério idôneo para distinguir os bens privados daqueles públicos, já que o interesse público pode muito bem ser perseguido imediatamente através de bens pertencentes a particulares. Nota-se, além disso, uma verdadeira mudança do conceito de “serviço público”.

²⁸⁰ BACELLAR FILHO, 2004, p. 27.

compreendê-los isoladamente”. Principalmente, não é possível compreender a dicotomia do próprio Direito.

Como visto, o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo trata de endereçar a atividade administrativa ao espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali constantes. Os valores insertos na Constituição são de primordial importância para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mas isso não basta para produzir um Estado democrático ou a realização dos valores desejados. A transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas.

Alerta Marçal Justen que o enfoque constitucional requerido consiste em submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais, a exemplo do que ocorreu com o Direito Civil.

A supremacia da Constituição não é mero elemento do discurso político. Segundo MARÇAL, ela deve constituir o núcleo da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar soluções administrativas opacas e destituídas de transparência, como ocorre nas situações de “*discricionariedade administrativa*”, “*conveniência e oportunidade*” e “*interesse público*”. Tais fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática²⁸¹.

Conforme mencionado no capítulo anterior, é costumeiro afirmar que o direito administrativo se fundamenta nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Mas a leitura do passado e do presente evidencia que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público têm sido invocadas para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática. É necessário, por isso, encontrar solução mais satisfatória e mais adequada em face da Constituição de 1988, uma vez que “o núcleo do direito administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais”.²⁸²

²⁸¹ JUSTEN FILHO, 2005, p. 14.

²⁸² JUSTEN FILHO, op.cit, p. 46.

Nesse contexto, a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado não serve para impedir a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos.

Ao se estabelecer ao contrato privado uma finalidade social, aproxima-se ainda mais os dois ramos do Direito, demonstrando que o ordenamento jurídico brasileiro compõe um sistema unitário, ressaltando a interdisciplinaridade do Direito.

6.2.

O contrato administrativo à luz da Constituição da República e a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva

Inicialmente, resgata-se o entendimento já exposto anteriormente a respeito da supremacia da Constituição República, destacando-se o princípio da solidariedade social, representado pela boa-fé objetiva, nas relações contratuais contemporâneas.

Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho²⁸³, adverte:

A supremacia da Constituição sobre todas as normas impõe que o processo de produção legislativa e interpretação a todas as searas do Direito seja levado a cabo conforme os princípios constitucionais. O autor ainda cita Clèmerson MERLIN CLÈVE (A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 27), “a compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.

Em ato contínuo, acrescenta o autor que não é nenhuma novidade que todo o direito infraconstitucional deve ser interpretado segundo a Carta Magna, de forma que o Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, tem competência, para não só declarar a inconstitucionalidade das leis que conflitam com os comandos constitucionais, mas também para fixar a interpretação

²⁸³ BACELLAR FILHO, op. cit, p. 22.

consoante a Constituição. Portanto, a “compatibilidade entre direito infraconstitucional e constitucional deve ser formal e material”.²⁸⁴

Romeu Bacellar Filho,²⁸⁵ cita Luís Roberto Barroso:

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma óptica constitucional.

Como se observou nos capítulos anteriores, a jurisprudência, por mais que não se apóie abertamente no conceito de boa-fé, utiliza reincidentemente a noção do princípio da boa-fé objetiva para sancionar as ações desleais ou contrárias à equidade resultantes das contratações em geral.

O próprio artigo 54 da Lei 8.666/93 está a se referir ao Direito Privado, mesmo que supletivamente: “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Por outro lado, Cretella Júnior²⁸⁶ ensina que se aplicam aos contratos administrativos, tanto normas de Direito Público como de Direito Privado, porém as últimas se aplicam supletivamente às regras do Direito Público, complementando-as, desde que não conflitem com o fim supremo da Administração, que é a realização do bem comum.

Acrescenta o autor, ser pacífico que nos contratos administrativos, feitos para a coletividade, não devem ser interpretadas tais cláusulas contra a própria coletividade, para se atender aos direitos individuais do particular contratante.

Wallace Martins Junior²⁸⁷, nesse diapasão, que o emprego do regime jurídico privado pela Administração Pública é justificado pela necessidade de satisfação do bem comum, o que proporciona o estabelecimento de um regime

²⁸⁴ Ibid., loc.cit.

²⁸⁵ Ibid., p. 25.

²⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 249.

²⁸⁷ Ibid., p. 24.

jurídico híbrido para certas e determinadas relações jurídicas da Administração Pública, cuja estrutura combina normas de direito público e privado.

Indaga-se, assim, se aos contratos privados foi imposto o dever de obediência ao princípio da boa-fé objetiva, com toda certeza aos contratos administrativos, o mesmo dever foi imposto, em absoluta conformidade com a finalidade social, ou seja, se o contrato privado, que por excelência durante muito tempo simbolizou os interesses individuais e patrimonialista do particular, ao impor pelo Código Civil a limitação da liberdade contratual a funcionalização do contrato, com observância à probidade e à boa-fé, o que se dirá do contrato administrativo, que na sua essência é a finalidade social! A própria jurisprudência já está demonstrando a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo seus valores podem ser extraídos dos julgados.

Egon Bockmann Moreira, ao discursar sobre a Lei que trata do processo administrativo federal, revela a importância do princípio da moralidade atinente à Administração Pública, pois não só a ela se interpõe, mas também para os particulares quando se relacionam com o Poder Público.²⁸⁸

DI PIETRO, citada por Egon Bockmann, afirma que não é preciso penetrar na intenção do agente, porque o próprio objeto resulta a imoralidade, que ²⁸⁹ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições.

