

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO – DIURNO

Vinicius Mitsuhasi

**A PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA  
LICITAÇÃO PÚBLICA**

CURITIBA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO – DIURNO

Vinicius Mitsuhasi

**A PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA  
LICITAÇÃO PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

VINICIUS MITSUHASI

### A PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná,  
examinada pela seguinte banca examinadora:

---

Orientador  
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco  
Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama  
Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 13 de Novembro de 2013.

## DEDICATÓRIA

*Aos meus pais,  
Por todo amor e dedicação.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Aos meus Mestres e Amigos,  
Pelo longo caminho até aqui.*

*“Existem durante nossa vida, sempre dois caminhos a seguir: aquele que todo mundo segue e aquele que a nossa imaginação nos leva a seguir. O primeiro pode ser mais seguro, o mais confiável, o menos crítico, o que você encontrará mais amigos, mas você será apenas mais um a caminhar. O segundo, com certeza vai ser o mais difícil, mais solitário, o que você terá maiores críticas; mas também, o mais criativo, o mais original possível. Não importa o que você seja, quem você seja, ou que deseje na vida, a ousadia em ser diferente reflete na sua personalidade, no seu caráter, naquilo que você é. E é assim que as pessoas lembrarão de você um dia...”*

– Ayrton Senna

## RESUMO

Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos observa-se alusões a um princípio 'implícito', a uma 'teoria geral' ou uma 'doutrina' de repressão ao comportamento incoerente dos sujeitos. Entretanto, em nenhuma parte este princípio chegou a ser enunciado expressamente em lei. Deve-se fazer uma análise específica desse princípio de modo a conter um mínimo conteúdo normativo. O princípio de proibição ao comportamento contraditório tem como fundamentos a boa-fé objetiva, a tutela da confiança e a segurança jurídica. A lei geral de licitações (Lei 8.666/1993) é regida por diversos princípios. O *nemo potest venire contra factum proprium* se relaciona com diversos deles, em especial ao princípio da legalidade, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório. O interesse público deve ser observado, mas não pode ser utilizado como fundamento de condutas arbitrárias da Administração Pública. O princípio de proibição ao comportamento contraditório poderá ser utilizado autonomamente (para suprir lacunas no ordenamento jurídico), e também poderá ser utilizado em conjunto com as demais normas já existentes.

**Palavras chave:** Proibição ao comportamento contraditório. *Nemo potest venire contra factum proprium*. Princípios. Boa-fé objetiva. Tutela da confiança. Segurança jurídica. Administração pública. Licitação pública.

## ABSTRACT

In the legal contemporary systems are seen an 'implicit principle', a 'general theory' or 'doctrine' to suppress inconsistent behavior of the agents. However, nowhere is this principle came to be expressly stated in law. It's necessary to make a specific analysis of this principle to contain a minimum normative content. The principle of prohibition of contradictory behavior is founded on the objective good faith, the protection of legitimate expectations and legal certainty. The general law of bids (Law 8.666/1993) is governed by different principles. The *nemo potest venire against factum proprium* relates to many of them, especially the principle of legality, morality, and linkage to the bid announcement. The public interest must be observed, but can not be used as the basis of arbitrary conduct of public administration. The principle of prohibition of contradictory behavior can be used independently (to fill gaps in the legal system), and can also be used in conjunction with other existing standards.

**Keywords:** Ban the contradictory behavior. *Nemo potest venire contra factum proprium*. Principles. Objective good faith. Protection of legitimate expectations. Legal certainty. Public administration. Public bidding.



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	10
2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO ( <i>NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> ).....	12
2.1. Introdução ao princípio da proibição ao comportamento contraditório ( <i>nemo potest venire contra factum proprium</i> ).....	12
2.2. Fundamentos do princípio da proibição ao comportamento contraditório.....	18
2.2.1. A boa-fé objetiva .....	18
2.2.2. A tutela da confiança.....	28
2.2.3. A segurança jurídica .....	34
2.2.4. Conclusão - Fundamentos do princípio da proibição ao comportamento contraditório ...	38
2.3. Pressupostos de aplicação do princípio da proibição ao comportamento contraditório.....	39
2.3.1. O fato próprio.....	40
2.3.2. A legítima confiança .....	43
2.3.3. Contradição ao fato próprio.....	44
2.3.4. Dano efetivo ou potencial .....	47
3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO E A LEI GERAL DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/1993).....	49
3.1. A lei geral de licitações.....	49
3.1.1. Princípio da legalidade e o <i>nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	51
3.1.2. Princípio da moralidade e o <i>nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	56
3.1.3. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o <i>nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	62
3.1.4. Interesse público e o <i>nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	66
4. ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO: HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	72
5. CONCLUSÃO .....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	77

## 1. INTRODUÇÃO

Em uma breve análise histórica dos mais diversos institutos jurídicos, percebe-se que ao longo do tempo houve contínuo flerte dos juristas com um princípio de proibição ao comportamento contraditório. Observando-se os ordenamentos jurídicos contemporâneos se descobre, em todos eles, alusões a um princípio ‘implícito’, a uma ‘teoria geral’ ou uma ‘doutrina’ de repressão ao comportamento incoerente dos sujeitos. Da mesma forma, entretanto, percebe-se que em nenhuma parte este princípio chegou a ser enunciado expressamente em lei. Isto certamente não é razão para se abandonar o estudo do princípio da proibição ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). É isso que o presente estudo buscará fazer. Fomentar o estudo da proibição à conduta incoerente.

Ressalte-se, contudo, que, para seu bom desenvolvimento, exige-se um aprofundamento sob a luz de um sistema jurídico determinado, sob pena de se perder a tarefa em divagações dissociadas de um mínimo conteúdo normativo.

É nesse sentido que a presente reflexão trabalha com os fundamentos da boa-fé objetiva, da tutela da confiança e da segurança jurídica. De início, remontamos as bases gerais desses conceitos, sem querer defini-los de modo exaustivo, tendo em vista a fluidez de suas concepções.

Após, aprofundar-se-á o estudo da noção do princípio da proibição ao comportamento contraditório no âmbito do direito público, mais especificamente no que toca à licitação pública. Será analisado se este princípio é pertinente e como poderá se harmonizar com as demais normas que regulam esse setor. Em especial, se analisará os princípios da legalidade, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório. Também se fará uma breve análise do conceito de interesse público, bem como se demonstrará algumas posições de doutrinadores, de modo a evidenciar que o *nemo potest venire contra factum proprium* se harmoniza com o ordenamento jurídico atual.

Nesse sentido, acredita-se ser o estudo do tema aqui proposto de grande importância tanto no âmbito acadêmico quanto para a prática administrativa, devido principalmente às constantes incoerências que se verificam no âmbito das licitações públicas.