No Recurso Especial Nº 524.811 - Ce (2003/0042093-7), que são recorrente e recorrido, respectivamente a Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária – INFRAERO e Luciano Cavalcante Administradora De Imóveis S/C Ltda Relatório, depreende a aplicação do princípio da boa-fé objetiva também nos contratos administrativos, cuja relatoria do recurso coube a Exma. Ministra Eliana Calmon. Trata-se de recurso especial que versa sobre a responsabilização da INFRAERO pela equação econômico-financeira do contrato de concessão. A relatora opinou pelo afastamento do princípio da boa-fé objetiva em razão do dever de licitar.²⁹⁰

²⁸⁸ MOREIRA, 2003, p. 96.

²⁸⁹ Ibid., p. 97.

²⁹⁰ Dispõe quanto ao mérito a Ministra Eliana Calmon, que dois são os principais aspectos que se podem extrair para análise a partir da argumentação da recorrente: 1º) equivocou-se o Tribunal ao considerar mais importantes para o deslinde da controvérsia princípios como a boa fé e a

O Ministro Franciulli Netto²⁹¹ acompanha o voto da relatora, porém, adverte:

preservação do equilíbrio econômico-financeiro em detrimento de um outro princípio, este basilar ao direito administrativo – indispensabilidade da licitação para o Poder Público adquirir, alienar ou locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o qual tem assento constitucional (art. 37, XXI, da CF/88) e infraconstitucional (art. 2º da Lei 8.666/93); e 2º) equivocou-se, mais uma vez, ao entender que, além da transferência para a nova área, a recorrente estava obrigada a prorrogar o contrato, de 01.07.98 a 30.06.2001, quando, na verdade, deveria ter buscado sua fixação no montante dos prejuízos suportados e, efetivamente, demonstrados, havendo, portanto, afronta ao princípio da supremacia do interesse público. [...] Entretanto, não é o caso de se julgar totalmente improcedentes os pedidos. [...] Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial.

²⁹¹ O Exmo. Ministro Franciulli Netto pediu vista e redigiu o seu voto no seguinte sentido de que não pairam argumentos eloqüentes, data vênua, para explicar o que levaria uma concorrente, a qual oferece em certame uma proposta para uma concessão de 3 (três) anos, a aceitar um contrato de apenas 8 (oito) meses e 19 (dezenove) dias, após um série de investimentos. À evidência, somente a criação de uma legítima expectativa de prorrogação do contrato de concessão teria a virtude de ensejar a aceitação das condições contratuais e de prazo estipuladas pela INFRAERO. [...] Se a prorrogação não é uma conseqüência automática e inerente à celebração de um contrato de concessão, salvo na hipótese do artigo 79, §5.º, da Lei n. 8.666/93, de modo que se sujeita à conveniência e discricionariedade da administração pública, não é por essas razões que o ente público está autorizado a inculcar legítimas expectativas de sua efetiva ocorrência. Alerta o Ministro que, embora, a INFRAERO detivesse plenas possibilidades de unilateralmente não prorrogar o contrato de concessão, sob a proeminência do interesse público, corporificado pela conveniência e discricionariedade, não poderia infundir na recorrida a legítima expectativa de prorrogar por mais 3 (três) anos tão-somente para que aquela aceitasse a celebração do contrato por 8 (oito) meses e 19 (dias). [...] Acompanho a eminente Ministra Eliana Calmon e dou parcial provimento ao recurso especial, com o escopo de restringir o limite temporal de indenização ao lapso temporal entre 07.02.1998 a 30.06.1998, a ser calculado de acordo com o faturamento médio verificado no período anterior à inauguração do novo terminal de passageiros, apurado em liquidação. [...] A supremacia do interesse público, conquanto invariavelmente presente em contratos dessa magnitude, não socorre a administração pública em práticas destoantes do princípio da boa-fé objetiva, plenamente aplicável mutatis mutandis aos contratos administrativos, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello: ‘Gordillo, o eminente mestre platino a sabendas averbou: “Se dice así que los contractos administrativos son esencialmente de buena fe, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista’. Em suma: a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para a satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo. O particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Desde que atenda como deve, incumbe ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser entendida com significado real e não apenas nominal. [...]” Deve-se sublinhar que a delegação do serviço público mediante contrato de concessão, deve ser norteada, como já ressaltado, por determinados princípios, e aqui, realço o da boa-fé. Trata-se de princípio essencial ao instituto da concessão, derivando dele a obrigação de se ter uma equação econômico-financeira equilibrada para as partes da avença, de sorte a assegurar uma correta equivalência entre os encargos e benefícios assegurados da entidade concedente à concessionária. Por certo, não se encontra presente na relação jurídica firmada entre a Apelante/INFRAERO e a Apelada a necessária boa-fé, tendo em vista os fatos narrados e os documentos colacionados aos autos, principalmente, se acaso considerado que os cálculos efetivados pela Apelada levavam em conta um contrato de três anos, onde haveria o retorno dos valores financeiros empregados” [...] Sob outra perspectiva, constata-se que a solução eventualmente mais ponderada seria o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro pelo período de 07.02.1998 a 30.06.1998 – conforme pontificou a ilustre Ministra Eliana Calmon –; acrescidos, todavia, de um valor cujo parâmetro seria a cláusula penal, em virtude da quebra do princípio da boa-fé objetiva e dos prejuízos sofridos. [...] Verifica-se que, além dos danos

Deve-se sublinhar que a delegação do serviço público mediante contrato de concessão, deve ser norteada, como já ressaltado, por determinados princípios, e aqui, realço o da boa-fé. Trata-se de princípio essencial ao instituto da concessão, derivando dele a obrigação de se ter uma equação econômico-financeira equilibrada para as partes da avença, de sorte a assegurar uma correta equivalência entre os encargos e benefícios assegurados da entidade concedente à concessionária.

Outro julgado de fundamental importância para o deslinde da problemática da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos foi o apresentado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - AC Nº 321508 - RN (2000.84.00.005628-7), também envolvendo a INFRAERO, cuja relatoria ficou a encargo do Desembargador Federal Edilson Nobre²⁹², cuja ementa se transcreve:

decorrentes da quebra da equação econômico-financeira, a recorrida ainda sofreu outros tantos decorrentes dos investimentos realizados e da não-observância da boa-fé objetiva, o que implica reconhecer que a recomposição do equilíbrio financeiro, mediante o critério de cálculo estabelecido pela ilustre Ministra Relatora, terá virtude de abranger de forma razoável o montante desses prejuízos.

²⁹² Não se conformando com a v. sentença de fls. 206-207, a qual julgou parcialmente procedente pedido formulado em detrimento da **EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA – INFRAERO**, apela **MARIA DE FÁTIMA SANTIAGO MOROSINO LOPES – ME**, postulando, com fundamento no princípio que impõe tratamento igualitário entre os administrados, seja liberada a venda de bebidas alcoólicas, além dos produtos associados à venda de café expresso. A Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero também apelou, salientando: a) o princípio da força obrigatória dos contratos impõe que a execução deste haverá de ater-se ao respectivo objeto contratual, de modo que a área cedida à autora fora para a comercialização de café expresso, não podendo aquela comercializar bebidas alcoólicas, sucos diversos, doces, balas, cartões telefônicos, dentre outros; b) a atitude da recorrente desfigura o objeto contratual descrito quando do respectivo processo licitatório. Não foram apresentadas contra-razões. É o relatório. A autora habilitou-se, com êxito, a procedimento licitatório, instaurado para a formalização de concessão de uso de área sita no Aeroporto Internacional Augusto Severo, cujo objeto seria a exploração comercial de café expresso. Na execução da avença entendeu a Administração que a autora deveria restringir a sua atividade unicamente à comercialização de café, não podendo negociar produtos acessórios não compreendidos no objeto contratual, tais como bebidas alcoólicas, doces, balas, sucos, entre outros. Penso que a exigência é descabida. O legislador, ao disciplinar o tema dos contratos administrativos, usou de sabedoria, tanto que inseriu no art. 54, caput, parte final, da Lei 8.666/93, a providencial advertência sobre a aplicação supletiva dos “princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” Não poderia, assim, o direito administrativo, de recente formulação científica, desprezar por completo a larga experiência obrigacional privada. Daí que um artigo essencial, para fins de compreensão de dito contrato, é o art. 113 do atual Código Civil, a proclamar: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. No que toca tanto à boa-fé quanto aos usos e costumes, de notar-se que estes possuem um componente integrativo da vontade contratual, adicionando efeitos que esta não previra originariamente, mas que não lhe são incompatíveis. Essa característica não é alheia a outros ordenamentos, verificando-se com os Códigos Civis da Espanha (art. 1.258)1 e Portugal (art. 239o)2. No exemplo espanhol, colhe-se lúcido escólio de **DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO** (La buena fe – El principio general en el derecho civil. Madri: Editorial Montecorvo, 1984, p. 257), para quem a função integradora vai mais além, permitindo que o juiz corrija disposições do estatuto da relação jurídica que sejam notoriamente improcedentes ou injustas. Transcrevo parte da exposição da autora: “... o juiz poderá proceder à integração do estatuto, integração que, neste caso, não consiste em completar, mas sim em corrigir; não se incorpora uma nova norma, baseada no princípio da boa-fé, mas se corrige uma norma que atenta contra este princípio básico na regulação da relação jurídica”. (“el juez podrá proceder a la integración del estatuto, integración que en este caso no

APELAÇÕES. EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. NÃO DESFIGURAÇÃO DO OBJETO PACTUADO. I – À interpretação dos contratos administrativos não é estranha a incidência dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, nos termos do art. 54 da Lei 8.666/93, de sorte a não poder ser desprezado o art. 113 do novo Código Civil, o qual determina a observância da boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração. II – O art. 113 do Código Civil dota a boa-fé e o costume de eficácia integradora da vontade contratual, permitindo que esta seja completada no curso da execução do ajuste. Por essa razão, inconcebível que a Administração, em contrato de concessão de uso de área em aeroporto, destinado à comercialização de café expresso, impeça a exposição à venda, além do café propriamente dito, de bebidas, alcoólicas ou não, e outros alimentos que, segundo os usos do lugar, guardem pertinência com o destino do estabelecimento. III – Provimento da apelação da autora. Improvimento da apelação da ré. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, **DECIDE** a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da autora e negar provimento à apelação da ré, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Recife, 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

A imposição do princípio da boa-fé objetiva na análise e julgamento das lides, que versam sobre contratos administrativos, é necessária, em razão de que, mais do que qualquer outra relação contratual, a contratação com a Administração Pública deve se pautar sempre com os valores tais como: confiança, honestidade, equidade, transparência, entre outros.