Dar-se-á ênfase à proibição ao comportamento contraditório da Administração Pública, mas sem deixar reconhecer a possibilidade da conduta contraditória por parte do particular. Isso porque, se verá que é muito mais comum a contradição por parte do Estado diante das prerrogativas que este possui.

Por fim, far-se-á uma breve análise de um caso concreto, na qual será ressaltado o aspecto de que os particulares despendem tempo, esforços e recursos objetivando vencer uma licitação pública e contratar com a Administração. Investem e executam variados estudos e tarefas tendo por base atos públicos que gozam de presunção de legitimidade. Assim, o princípio da proibição ao comportamento contraditório deve apurar a compreensão desses atos jurídico-administrativos, de modo a preservar as legítimas expectativas que rondam essas relações.

## 2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (*NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*)

### 2.1. Introdução ao princípio da proibição ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*)

Inúmeros registros da cultura universal tratam sobre o comportamento incoerente e, em sua grande maioria, não o fazem de maneira positiva. Ora, o ato sem coerência é entendido como aquele que se põe em desarmonia, em desconexão e, mais especificamente, em contradição com um comportamento anterior. Não é um comportamento compatível com a expectativa que se fez gerar com determinada conduta pretérita.

Anderson SCHREIBER, em sua obra *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, trata especificamente sobre esse assunto.

Logo de início, demonstra que a história está recheada de passagens importantes na qual se verifica a presença (e o repúdio) ao comportamento contraditório. Uma das mais conhecidas é a do Imperador Júlio Cesar que, ao reconhecer entre os seus assassinos aquele que sempre o tratara como pai, exclama 'Até tu, Brutus?'. Essa frase se tornou, no uso cotidiano, sinônimo de traição e repúdio à contradição ao próprio comportamento.<sup>1</sup>

O comportamento incoerente é algo inerente ao ser humano. Talvez seja impossível que, durante uma vida inteira, alguém seja *absolutamente* coerente em todos os seus atos. Da mesma forma, o sentimento negativo que essa conduta produz parece ser igualmente inafastável. Nas palavras de SCHREIBER, “A repugnância à incoerência é um sentimento tão inato ao ser humano quanto à própria incoerência.”<sup>2</sup>

Assim, apesar da cultura universal revelar uma clara repugnância ao comportamento incoerente, não deixa, ao mesmo tempo, de apresentar essa mesma incoerência. Como se disse, trata-se de uma condição *naturalmente* humana.

---

<sup>1</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 13.

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento ...*, p. 13.

A contradição, no sentido de rompimento com estado ou conduta anterior, também aparece como passo necessário à própria evolução do homem. Como antítese à estabilidade, à estagnação e ao marasmo, a incoerência ganha um caráter passional, intenso e admirável. A coragem, por exemplo, já foi definida como ‘quase uma contradição nos próprios termos’. Sob este enfoque, contradição e incoerência associam-se às virtudes, ao espírito revolucionário, ao livre arbítrio, e passam a ser vistas como expressões do que há de mais natural e necessário na condição humana.<sup>3</sup>

Diante disso, falar em um princípio de proibição ao comportamento contraditório (ou *nemo potest venire contra factum proprium*) não parece ser tarefa fácil. Paralelamente à tendência de se proibir o comportamento incoerente, existe outro juízo de modo a permitir a contradição. Tal constatação se reflete, inevitavelmente, no pensamento jurídico. E, de fato, a história do direito mostra que nas diferentes épocas houve diversas formas de se tratar a incoerência.

O estudo científico, ou ao menos sistemático, do direito, foi retomado somente no século XII, por influência da escola de Bolonha, a partir do reexame de textos do direito romano, como o *Digesto* e as *Institutas*. A escola de Bolonha, se não introduziu, ao menos generalizou o método da glosa, que consistia essencialmente em fazer comentários à margem ou entre as linhas dos textos romanos. Entre os glosadores, destacou-se Azo, em cuja obra *Brocardia* (uma compilação de brocardos jurídicos extraídos a partir da interpretação de fontes romanas) tem-se o primeiro registro expresso do *princípio de proibição do comportamento contraditório*. Ali se lê, no título X, o aforismo: *venire contra factum proprium nulli conceditur*, ou seja, ‘a ninguém é concedido vir contra o próprio ato’. Para justificar o brocardo, Azo menciona uma série de previsões dos textos romanos em que a contradição ao próprio comportamento era particularmente vedada.<sup>4</sup>

As chamadas grandes codificações – em especial, o *Code Napoléon* e o *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB), cuja influência se fez refletir em todos os ordenamentos jurídicos, tanto da Europa como fora dela – consagraram a liberdade individual, em seus inúmeros aspectos, e assumiram, no ordenamento francês e

---

<sup>3</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 15-16.

<sup>4</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 23-24.

alemão, respectivamente, o papel de ‘monumentos normativos únicos do direito’.<sup>5</sup> Como bem ressaltou Angela Cassia COSTALDELLO, tais codificações foram resultado dos reclamos iluministas. A pressão pela estabilização e a racionalização de normas jurídicas se fazia sentir em toda a Europa, objetivando remover os resquícios e contradições do período do obscurantismo e do irracional. Sob a influência do jusnaturalismo, traduziu-se este anseio nas codificações.

Em relação às condutas contraditórias, ou seja, ao *venire contra factum proprium*, SCHREIBER diz que:

é certo que tais codificações incorporaram regras do antigo direito romano e da experiência posterior, proibindo de forma específica certos comportamentos contraditórios. Não consagraram, todavia, um princípio de proibição ao comportamento incoerente. Ao contrário, continuaram autorizando o comportamento contraditório por normas específicas em um número de situações igualmente vasto àquele em que o proibiam. E nas situações não reguladas, a consagração da liberdade individual como valor fundante do sistema jurídico permitia, a princípio, a prática de qualquer comportamento. O *venire contra factum proprium* – o ir contra os próprios atos – encontrava-se, assim, inserido no âmbito da autonomia privada do indivíduo, que era livre pra contrariar o seu próprio comportamento, para alterar suas posições e dar o curso que bem entendesse à sua vontade, independentemente das expectativas eventualmente despertadas pela sua conduta.<sup>6</sup>

Por muito tempo, a concepção individualista, e que protegia fortemente a liberdade, manteve prejudicada a ideia de um princípio de proibição ao comportamento contraditório. Isso porque, sendo possível cogitar também de outro princípio em sentido contrário (permissão ao comportamento contraditório), a simples lógica recomendava desconsiderar a ambos.

Entretanto, esta concepção liberal oitocentista, que vigorou por todo o século XIX, não passou ilesa às profundas e intensas transformações do século XX. Abandonando a concepção individualista, a sociedade contemporânea passa a buscar uma nova ordem de valores, que seja apta a proteger as pessoas de um generalizado e constante *venire contra factum proprium*. Inicia-se, assim, uma busca fundada pela proteção da dignidade humana, e pela amplitude da noção de

<sup>5</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 37-38.

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 42.

solidariedade, que eleva o *pensar no outro* a um instrumento imprescindível da racionalidade atual.<sup>7</sup>

A contradição do ser humano aos seus próprios termos, portanto, é algo que sempre existiu e sempre existirá. Na atualidade, com o avanço das tecnologias de informação, da facilidade de acesso ao conhecimento, do multiculturalismo (motivos esses causados em grande parte pela globalização), dentre outras circunstâncias, tornam as relações sociais muito dinâmicas. É exatamente em razão deste dinamismo atual, e desta conseqüente propensão às mudanças súbitas de opinião e de conduta, que se deve cogitar de um princípio jurídico de proibição ao comportamento contraditório.<sup>8</sup> Isso se verifica não por *apego* à coerência em si mesma, pois em algumas circunstâncias o direito de ser incoerente é também merecedor de proteção. Deve-se cogitar por necessidade de tutelar as *legítimas expectativas* e as *fundadas esperanças* daqueles sobre quem o comportamento repercute. Ou seja, a proibição ao comportamento contraditório não quer limitar, na totalidade, a liberdade de mudar de opinião e de conduta, mas apenas frear o exercício desta liberdade quando daí possa derivar prejuízo a quem tenha legitimamente confiado no sentido objetivo de um comportamento inicial. É resultado, assim, de uma evolução na perspectiva do direito, que vem transcender a visão individualista do agente que pratica a conduta, para em uma postura mais solidária e compatível com a dignidade dos cidadãos, proteger aqueles sobre quem a conduta se reflete, diminuindo a insegurança e a incerteza que tendem a acompanhar as relações sociais em uma sociedade complexa, massificada e despersonalizante.<sup>9</sup>

Sob essa perspectiva, volta a haver espaço para o desenvolvimento de uma proibição ao *venire contra factum proprium*. Na sua essência, a incoerência já não é mais vista como conceito invulnerável de uma liberdade individual absoluta. Diante da valorização dos direitos fundamentais e, mais especificamente, da dignidade da pessoa humana, no atual contexto jurídico, é que se tem buscado identificar algo que objetive a proibição ao comportamento incoerente, mesmo com a ausência de

---

<sup>7</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 50.

<sup>8</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 6.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 6.

previsão legal específica.<sup>10</sup> Assim, verifica-se um contínuo flerte dos juristas com um princípio de proibição do comportamento contraditório. Em um breve olhar sobre os variados ordenamentos jurídicos *contemporâneos*, revela-se quase na totalidade, alusões a um 'princípio implícito', a uma 'teoria geral' ou a uma 'doutrina' de repressão à incoerência.<sup>11</sup>

A principal e mais forte tentativa, de fato, de se criar um princípio específico de proibição ao comportamento contraditório tem início em 1912, com a obra *Venire contra factum proprium – Studien in romischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, de Erwin RIEZLER<sup>12</sup>, professor da Universidade de Freiburg, que recupera nas fontes romanas e na obra dos glosadores e pós-glosadores a ideia de proibição ao comportamento contraditório, e a lança no debate acadêmico da Alemanha do início do século XX. A partir deste momento, a doutrina germânica se esforçaria por elevar o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* à classe de um princípio jurídico segundo o qual 'a ninguém é dado contrariar os próprios atos'.<sup>13</sup>

Os esforços não foram em vão. Logo os debates tiveram resultados e difundiram-se pelos demais ordenamentos da Europa continental. Referências cada vez mais frequentes ao *venire contra factum proprium* aparecem, hoje, em Portugal, Itália, Bélgica, Suíça, França e Espanha.<sup>14</sup> A concepção de repressão à incoerência, que é subjacente ao próprio instituto, aparece também nos ordenamentos do *common law*, embora seja aí associada a institutos particulares, em especial à figura da *estoppel*.<sup>15</sup> Como se vê, ainda que com diferenças no que tange à estrutura dogmática, o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* vem sendo admitido nos principais sistemas jurídicos da Europa, e também em todos aqueles que foram influenciados pela matriz jurídica europeia.

Portanto, na análise do debate europeu, percebe-se que o impasse entre a criação ou não do *nemo potest venire contra factum proprium* somente foi superado quando se decidiu transcender a questão da mera coerência. De fato, numa rápida

<sup>10</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 64.

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 66.

<sup>12</sup> RIEZLER, Erwin. ***Venire contra factum proprium – Studien im romischen, englischen und deutschen Zivilrecht***. Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1912.

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 65.

<sup>14</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 65.

<sup>15</sup> Para uma análise do instituto da *estoppel* relacionado ao *nemo potest venire contra factum proprium*, SCHREIBER recomenda a leitura de SNYDER, David. *Comparative law in action: promissory estoppel, the civil law, and the mixed jurisdiction*, in **Arizona Journal Of International and Comparative Law**, 1998, p. 705.



análise do direito positivo, verifica-se que este impedia e ainda hoje impede que se fale em um dever jurídico absoluto de coerência. Se a coerência por si só fosse um valor tutelado pelo sistema jurídico, não poderiam existir normas permissivas de comportamento contraditório. Dessa maneira, percebe-se que a coerência, quando protegida, o é por alguma razão que transcende o próprio interesse no comportamento coerente.<sup>16</sup>

O que se tentará demonstrar no presente trabalho, assim, é justamente a possibilidade de aplicação do princípio da proibição ao comportamento contraditório através da concretização de regras e princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico brasileiro (mais especificamente no âmbito das licitações públicas). E mais, tentar-se-á demonstrar que a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* vai além do direito positivo, podendo regular situações não previstas pelo legislador.

Em conclusão, o *nemo potest venire contra factum proprium* é resultado imediato da constatação contemporânea de que o direito estritamente positivo é insuficiente para solucionar os conflitos e para atender aos anseios que decorrem de uma sociedade caracterizada por relações de massa e por interações sociais cada vez mais dinâmicas e complexas.<sup>17</sup> Em especial nas relações entre o Estado e o particular, vê-se que devem ser pautadas de forma que muitas vezes não está regulada adequadamente pelas normas positivas. Tal insuficiência do ordenamento e das categorias dogmáticas tradicionais – insuficiência, em última análise, da própria racionalidade positivista – dá ensejo a comportamentos cuja repercussão fático-social não é acompanhada por uma correspondente repercussão jurídica. E é exatamente sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (em especial, o ato jurídico e o negócio jurídico), que vem incidir o princípio de não-contradição, como meio de tutela da confiança.<sup>18</sup>

Após essa introdução ao princípio da proibição ao comportamento contraditório, devemos investigar quais são os seus principais fundamentos, para buscar a razão, a qualidade, o fundamento adicional (*rectius*: o verdadeiro

---

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

<sup>17</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 133.