consiste en completar, sino en corregir; no se incorpora una norma nueva, basada en el principio de buena fe, sino que se corrige una norma que atenta contra este principio básico en la regulación de la relación jurídica”, loc. cit., p. 258). Dessa maneira, quando a cláusula definidora do objeto contratual faz alusão à café expresso, tal não exclui a venda de produtos que, tradicionalmente, no Brasil e no exterior (até porque está o estabelecimento situado em aeroporto que, na atualidade, recebe um forte influxo de passageiros oriundos da Europa), costumam acompanhar o hábito de tomar café. Seria um rematado absurdo, para não dizer vergonhoso, que empregados da autora se escusarem de fornecer a cidadão de nacionalidade francesa ou italiana um licor, aperitivo de bom gosto para o acompanhamento de café, sob a alegação consistente na interpretação administrativa sobre o modo de cumprimento de dito contrato. Assim, a venda de aperitivos (licores e conhaques) e guloseimas adequadas ao acompanhamento do consumo de café há de reputar-se, por força do art. 113 do Código Civil, inserida no objeto de dito contrato. E não é só. Outros objetos, tais como cartões telefônicos, refrigerantes, sucos etc., não se encontram vedados de serem comercializados pela autora. Seria desconhecer os costumes negociais praticados nos aeroportos situados no território nacional. Prova insofismável de que tal prática está sensivelmente arraigada nos estabelecimentos da espécie, ainda que de diminutas proporções, reside no significado vernacular do verbete cafeteria, conforme se vê abaixo: “Local público especializado em servir cafés e por vezes outras bebidas, e eventualmente também alimentos que se podem comer rapidamente ou pratos leves”.(HOUAISS, A. et all. **Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Ed.Objetiva, 2001. CD-ROM) Com base nessa motivação, penso que o recurso da autora deve ser provido, a fim de que possa continuar a venda dos produtos que realizava antes de ser importunada pela Administração. Igualmente, a mesma fundamentação serve para rejeitar o recurso da ré, porquanto não vislumbro gravosa violação ao objeto do contrato. **VOTO** pelo provimento do apelo da autora, a fim de julgar integralmente procedente o pedido contido à inicial. Quanto à apelação da ré, **VOTO** pelo seu improvimento.

Notícia Renato Cella²⁹³, que causou perplexidade a determinação do Poder Executivo do Estado do Paraná para que a revisão de tarifa de pedágio das rodovias do Estado não fosse levada a efeito, majorando-se as tarifas, pois faltavam poucos dias para a reeleição do então governador do Estado, o que fez com que o Poder Judiciário eximisse a concessionária de realizar obras de duplicação de trechos das rodovia. Na mesma época, o Estado do Paraná amargava uma vultosa indenização por conta da rescisão de contrato a que ficou prejudicada a empreiteira responsável pela construção da Usina Hidrelétrica de Segredo, inclusive a fila de precatórios requisitórios está paralisada no Estado do Paraná há anos, devido o valor imposto à indenização, pois não há provisão orçamentária suficiente para honrar esse compromisso. Outra lide foi julgada, recentemente, com o atual governo, que, logo após a investidura no cargo, determinou a revisão de todos os contratos administrativos com suspensão dos pagamentos até que o estudo fosse concluído.

Conforme visto, a conduta da Administração Pública gera justificável desconfiança.²⁹⁴ À relação contratual, assim como foi apresentada, não pode se justificar princípio da supremacia do interesse público, visto que os interesses apresentados não correspondem com a finalidade pública. Em consequência, a equação do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser restabelecida.

Diante da necessidade de equilibrar a relação contratual administrativa, aplicar-se-á o princípio da boa-fé e seus derivados dentre eles, a princípio, a equidade.

Corroborando nesse sentido, os ensinamentos de Paulo Nalin²⁹⁵ que adverte:

Inegável, por exemplo, variando de ramo jurídico, a aplicação da confiança aos contratos públicos, tanto que, presente no vigente sistema legal de contratação com a administração pública uma cláusula de equilíbrio-econômico financeiro, que se antes visa a preservar o equilíbrio da avença de longa duração, realizando o princípio de justiça contratual antes visto (equidade), não deixa de também tutelar a expectativa contratual econômica daquele que se envolve com o Estado, ou seja, da confiança contratual depositada no Estado e no contrato. Essas considerações revelam, sobretudo, a última, enfim, um núcleo principiológico donde emergem os demais princípios formadores da teoria contratual contemporânea.

²⁹³ CELLA, 2004, p. 10 passim.

²⁹⁴ O desrespeito pela Administração Pública deve ser encarado como ato temerário gerador de responsabilização civil direta à pessoa do administrador.

²⁹⁵ NALIN, 2001, p. 155.

Consoante mencionado, a alteração contratual não pode ser considerada uma prerrogativa, mas um poder dever da Administração Pública. Estando-se diante de uma situação em que se faz necessária a utilização das prerrogativas; a autoridade administrativa está obrigada a assim agir, de forma a perseguir o objetivo do Estado: o bem comum. As prerrogativas não advêm do poder discricionário, mas sim do poder vinculado. Há que se comprovar a necessidade da alteração do contrato ou sua rescisão. O princípio da boa-fé poderá rever as prerrogativas, já que segundo Celso Bandeira de Mello, até mesmo o ato discricionário é passível de revisão por parte do Poder Judiciário.

Edílson Pereira Nobre Junior²⁹⁶ afirma que:

[...] é fato incontestado que o direito civil, o mais antigo dos ramos do direito, revela o caráter de *ius commune*. Prova disso está calcada no fato de que os movimentos tendentes às grandes codificações, as quais gravitaram ao redor do direito civil, visavam a fazer residir nessa, a unidade do ordenamento jurídico. Daí surgiram, na legislação civil codificada, ou junto a esta, disposições preliminares, ou leis de introdução, cujos objetos de investigação se expandiam além do direito civil, abordando institutos comuns ao direito positivo com um todo. Isso sem contar com a previsão de partes gerais, traçando conceitos de inegável relevância para os demais ramos jurídicos, como as noções relativas ao sujeito e objeto do direito e ao ato jurídico.

Assume, por conseguinte, Edílson Nobre Junior a posição de que, a partir disso, advém a plena aplicabilidade dos princípios e regras gerais contidas no Código Civil ao direito público, principalmente quando se concebe o sistema jurídico como uma unidade ordenada.²⁹⁷

Alega o autor que a imposição da boa-fé ao Direito Administrativo como princípio, advém de sua qualidade de princípio geral do direito, que não se contém nos limites do Direito Civil. Informa, ainda, que o próprio Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, ao formular os princípios de direito administrativo teve a devida cautela de prever, dentre eles, o da boa-fé e o da proteção à confiança legítima.