<sup>18</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 133-134.

fundamento) <sup>19</sup> por trás de todas aquelas situações em que se proíbe o comportamento contraditório.

## **2.2. Fundamentos do princípio da proibição ao comportamento contraditório**

### **2.2.1. A boa-fé objetiva**

O principal e mais forte fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* chegou a bom termo com Erwin RIEZLER, cuja obra consiste, como já se demonstrou, em um marco para o ressurgimento contemporâneo do princípio de proibição ao comportamento contraditório. <sup>20</sup> Na identificação do fundamento normativo, RIEZLER (e os demais autores que o seguiram) valeram-se de uma noção cuja escolha parecia quase óbvia no contexto jurídico alemão, mas que acabou se desenvolvendo de forma impressionante por todo o mundo, levando consigo o princípio de proibição ao comportamento contraditório. <sup>21</sup> Trata-se da noção de *boa-fé objetiva*.

A boa-fé objetiva, conforme sustentado por COSTALDELLO, estende-se a um universo mais amplo e genérico que a boa-fé subjetiva, pois diz respeito à preservação ou não de deveres *especiais* que são impostos às partes em dada relação jurídica. <sup>22</sup> É também mais gravosa, pois independe do motivo que provocou o descumprimento do dever: dolo, culpa ou ignorância culposa. <sup>23</sup> A sua violação, portanto, provocaria a desconformidade de conduta quanto a parâmetros estabelecidos externamente ao sujeito, e, sendo assim, a presença da boa-fé

---

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

<sup>20</sup> RIEZLER, Erwin. ***Venire contra factum proprium – Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht***. Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1912.

<sup>21</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 80-81.

<sup>22</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 141.

<sup>23</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos ...**, p. 105.

objetiva poderia se espalhar por outros ramos jurídicos, como é o caso do Direito Administrativo e da realidade peculiar da Administração Pública.<sup>24</sup>

Ainda em relação à diferenciação entre boa-fé objetiva e subjetiva, Judith MARTINS-COSTA entende que a boa-fé *subjetiva* relaciona-se a aspectos inerentes ao indivíduo; denota um estado de consciência ou de convencimento individual de agir em conformidade com o direito. É *subjetiva* porque, para a sua aplicação, o intérprete deve considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico. Ou seja, é aspecto interno ao indivíduo. Já a boa-fé objetiva diz respeito a um modelo de conduta social, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua conduta a um arquétipo, agindo, tal como agiria o homem reto, de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de retidão e lealdade.<sup>25</sup> Importante, também, a observação feita pela autora, para quem a potencialidade da boa-fé objetiva atua não apenas como um vago cânone de ordem ética, de cunho moral impreciso, mas como verdadeiro instrumento de identificação da função econômica e social perseguida.<sup>26</sup>

Neste mesmo sentido, Diógenes Farias de CARVALHO e Paulo Guimarães PEREIRA entendem que a boa-fé objetiva “atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica e, por consequência, assegurar o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social.”<sup>27</sup>

COSTALDELLO continua no sentido de que a boa-fé traduz-se no dever que têm as partes de agir “conforme certos parâmetros de honestidade, lealdade e retidão. É a consagração de um princípio ético. Opõe-se à má-fé e rege a vida da relação jurídica estabelecida”.<sup>28</sup>

Na cultura germânica, por sua vez, a boa-fé assumiu conotação de lealdade e de crença, sendo entendida como garantia da manutenção da palavra dada,<sup>29</sup>

<sup>24</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé.** Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 141.

<sup>25</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

<sup>26</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé ...**, p. 418.

<sup>27</sup> CARVALHO, Diógenes Farias de; PEREIRA, Paulo Guimarães. **A boa-fé objetiva como Parâmetro de Análise dos Contratos Administrativos.** Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan. 2002, p. 2890.

<sup>28</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos ...**, p. 100.

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124-125.

portanto, em uma relação muito próxima à proibição ao comportamento contraditório e a tutela da confiança.

Karl LARENZ, também, vislumbrando a boa-fé como princípio que se assenta na confiança e na fidelidade mútua, cabendo ao intérprete extrair o conteúdo objetivo desses dois valores, preleciona que:

El principio de la 'buena fe' significa que cada uno debe guardar 'fidelidad' a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participado en él en virtud de otros vínculos jurídicos. Se trata, por lo tanto, de un módulo 'necesitado de concreción' que unicamente nos indica la dirección en que hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál se la conducta exigible en determinadas circunstancias. No nos da una regla apta para ser simplemente 'aplicada' a cada caso particular y para leer en ella la solución del caso cuando concurren determinados presupuestos.<sup>30</sup>

Ainda, Pietro RESCIGNO demonstra que, embora a boa-fé devesse ser redimensionada no âmbito específico do contrato, teve seu campo de abrangência alargado para vários ambientes sociais, onde o critério da confiança se demonstra necessário.<sup>31</sup>

Diante disso, é perceptível a relação da noção de boa-fé objetiva com os conceitos de confiança e lealdade, embora nem todos os autores utilizem as mesmas expressões para a defini-las.

SCHREIBER aduz que, sob o ponto de vista dogmático, tem-se, por toda parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico. Seriam elas: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos.<sup>32</sup>

Na primeira função, o autor alude à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido

<sup>30</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1, p. 142 e ss. *apud* COSTALDELLO, Ângela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 115

<sup>31</sup> RESCIGNO, Pietro. Notazioni generali sul principio di buona fede. In: **Il Principio di Buona Fede, Quaderni della Scuola Superiore**. Milano, Giuffrè Editore, 1987, v. III. p. 33-39) *apud* COSTALDELLO, Ângela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 115

<sup>32</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 86.

mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Nessa concepção a boa-fé impede as interpretações maliciosas e dirigidas a prejudicar a contraparte, mas vai além, atribuindo à norma o significado mais leal e honesto.<sup>33</sup>

No que diz respeito à segunda função, SCHREIBER discorre que a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Dessa forma, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos expressamente na relação jurídica, como, por exemplo o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins pretendidos, e assim por diante. Na verdade, os deveres anexos (também chamados acessórios, instrumentais, ou tutelares) variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram e, identificar precisamente seu conteúdo, em abstrato, é inviável. Isto, segundo o autor não apenas os mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da boa-fé objetiva.<sup>34</sup> Destaca ainda o aspecto da origem não-voluntarista dos deveres anexos, pois, tendo como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres independem da vontade das partes, e podem surgir mesmo contra esta vontade.<sup>35</sup> Este posicionamento só reforça a *isenção* do caráter subjetivo no enfoque dado à questão.