Como se pode observar, tal como os demais princípios gerais do direito, a aceitação do princípio da boa-fé na seara administrativa advém do trabalho doutrinário e jurisprudencial pela previsão expressa ou tácita das normas constitucionais.

²⁹⁶ NOBRE JUNIOR, 2002, p. 138 et. seq.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 139.

Edílson Nobre Junior,²⁹⁸ ainda destaca que “há que se notar a forte influência ostentada pela boa-fé, ao servir de suporte para o arcabouço principiológico da função administrativa. É indubitosa a Constituição de 1988 não erigi-la, às expressas, ao nível de princípio cardeal da Administração Pública.”

Na prática, verifica-se que a atuação da boa-fé nos contratos administrativos se manifesta não somente durante a correspondente fase executória, mas antes desta, ou seja, no período de sua formação.²⁹⁹

A boa-fé se faz ensejar na fase pré-contratual, porquanto a Administração Pública não é livre para escolher com quem deseja contratar; antes é necessário proceder ao processo licitatório para só então, após análise minuciosa dos documentos apresentados e do julgamento da melhor proposta, poder a autoridade administrativa ter ciência com quem irá contratar, tudo isso, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Adverte Edílson Nobre Junior³⁰⁰, que ao se instaurar e durante o procedimento licitatório encontra-se a Administração, quer por força do art. 37, caput, da Lei Fundamental, quer em virtude do art. 3º, caput, da Lei 8666/93, forçosamente submetida ao respeito à moralidade administrativa, tanto que a conduta moralmente reprovável acarretará, sem dúvida nenhuma, a nulidade do procedimento.

Outra hipótese de aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, condiz com a possibilidade de a Administração Pública após a seleção do pretense contratante, recusar formalizar o contrato, sem justificativa plausível. Observa-se, que desde o momento da aquisição do edital e a consecutiva inscrição no processo licitatório, surge para o interessado a esperança de vir a contratar com

²⁹⁸ Ibid., p. 156.

²⁹⁹ “Os contratos celebrados pela Administração são guiados pela bússola da boa-fé, a qual se manifesta tanto durante a sua execução quanto perante a fase pré-contratual. Nesta, o cânon reclama comportamento leal e honesto durante o procedimento de seleção do contratante. E não é só. Não se ouvida a hipótese de responsabilidade patrimonial da Administração, calcada no art. 49 da Lei 8.666/93, pela frustração da confiança do particular mediante a recusa injusta em formalizar o contrato, uma vez completado o item destinado à escolha da proposta mais satisfatória. Durante o cumprimento da avenca, a obrigação imposta ao Poder Público de proceder de boa-fé pode ser verificada nos seguintes pontos: a) no resguardo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, impedindo o seu enriquecimento às custas do contratado; b) no impedimento a que a Administração utilize de forma abusiva a sua prerrogativa de rescindir unilateralmente o ajuste; c) no respaldo ao encargo do ente público em efetuar a quitação das prestações, efetivamente realizadas pelo administrado, nos contratos fulminados de invalidação”. (NOBRE JUNIOR, 2002, p. 310 et. seq.)

³⁰⁰ Ibid., p. 209.

a Administração Pública. Pior fica, quando a seleção já se deu, com o anúncio da proposta vencedora.

A Administração, ao frustrar a contratação sem motivo justo, age em desacordo com o princípio da boa-fé objetiva. Por isso, o legislador infraconstitucional adotou a norma art. 49 da Lei 8.666/93, que permite a revogação da licitação somente em razão de interesse público, emanada de fato superveniente devidamente comprovado, caso contrário, responderá a Administração.

A recusa injusta em formalizar o contrato alcançou sentida repercussão com a decisão da Corte de Cassação (Sezione unite) nº 93, de 11 de janeiro de 1977, que afirmou que: ‘A responsabilidade pré-contratual da administração pública é demonstrável no caso, no qual os órgãos do ente público tenham suscitado no particular uma razoável confiança, em seguida frustrada, na conclusão do contrato, violando o dever de boa-fé imposto às partes pelo art. 1337 do c.c.’³⁰¹

O princípio da boa-fé objetiva deve ser observado na fase executória do contrato administrativo, a exemplo do que ocorre nos contratos privados. A obrigatoriedade em manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato já se faz vislumbrar a presença do princípio da boa-fé objetiva como o norte para a resolução do problema.

Da mesma forma, o princípio da boa-fé também deve ser observado na rescisão unilateral do contrato administrativo, de modo a racionalizar as chamadas cláusulas exorbitantes, que são prerrogativas da Administração Pública na relação contratual, pois segundo Edílson Nobre Júnior, “não se nega, de forma alguma, a competência da Administração, tradicionalmente reconhecida sob a denominação de cláusulas exorbitantes, em determinar a rescisão unilateral dos contratos administrativos. Recomenda-se, ao revés, que seja procedida de maneira eqüitativa, pena de enfrentar a boa-fé”.³⁰²

³⁰¹ O julgado citado decorreu do fato de entre a Soc. S.a.m.a.r. e o órgão do Ministério da Defesa haver se estipulado uma comissão para a fabricação e experimento de uma determinada quantidade de espoletas. Depois de 2 (dois) anos, a Administração Pública comunica a sociedade empresarial que por razões de ordem técnica, o fornecimento não seria necessário. A Corte de Cassação advertiu que não se pode desconsiderar a responsabilidade da Administração Pública nas tratativas e nas relações com terceiros, tenha agido de forma contrária aos princípios da lealdade, da correção e da boa-fé, cuja observância pela Administração, não é contrária aos princípios gerais do direito (NOBRE JUNIOR, 2002, p. 213)

³⁰² NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 217.