Semelhante, no que diz respeito a essas duas primeiras funções, Judith MARTINS-COSTA entende que, quando exerce a função hermenêutico-integrativa, a boa-fé atua como “*kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contraentes”.<sup>36</sup> A boa-fé, assim, atuaria como cânone hermenêutico-integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa jurídico objetivamente perquirido.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 87.

<sup>34</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 87.

<sup>35</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 88.

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé ...**, p. 429.

A terceira função atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações jurídicas.<sup>38</sup> Nesse sentido Claudia Lima MARQUES consigna:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>39</sup>

Tal concepção encontra-se em consonância com a opinião de Alice Maria Gonzales BORGES, para quem “O princípio da boa fé resultará infringido pelo simples fato de não se haver levado em conta a lealdade e a confiança devida a quem conosco se relaciona”.<sup>40</sup>

Trata-se, portanto, de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamento que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standarts* impostos pela boa-fé. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão *exercício inadmissível de direitos* ou *abuso de direito*, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.<sup>41</sup>

Portanto, conforme sublinha Rosalice Fidalgo PINHEIRO, a boa-fé objetiva apresenta-se como um canal de comunicação entre os fatos e o Direito. Em outras palavras, é um instrumento flexível que “transita dos laços de uma domesticação idealizada pelo formalismo para a abertura de uma livre investigação, possibilitada pela passagem de um Estado de direito liberal para um Estado democrático de direito e de um sistema fechado para um sistema aberto”.<sup>42</sup> Conforme os ensinamentos de Alberto do AMARAL JUNIOR, “o princípio da boa-fé objetiva foi,

<sup>38</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 88.

<sup>39</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.107.

<sup>40</sup> BORGES, Alice Maria Gonzales. O princípio da boa-fé nas contratações administrativas. In: **Licitações e contratos**, n. 23, janeiro/96, p. 10.

<sup>41</sup> Sobre uma breve análise do assunto ver: MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. In, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 46, São Paulo, 2004, p. 103-113. E MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92-93.

<sup>42</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percursos Teóricos da Boa-fé e sua Recepção Jurisprudencial no Direito Brasileiro**. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 178.

aliás, implicitamente reconhecido pela Constituição Federal, que no seu artigo 3º, determina que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária.”<sup>43</sup>

Em relação à aplicação da boa-fé no direito administrativo, COSTALDELLO entende que esse instituto é um dos marcos de flexibilização das relações jurídicas, acima de tudo pelo resultado, que é o da preservação da segurança jurídica, da lealdade e da confiança. Daí a importância inquestionável no plano das relações privadas e que vem adquirindo, lentamente, relevo no Direito Público.<sup>44</sup> Observa desdobramentos de duas ordens: a invocação da boa-fé por parte da Administração Pública diante do particular que praticou ato fraudulento e pelo próprio particular diante de abuso de poder cometido pelo Poder Público.<sup>45</sup>

Dessa forma, há, de um lado, a possibilidade de o particular agir ardilosamente em relação ao Poder Público visando obter vantagem. Por outro, a invocação da boa-fé se dá em favor do particular diante dos abusos cometidos pela Administração Pública. Percebe-se que este último caso é muito mais frequente. Na maioria dos casos a boa-fé age, no plano do Direito Público, em circunstâncias nas quais se percebe que o Estado, no sistema do regime jurídico-administrativo, sobretudo diante dos privilégios que lhe são conferidos pelo ordenamento, extrapola os razoáveis contornos do exercício da função administrativa e viola direito subjetivos.<sup>46</sup>

A boa-fé, assim, consiste em vetor que deve reger todas as relações entre a Administração Pública e os particulares. O seu acolhimento pelo ordenamento jurídico deixa claro que há o dever de lealdade do Poder Público para com os indivíduos em todas as relações. Ainda, segundo COSTALDELLO, a Administração Pública, embora detentora da ‘postesta’ administrativa, o que a coloca em posição privilegiada em relação aos particulares para obter a realização do interesse público, “não está dispensada de atentar para a proteção da boa-fé dos administrados”.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto do. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 6, 1993, p. 32.

<sup>44</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 107.

<sup>45</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 112.

<sup>46</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 114.

<sup>47</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 120.

Em contraposição, a autora também ressalta que o agir do Poder Público com fundamento no princípio da boa-fé encontra obstáculos de várias ordens. O primeiro seria o de que o princípio da legalidade, vetor maior de orientação do atuar estatal, impediria a flexibilidade fornecida pela boa-fé, quer como princípio, quer como cláusula geral, pois é conceito indeterminado e de cunho valorativo.<sup>48</sup> Outra contrariedade é oriunda do pensamento liberal de não intervenção do Estado na sociedade civil e, quando ocorresse, seria apenas em caráter excepcional e previsto em lei. Ou seja, nas poucas relações em que o Poder Público viesse a intervir, haveria a expressa previsão do uso da boa-fé.<sup>49</sup> Também por isso seria muito mais *comum* a invocação do princípio da boa-fé por parte do administrado. Ressalte-se, entretanto, que não resta afastada a hipótese de invocação do princípio pela administração pública.

Quanto à controvérsia suscitada quanto à aplicabilidade da boa-fé no Direito Público em geral, Fernando Sainz MORENO indica três condições que poderiam obstar o seu reconhecimento para, ao final, concluir que nenhuma delas é válida para impedir a construção desse princípio como instrumento norteador das relações de direito público. São elas: a) a diferente posição das partes entre as quais se estabelece a relação jurídico-administrativa (Administração Pública e Administrados); b) o princípio da legalidade que rege a atividade administrativa e c) a natureza distinta dos interesses em jogo.<sup>50</sup>

Em relação ao primeiro aspecto, o argumento não pode prevalecer, pois, apesar das diferentes posições que as partes ostentam, cada uma em sua esfera de atuação, estão sujeitas aos mesmos princípios. Sobre isso, Jesus Gonzalez PEREZ:

Si bien es cierto que la posición institucional de la Administración es diferente de la de las personas privadas, ello no es debido que tenga una naturaleza cualitativamente distinta, superior a la de éstas, sino a una necesidad impuesta por el servicio que presta a los intereses generales (artículo 103 de la Constitución), por lo que, no sólo no excluye la aplicación del principio de la buena fe, sino que exige su máxima vigencia.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé.** Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 116. Sobre o *venire contra factum proprium* e o princípio da legalidade, trataremos em capítulo específico do presente trabalho.

<sup>49</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 116.

<sup>50</sup> MORENO, Fernando Sainz apud PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo.** Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983, p. 32-34.

<sup>51</sup> PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo.** Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983, p. 32.



Quanto ao segundo aspecto, ao do princípio da legalidade, Jesus Gonzalez PEREZ assevera que não constitui óbice à invocação da boa-fé no Direito Administrativo, pois, “*la cobertura legal previa que condiciona ab initio la legalidade de la actuación administrativa, pero no agota, em modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación.*”<sup>52</sup> Tal como se verá no item 3.1.1 do presente trabalho, de fato, o princípio da legalidade não constitui barreira para aplicação da boa-fé ou mesmo do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Por fim, em relação ao terceiro aspecto, a distinta natureza dos interesses em jogo, Jesus Gonzalez PEREZ também o rejeita. Defende que o caráter público de certos interesses não implica em oposição ou desvinculação do interesse privado. Ao contrário, segundo seu entendimento, interesse público e interesse privado entrelaçam-se, de modo que qualquer interesse público, via de regra, é também interesse privado.<sup>53</sup>

Diante de tudo isso, verifica-se que, no âmbito administrativo, as exigências de probidade, lisura e correção de condutas que a boa-fé traduz encontra-se a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de evitar a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no outro.<sup>54</sup> (e é nesse aspecto que se torna um dos fundamentos do princípio de proibição ao comportamento contraditório).

Judith MARTINS-COSTA ainda ressalta que isso se verifica principalmente quando entre os sujeitos da relação há uma assimetria de poder (jurídico ou fático) tendo, pois, exponencial importância quando em um dos polos está a Administração Pública com a presunção de legalidade e de legitimidade a revestir os seus atos administrativos.<sup>55</sup> Geraldo ATALIBA e Aires F. BARRETO, em consonância, atentam para a necessidade de se reconhecer a boa-fé como um comando norteador das relações travadas entre a Administração Pública e os particulares,

<sup>52</sup> PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983, p. 33.

<sup>53</sup> PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general ...**, p. 34.

<sup>54</sup> LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o estado e o agente privado**. Tese (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 76.

<sup>55</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n.852, out. 2006, p. 99.

entendendo não se tratar “de um princípio que vigora apenas entre particulares nas relações jurídicas de Direito Privado. Ao revés, essa diretriz norteia, também, as relações jurídicas de Direito Público, alcançando nele, transcendente importância.”<sup>56</sup>

No Direito suíço, inclusive a boa-fé possui status de princípio para a Administração Pública e para os administrados. No primeiro sentido, entende-se que o Poder Público macula a confiança quando age ‘*contra proprium factum*’ e o administrado tem motivos para acreditar na validade do ato, uma vez que há regras de comportamento que devem ser por ele (Poder Público) seguidas.<sup>57</sup> Jesus Gonzales PEREZ, da mesma forma, analisa as relações entre Administração Pública e administrados. Para demonstrar a necessidade de aplicação da boa-fé enfatiza que:

*[...] entre estos dos mundos existe um abismo insalvable. Se da la desconfianza más absoluta entre el administrado y los administradores. Los deberes de unos y otros se relegan al olvido más absoluto y la fraternidad se traduce en una continuada actitud de desconfianza y recelo.*<sup>58</sup>

Vê-se, assim, o entendimento do autor de que prevalece a desconfiança entre os administrados e a administração e que o respeito à boa-fé pode construir e recuperar a crença e eficácia das relações.

Por sua vez, Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES entendem que, outrora implícito, a boa-fé hoje configura diretriz funcional do comportamento das partes contraentes – antes, durante e depois da execução do contrato. Afirmam, inclusive, que nas licitações e contratos administrativos o princípio da boa-fé assume maior dimensão. Isso porque, os atos da Administração gozam de presunção de legitimidade e esta característica faz com que os particulares tenham de compreendê-los como manifestações públicas orientadas por boa-fé qualificada.<sup>59</sup>

Finalizando o tema da boa-fé no Direito Público, Agustín GORDILLO leciona que “*se trata de um principio general del derecho, aplicable tanto al ámbito privado*

<sup>56</sup> ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, a. 12, n. 43, jan./mar., 1998, p. 124.

<sup>57</sup> GRISEL, André. **Droit administratif suisse**. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1975, p. 187-188.

<sup>58</sup> GRISEL, André. **Droit administratif...**, p. 187-188.

<sup>58</sup> PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1983, p. 68.

<sup>59</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

como al ámbito público, por lo que podemos aquí remitirnos a lo ya escrito en derecho privado".<sup>60</sup> Também, Karl LARENZ, já em 1958 expôs que:

La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y, en particular, de toda la vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitar-se a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y em este sentido puede concurrir, por tanto, em el Derecho de cosas, em el Derecho processal y em el Derecho público.<sup>61</sup>

A boa-fé é, portanto, geradora de confiança legítima, cuja existência é necessária nos relacionamentos sinalagmáticos para possibilitar a vida social dentro de um padrão médio de honestidade e moralidade. A todos incumbe a obrigação de não iludir, de sorte que, se violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de tal atitude.<sup>62</sup> SCHREIBER sustenta esta relevância da tutela da confiança na definição da boa-fé objetiva. Assume grande importância este respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas.<sup>63</sup> Também nesse sentido, Fernando NORONHA, entende que a boa-fé existe no dever de cada parte de agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Ele é indispensável para tutela da segurança jurídica, para garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Ou seja, quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que seu interesse particular seria satisfeito.<sup>64</sup>

Diante do exposto, percebe-se que a boa-fé atua como um elemento norteador da hermenêutica das relações de administração, fundada na proteção da confiança, ante o dever de lealdade, de correção e de respeito mútuos que deve imperar nessas relações. O que o princípio da boa-fé proíbe é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca necessária para o bom desenvolvimento do objeto, não apenas dotado de um conteúdo ético, mas de

<sup>60</sup> GORDILLO, Agustin. **Tratado de Derecho Administrativo: parte general**. 5. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. 35.

<sup>61</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, T.1, p. 144.

<sup>62</sup> MARTINS-COSTA, Judith. . **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 435-436.

<sup>63</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 91.

<sup>64</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

normatividade suficiente a regular as relações jurídicas. Consubstancia um verdadeiro impositivo jurídico, que se constitui em elemento interpretativo, integrativo e de controle, indispensável para a tutela da segurança jurídica e, por fim, à plena concretização da justiça relacional.<sup>65</sup>

É nesse sentido que a boa-fé torna-se um dos fundamentos do princípio da proibição ao comportamento contraditório.

### 2.2.2. A tutela da confiança

A confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, a ponto de já ser esta definida como 'confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa'.<sup>66</sup> A boa-fé, como se viu, vem geralmente definida como dever geral de lealdade e *confiança* recíprocas entre as partes, na esteira da expressão germânica *Treu und Glauben*.