Como visto, o equilíbrio nas relações contratuais contemporâneas tem preocupado o legislador. O Poder Constituinte deixou transparecer essa preocupação quando tratou de disciplinar como princípio atinente à Administração Pública, o princípio da moralidade³⁰³, o qual se mostra como impeditivo do enriquecimento sem causa pela Administração. Também demonstrou preocupação com o equilíbrio das relações contratuais, quando no art. 37, inciso XXI, aludiu a cláusulas destinadas a estabelecer obrigações de pagamento, com a manutenção das condições da proposta, nos contratos administrativos. Em relação às normas infraconstitucionais, existe previsão explícita na Lei 8.664/93 (arts. 58, §2º, e 65, II, d), e, no particular da concessão de serviço público, na Lei 8.987/95 (art. 9º, §§ 2º a 4º).³⁰⁴.

Lucia Valle Figueiredo, citada por Eneida Desiree Salgado, diz que o princípio da moralidade corresponde “ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os *standards* comportamentais ou a sociedade deseja e espera”.³⁰⁵

Também citado por Eneida Desiree Salgado, Juarez Freitas, diz que o princípio da moralidade administrativa “veda condutas eticamente inaceitáveis e exige o controle dos atos sob a luz dos valores, da lealdade e da boa-fé, com o afastamento das ações públicas imorais”.³⁰⁶

Eneida Desiree Salgado, ao tratar sobre o abuso do poder político e moralidade administrativa na Legislação Eleitoral disserta que o princípio da moralidade surge explicitamente com a Constituição da República, oportunidade em que se exige de todos os cidadãos uma atuação moral, baseada na boa-fé e na confiança.

Nota-se que é usual utilizar-se ora do princípio da moralidade, ora do princípio da boa-fé objetiva como forma de impor um comportamento ético.

Em relação ao princípio da boa-fé da objetiva, em razão de estar se propondo um padrão de comportamento de ressaltar valores tais como: lealdade,

³⁰³ Outro reflexo o princípio da moralidade no trato da coisa pública foi a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000 que estabelece normas delineadoras das metas da Administração Pública, definindo a responsabilidade da gestão fiscal do administrador público, proibindo, destarte, a renúncia de receitas, o aumento irresponsável das despesas públicas, precipuamente no que pertine àquelas efetuadas com pessoal ativo e inativo, pensionistas e aposentados.

³⁰⁴ Ibid., p. 215.

³⁰⁵ Ibid., p. 227.

³⁰⁶ Ibid., p. 235.

solidariedade, honestidade, complementa, ainda, Edílson Nobre Junior³⁰⁷, que o referido princípio inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro em virtude dos princípios constitucionais da justiça social (art. 3º, I, e 170, caput, CF), da moralidade (art. 37, caput, CF), da proporcionalidade e razoabilidade (art. 5º, LIV, e §2º, CF) e da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). No plano infraconstitucional consignou-se o princípio da boa-fé objetiva no art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei 9.784/99, juntamente com os arts. 4º, III, e 51, IV, da Lei de Defesa do Consumidor.

Finalizando, destaca-se o posicionamento de Romeu Bacellar Filho³⁰⁸ que também afirma a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos:

Em atenção à repartição de competências legislativas, a aplicação subsidiária do Direito Civil aos contratos celebrados pela Administração Pública restringe-se aos princípios contratuais. Isto porque como a União dispõe de competência privativa para disciplinar tão-somente as “normas gerais” de contratação da Administração Pública (22, inc. XXVII), a incidência do Código Civil, legislação elaborada pela União, restringir-se-á às normas de caráter principiológico (que são notadamente normas gerais). É verdade também que muitos princípios foram alocados tradicionalmente no campo do Direito Civil, porque este foi o ramo do Direito Privado que primeiro se desenvolveu, além de ter sido o berço da noção de contrato. Por essa razão, há princípios contratuais pertencentes à teoria geral do Direito que receberão um colorido diferente seja quando incidam em relações jurídicas mais fortemente reguladas pelo Direito Civil ou pelo Direito Administrativo.

Segundo Egon Bockmann Moreira, é patente a obrigatoriedade do princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. Em seu livro *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, o autor descreve exemplificadamente situações sob as quais repousa mansamente o princípio da boa-fé objetiva, e por sua singular objetividade, ousa-se, transcrevê-las:

- a) interdição ao abuso do direito (excesso de prerrogativas legítimas);
- b) a proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas);
- c) proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida (a conduta contraditória é uma omissão);

³⁰⁷ Ibid., p. 218.

³⁰⁸ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 276.

- d) vedação à defesa de nulidades puramente formais (supervalorização da forma dos atos, em detrimento de seu conteúdo perfeito);
- e) inaplicação do *tu quoque* (não se pode, simultaneamente, violar normas e exigir de terceiros o seu cumprimento, pois somente a fidelidade jurídica pode exigir fidelidade jurídica);
- f) aplicação da máxima *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (negativa ao exercício inútil de direitos e deveres, sem respeito, consideração e efeitos práticos, de molde a não obter qualquer resultado proveitoso, mas causar dano considerável a terceiro);
- g) impossibilidade do *inciviliter agere* (condutas egocêntricas, brutais e cegas aos direitos de terceiros, violadoras da dignidade humana);
- h) dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação);
- i) lealdade no fator *tempo* (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados);
- j) respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que efetivamente o geraram);
- k) indevida utilização ou participação no processo (proibição de que Administração e particulares aproveitem-se da relação processual para atingir finalidade extraordinária, fraudulenta ou contrária ao objeto do processo – seja para causar dano a terceiro, seja para gerar ganho prescindível à satisfação do interesse público);
- l) dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, nem tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos);
- m) restrição às provas necessárias e atos inúteis à solução da questão processual;
- n) dever de colaboração recíproca das partes envolvidas a relação jurídico-processual, bem como de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia;
- o) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar sua resolução.³⁰⁹

No artigo “A Lei de Licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito”, o autor Egon Bockmann Moreira informa que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos é um retrato fiel da época da sua edição. Anterior à publicação da lei, o país amargurava seu futuro às vistas da epidemia de corrupção que se alastrou pela Administração Pública. Chegou-se, inclusive, declarar impedimento ao, então, Presidente da República. A busca por paradigmas éticos para a Administração Pública foi incessante, a ponto de culminar na publicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.³¹⁰³¹¹

³⁰⁹ Ibid, p. 108 e 109.