António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO inclusive coloca a confiança não só como elemento da boa-fé objetiva, como também da subjetiva:

Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa-fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil.<sup>67</sup>

Para efeitos neste trabalho, porém o enfoque será dado à tutela da confiança na boa-fé em seu carácter objetivo.

Assim, apesar dessa proximidade dos conceitos, a boa-fé e a confiança não se confundem. Na visão de Judith MARTINS-COSTA:

Distinguem-se, pois os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primeiramente, ao dever geral de cooperação, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civilliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primeiramente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode

<sup>65</sup> FINGER, Ana Cláudia Finger. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Tese (mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 42.

<sup>66</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 91.

<sup>67</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1250.

constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).<sup>68</sup>

Ainda, assinala a autora que o princípio da confiança liga-se fundamentalmente com a) a proteção das expectativas; atuando também b) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.

No primeiro aspecto da confiança, como proteção das legítimas expectativas, cita Sylvia CALMES para quem a proteção da confiança indica que ‘o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, relativamente ao qual ele deve poder dirigir sua confiança’.<sup>69</sup> Demonstra que essa confiança é uma confiança adjetivada, a confiança legítima, também chamada expectativa legítima. Tal qualificativo, *legítima*, aposto à ideia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas.<sup>70</sup>

O termo ‘legítima’, segundo a autora, aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente aos quais o sujeito é considerado como estando ‘em bom direito’, cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao ‘bom direito’, segundo os elementos e circunstâncias do caso concreto. Assim, por exemplo, declarações pré-contratuais; a destinação do bem; os usos habituais, as informações acaso prestadas; contratos anteriores ou posteriores, ou quaisquer tipos de atos ou de atividades que confirmem o sentido conferido a declarações, pactuações ou a expressões em contextos anteriores ou circundantes, dentre outros.

71

Além disto, como se verá, não são poucos os autores a reconhecer que a noção de confiança transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre o direito de uma forma geral. A confiança tem atraído a atenção de outras ciências sociais. Tomada como crença efetiva nas motivações e comportamento de outros – o *taken-for-granted belief* -, a confiança tem sido objeto dos estudos mais recentes de sociologia e de ciência política, que a apontam como fator imprescindível para a

---

<sup>68</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n.852, out. 2006, p. 98

<sup>69</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança ..., p. 96

<sup>70</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança ..., p. 96-97.

<sup>71</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança ..., p. 97.

necessária colaboração e associação entre os agentes sociais.<sup>72</sup> Conforme discorre Judith MARTINS-COSTA, a proteção jurídica da confiança foi inicialmente apontada pela sociologia como fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, cabendo ao sistema normativo a garantia das expectativas geradas nas interações sociais.<sup>73</sup>

Na economia, a tutela da confiança é considerada elemento básico de um dos ramos mais modernos da doutrina econômica, a chamada *Nova Economia Institucional*. Segundo essa doutrina o desenvolvimento econômico de uma sociedade é ditado pelo modo de ser de suas instituições. São estas essenciais para o desenvolvimento social, pois servem como norte para as relações de cooperação entre os indivíduos, tendo em vista que reduzem a chamada insegurança estratégica, essa entendida como ‘a condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas consequências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos’.<sup>74</sup> Diante disso, quanto maior o grau de insegurança estratégica, menor a cooperação entre os indivíduos. Consequentemente, quanto maior o grau de confiança no comportamento de outrem, maior o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento da sociedade.<sup>75</sup>

Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se a observar o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. A obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, modifica-se para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os

---

<sup>72</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 92.

<sup>73</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n.852, out. 2006, p. 96.

<sup>74</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança..., p.96.

<sup>75</sup> LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o estado e o agente privado**. Tese (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 59-60.

praticou.<sup>76</sup> É nessa conjuntura que se inserem a teoria da declaração, a teoria da aparência, e até, de certa forma, a ampliação dos casos de responsabilidade objetiva, além de outras manifestações capaz de remetê-las à tutela da confiança.<sup>77</sup> Assim, segundo SCHREIBER, ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se em um plano axiológico-normativo, “não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social”<sup>78</sup>, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito como um todo. Ou seja, a confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social de seu exercício.

No que diz respeito à tutela da confiança no Direito Público, Almiro do COUTO e SILVA, entende que a confiança primeiro impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais. E, em segundo lugar, atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.<sup>79</sup> Ressalta, ainda, que não se pode esquecer que a proteção da confiança do destinatário, no tocante aos atos administrativos, resulta da presunção de legalidade de que esses atos gozam. É a Administração Pública que tem o dever de exarar atos administrativos que estejam em plena conformidade com as leis e com a Constituição.<sup>80</sup>

Celso Antônio Bandeira de MELLO, ressalta que deve-se entender que a proteção da confiança, ao tutelar interesses privados decorrentes de expectativas legítimas dos destinatários da função administrativa, proporciona a plena satisfação

---

<sup>76</sup> Nesse sentido, observa-se a relação entre a tutela da confiança e a boa-fé em seu caráter objetivo.

<sup>77</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 94-95.

<sup>78</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 95.

<sup>79</sup> COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005.-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>.

Acesso em: 17.10.2013 às 11:00), p.5.

<sup>80</sup> COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança ..., p.5.

do interesse público consistente na obtenção de um estado de segurança jurídica. Entende que não seria exagerado afirmar que a proteção da confiança realiza, a um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à segurança jurídica e ao Estado de Direito)".<sup>81</sup> Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, em consonância com esse pensamento, dizem que "Para o Direito, a confiança precisa ser conatural às relações com entidades, órgãos e agentes públicos, gerando as proporcionais consequências jurídicas".<sup>82</sup>

Em sentido semelhante, observa Judith MARTINS-COSTA o surgimento de uma nova ética para a Administração Pública, traduzida na necessidade das palavras e ações da Administração serem levadas a sério, porque geradoras de legítima confiança nos particulares. E segue afirmando que essa nova ética para a Administração Pública "induz observar, sob uma nova ótica, os tradicionais princípios da legalidade e da segurança que até então pareciam sustentar, absolutos, os fundamentos do Estado de Direito".<sup>83</sup> Ainda, destaca "a valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança", condição indispensável das ações e das relações afetas à direção do Estado, e a sua completa afeição, uma vez que "a confiança não é pensável *in abstracto*, longe das particulares ações e situações".<sup>84</sup> Assim, nas relações obrigacionais de direito público e de direito privado a tutela da confiança desdobra-se nos mandamentos de agir segundo a boa-fé e a lealdade. Estes há muito objeto das reflexões no Direito Privado, e segundo a moralidade pública.<sup>85</sup> Em consonância, entende Marcelo Ribeiro LOSSO aplicável o princípio da boa-fé objetiva, com base na proteção à confiança, "essa derivada da moralidade administrativa e da segurança jurídica, para determinar comportamentos no âmbito das negociações celebradas entre a Administração Pública e particulares".<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.69.