³¹⁰ MOREIRA, 2005, p. 2.

³¹¹ Nas palavras de Leila Cuéllar, a “Lei de Responsabilidade Fiscal pode ser definida como um código de conduta para os administradores públicos, que devem obedecer às normas e limites para administrar as finanças, prestando contas sobre quanto e como gastam os recursos da sociedade. [...] Trata-se, em suma de criar um novo regime baseado no equilíbrio intertemporal das contas públicas, na eficiência e transparência dos gastos”, o que vem a impor um comportamento ético.

A finalidade da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, diante do exposto, foi um recurso ao combate à corrupção, pois ao estabelecer rigores nas negociações tidas com a Administração Pública, obrigam a moralidade do contrato, bem como promove a concorrência entre as pessoas privadas, evitando assim a formação de cartel e contribuindo para a aquisição de bens e serviços, como também, a consecução de obras públicas com menor preço e maior qualidade.³¹²

Afirma o autor ainda que, da mesma forma que o princípio da boa-fé tornou-se o centro da matéria contratual, com a edição do atual Código Civil, o mesmo ocorrerá com o Direito Administrativo.³¹³³¹⁴

Conclui-se que o contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado, digno de ser tutelado pelo Poder Judiciário. O Poder Público deverá se orientar unicamente para a satisfação do interesse público, aquele designado primário, razão pela qual assistem a ele os poderes adequados para alcançá-lo. O particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas, o que se reporta à expressão equação econômico-financeira.

³¹² Ibid., p. 3.

³¹³ Ibid., p.5.

³¹⁴ O professor Egon Bockmann Moreira descreve dois julgados que enaltecem o princípio da boa-fé. O primeiro refere-se ao contrato firmado entre o Estado e estagiários, no qual o Estado se compromete a remunerá-los com quantia igual aos dos médicos residentes. O Superior Tribunal de Justiça afirmou que não pode no curso do contrato, o Estado romper esta igualdade em detrimento dos estagiários, alegando que os contratos administrativos não estão imunes aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico. O segundo julgado impõe à Administração Pública o dever de agir segundo o princípio da boa-fé Trata-se, portanto, de enaltecer a obediência ao padrão de comportamento exigido pelo princípio da boa-fé, aos particulares quando se relacionam com o Poder Público, quando se trata de denúncia espontânea em matéria tributária (MOREIRA, 2005, p. 110).

7

Conclusão: O respeito à Constituição da República na leitura do contrato administrativo

A dificuldade em aceitar o princípio da boa-fé objetiva como princípio inerente às relações contratuais, incluindo também neste rol, os contratos administrativos, deriva da idéia inicial, de que a eles são impostas prerrogativas, tais como a possibilidade de rescisão e alteração contratual, que por si só afastam a aplicação das normas do Direito Privado.

Observa-se que a boa-fé objetiva enquanto princípio estabelece um padrão de conduta aos contratantes, não admitindo comportamentos contrários à moral e aos bons costumes. A boa-fé objetiva institui na relação contratual um dever de cooperação mútua. Todas as informações necessárias para que a relação contratual se desenvolva dentro dos parâmetros de lisura e honestidade devem ser transmitidas. A relação contratual deverá inspirar confiança para os contratantes, contribuindo para a satisfação pessoal das partes. Enfim, a boa-fé objetiva impõe um padrão de conduta de homem reto e probo para quem deseja contratar, sendo que qualquer comportamento que contrarie as condições acima apresentadas, será considerado como ilegítimo, podendo o Poder Judiciário interferir na relação contratual para conformá-la aos parâmetros dispostos.

Não há razão para justificar o afastamento do princípio da boa-fé objetiva dos contratos administrativos, principalmente por se tratar de contratos administrativos, cujo objetivo primário é o bem comum. Repelir o princípio da boa-fé objetiva dos contratos administrativos seria admitir a prevalência da má-fé, o que é de todo impossível nas relações contratuais no âmbito do Direito Público, especialmente porque a Constituição da República prevê em seu art. 37, que a Administração Pública deverá obedecer aos princípios da moralidade, da eficiência e da legalidade.

A aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos irá depender, portanto, da concepção dos juristas a respeito do ordenamento jurídico e dos valores implícitos e explícitos na Constituição da República.

A idéia central é a de que o princípio da boa-fé objetiva, não obstante, estar expressamente disposto no atual Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, deles não é refém.

Primeiro, porque antes da edição do Código Civil e até mesmo do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva já era citada nos julgados para resolver as lides, embora não com essa denominação. O julgador ao fundamentar a decisão descrevia como a parte deveria proceder na consecução do contrato, impondo um padrão de comportamento de homem reto. De acordo com o mencionado, a boa-fé objetiva não é um princípio do Direito Civil tão-somente, é um princípio geral do Direito.

Segundo, porque o recurso à fonte principiológica é a forma encontrada pelos juristas para distribuir a justiça, tendo em vista as falhas e as insuficiências do processo legislativo. Negar o recurso à fonte principiológica seria admitir a completude do ordenamento jurídico, o que é inaceitável, haja vista a existência de lacunas, inclusive com previsão na Lei de Introdução ao Código Civil.

Terceiro, porque a boa-fé objetiva representa no âmbito contratual o princípio constitucional da solidariedade social. A Constituição Federal determinou no art. 170 que a ordem econômica deve respeito à dignidade da pessoa humana, razão pela qual as relações contratuais, sejam de Direito Público ou de Direito Privado, devem se pautar na justiça contratual, impondo-se por intermédio dela o respeito à boa-fé objetiva e aos contratos administrativos.

Quarto, porque o princípio da boa-fé objetiva também se encontra disciplinado na Lei 8.666/93, embora implicitamente. O princípio da boa-fé objetiva está implícito no art. 49 da Lei, quando impõe que a licitação poderá ser revogada por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta; no art. 50, quando proíbe a preterição da ordem classificatória do processo de licitação; no inciso I, do art. 58, quando autorizada a modificação unilateral do contrato, desde que respeitados os direitos do contratado; nos parágrafos 1º e 2º do art. 58 e §6º do art. 65, quando determina a manutenção do equilíbrio econômico-

financeiro do contrato administrativo; no parágrafo único do art. 59, quando impõe o dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada a nulidade do contrato administrativo; no art. 66, quando prevê que as partes devem cooperação mútua na consecução do contrato administrativo.

Quinto, porque a idéia de dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado, que negava a interdisciplinaridade do Direito, foi superada, pois ao contrato privado também se impõe uma finalidade social, a exemplo do que ocorre com o contrato administrativo. A Lei de Introdução ao Código Civil também descaracteriza a dicotomia e o afastamento do Direito Público do Direito Privado, posto ser aplicada a todos os ramos do Direito, apesar da denominação que recebeu. O Direito Civil se ocupa de matérias que eram disciplinadas única e exclusivamente pelo Direito Público. O Direito Público alberga institutos de Direito Privado, a exemplo, a responsabilidade objetiva do Estado.

Sexto, porque o princípio da supremacia do interesse público deve estar formalmente fundamentado e se assim proceder-se, também será tutelado pelo Direito Privado, porque ao contrato privado foi imposta uma função social.

Por outro lado, destaca-se que o artigo 54 da Lei 8.666/93 determina a aplicação ao menos que subsidiária das normas e princípios do Direito Civil.

Em relação às normas constitucionais tem-se que a supremacia da Constituição sobre todas as normas é inquestionável, devendo o processo de produção legislativa e interpretação de todas as searas do Direito, observar os princípios constitucionais.

A partir daí, tem-se que a Constituição Federal elencou como seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos.

A justiça contratual é um avanço na matéria de contratos, sejam eles de Direito Público ou de Direito Privado. As contratações no âmbito do Direito Público não podem ser a exceção à regra, as recentes decisões jurisprudências comprovam o alegado. A exemplo do que ocorre nas contratações interprivadas, a boa-fé nos contratos administrativos deve, também, ser observada desde a pré-contratualidade até a pós-contratualidade.

8

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**. Introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 3, p. 79-87. jan. 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O novo Código Civil e o Direito Administrativo**: temas polêmicos. Curitiba: PUCPR, 2004 (obra ainda não publicada).

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

_____. **Il declino dello stato**: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari: Dédalo, 1998.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contrato civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

_____. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Direitos do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. Os contratos no projeto de Código Civil. **Revista dos Tribunais**. Ano XXXV, n. 104. Out-dez/96.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Brasília: UNB, 1997.

CELLA, José Renato Gaziero. **Contrato administrativo: equilíbrio econômico-financeiro**. Curitiba: Juruá, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. **O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUÉLLAR, Leila, MOREIRA, Egon Bokmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo. Editora Saraiva, 1984. v. 3.

DURÃO, Pedro. **Convênios & consórcios administrativo: gestão, teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2004.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1983.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIÚZA, Ricardo. (Org.) **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 747. Jan-1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GUIMARÃES, Edgar. (Coord.) **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HORA NETO, João. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. n. 2. 2002.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista di Diritto Civile**. ano XLIII, n. 2, 1ª parte. 1997.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretacion econômica de los contratos: justicia contractual**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

LIMA VAZ, Henrique C. de. **Introdução à ética filosófica 1**. São Paulo: Loyola, 1999. (Escritos de filosofia)

_____. **Introdução à ética filosófica 2** São Paulo: Loyola, 1999. (Escritos de filosofia)

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. n. 141, p. 99-110. Março/1999.

_____. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. n. 722, p. 40-45. Dez. 1995.

_____. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Crise e modificação na idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 3, p. 127-154. Set./dez. 1992.

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. n. 139, p. 5-22. Jul./set. 1998.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. (Coord.) **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2005.

MEDAUAR, Odete. (Org.) **Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coletânea de Legislação Administrativa)

_____. **Direito Administrativo Moderno de acordo com a EC 19/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5.

MOREIRA, Egon Bokmann. **A Lei de Licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito**. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2005.

_____. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOURA, Mario Aguiar. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. n. 630, p. 247-249. Abr. 1988.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. (Coord.) **Contratos & sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Do contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

O poder das massas. **Revista Época**. p. 58. 11 de julho de 2005.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Direito Administrativo**: origens, perspectivas e outros temas. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi**. Napoli: ESI, 1990.

_____. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Título original: Profilli del Diritto Civile.

RAISER, Ludwig. **Il futuro del diritto privato**. Milão: Giuffrè, 1990.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos. (Org.) **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. Título original: Il contratto.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. **La buena fe**: el principio general en el Derecho Civil. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, João Galvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2. ed. Coimbra: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Parcerias Público-Privada**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Revista Estudos Jurídicos da PUC/PR**. n. 4, p. 101-114. Ago. 1997.

VALLS, Álvaro L. M. **O que é ética**. São Paulo: Brasiliense, 1998.