<sup>82</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

<sup>83</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 231.

<sup>84</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima..., p. 233.

<sup>85</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima..., p. 233.

<sup>86</sup> LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o estado e o agente privado**. Tese (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 130.



MARTINS-COSTA conclui que:

A Administração – ainda que atuando como autoridade decisória – está adstrita a conformar a própria conduta a normas de comportamento que, mesmo não expressamente previstas na lei ou em atos administrativos, permitem realizar o interesse público sem o excessivo sacrifício da esfera jurídica dos cidadãos. Daí que, objetivamente gerada a confiança por atos, palavras ou comportamentos concludentes, esta se incorpora ao patrimônio jurídico daqueles a quem são dirigidos esses atos, palavras ou comportamentos: o Ordenamento jurídico tutela os efeitos produzidos pela ação geradora de confiança em quem nela legitimamente confiou, coibindo ou limitando a ação administrativa, ou impondo deveres à Administração.<sup>87</sup>

A tudo isto, portanto, está intimamente ligado o *nemo potest venire contra factum proprium*. E se o recurso da boa-fé poderia parecer um tanto vago de início, as especificações conteudísticas que se seguiram convergiram para a noção de *tutela da confiança*, em que o princípio de proibição ao comportamento contraditório se enquadra com perfeição.<sup>88</sup>

De fato, o *nemo potest venire contra factum proprium* não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar a confiança e expectativas geradas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o princípio de proibição ao comportamento contraditório à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquela conduta inicial seria mantida, e não contrariada. Ausentes tais expectativas, ausente tal lesão à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência a um comportamento anterior.<sup>89</sup>

A tutela da confiança, juntamente com a noção de boa-fé objetiva, portanto, atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, *por meio* da incoerência. A contradição ou incompatibilidade de simples condutas deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege:

<sup>87</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 236.

<sup>88</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95.

<sup>89</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 96.

a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial.<sup>90</sup> Nesse panorama, SCHREIBER indica que nas hipóteses em que se verifica a autorização a contradição (i) ou a confiança necessariamente inexistente, ou (ii) a confiança é desprivilegiada diante de outros elementos que o legislador presume mais relevantes na situação fática contemplada.<sup>91</sup>

Por outro lado, nas hipóteses em que se prevê de forma expressa a vedação ao comportamento contraditório, a impossibilidade de vir contra os próprios atos não deriva aí – ao menos não diretamente – de um princípio segundo o qual ‘*a ninguém é dado vir contra os próprios atos*’, mas das regras específicas ditadas. Nesses casos, a confiança foi presumida, incorporando-se à norma legal a solução que pareceu ao legislador mais adequada. O mesmo acontece com relação àqueles atos considerados vinculantes pelo próprio ordenamento, que já determina sanções para a sua contradição.<sup>92</sup>

Em outras palavras, é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium*.<sup>93</sup>

### 2.2.3. A segurança jurídica

Por fim, o último fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* é a segurança jurídica. Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.<sup>94</sup> Ou seja, não há nem o que se questionar sua aplicação no Direito Público (em especial no que tange as licitações públicas).

PONTES DE MIRANDA ensina que a “Segurança jurídica [...] é segurança, que têm as pessoas, quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos

<sup>90</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 101.

<sup>91</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 97.

<sup>92</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 99-100.

<sup>93</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 101.

<sup>94</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

direitos, principalmente no trato com as outras pessoas [...]. A **segurança do direito** consiste em que se não ponham em dúvida a sua existência e o seu conteúdo”.<sup>95</sup>

A segurança jurídica também está diretamente relacionada com os conceitos de boa-fé objetiva e da tutela da confiança.

No que diz respeito à relação com a boa-fé, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou em casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a administração pública, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. “Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”.<sup>96</sup>

José Joaquim Gomes CANOTILHO, faz a relação da segurança jurídica com a tutela da confiança, que aqui se cita *ipsis literis* sob pena de não conseguir expor da mesma maneira clara que o autor:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus

<sup>95</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomos I, III e IV. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1955, p. 139 (grifo do original).

<sup>96</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. Ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.85.

direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”<sup>97</sup>

Portanto, nessa concepção, percebe-se que a segurança jurídica e a proteção da confiança são estreitamente ligadas, de modo que alguns autores inclusive defendem que o último é um subprincípio do primeiro.

Nessa linha de pensamento, temos Rafael MAFFINI que, com base nos estudos de Sylvia CALMES, termina por sistematizar o significado de segurança jurídica em três aspectos: I) o primeiro induz à ideia de previsibilidade, no sentido dos destinatários das funções estatais terem condições de conhecer os comportamentos da administração antes de sua concretização. Nesse sentido a segurança jurídica estará conformada pela legalidade. É decorrência desse entendimento a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a existência de regras de transição, a anterioridade da previsão de algumas matérias e a proteção da confiança legítima (*ex ante*) em relação às regras legais; II) o segundo aspecto que o autor traz é a noção de acessibilidade, no sentido de conhecer as ações estatais. Nesse sentido a análise aproxima-se da noção de transparência, que possui dois aspectos: a formal e material. O aspecto formal concerne à acessibilidade no sentido de publicidade efetiva, adequada e suficiente. O aspecto material traz a exigência de que os atos administrativos sejam motivados, coerentes, claros e precisos, tanto no que se refere às ações em si quando às razões que os determinaram; III) o terceiro aspecto apresenta a noção de previsibilidade *ex post*, no sentido de estabilidade, assim entendida a continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas, tanto nos atos quanto nos comportamentos estatais. Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica se conforma e é conformada por institutos como a coisa julgada, preclusão, decadência, o direito adquirido, a *proteção à confiança*, entre outras.<sup>98</sup>

Diante disso, o autor consigna que tendo por premissa o surgimento do princípio da proteção da confiança a partir de uma dedução do princípio da

---

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

<sup>98</sup> MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 50-54.

segurança jurídica, poder-se-ia, para fins de previsão até mesmo terminológica, tratar da questão do seguinte modo:

[...]o gênero 'princípio da segurança jurídica' *lato sensu*, tal como compreendido e sistematizado acima, ou seja, como resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade) poderia ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas concepções, em duas principais formas de incidência: a) o sentido objetivo, aqui designada de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica objetivamente considerada; b) o sentido subjetivo, assim considerado a proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação.<sup>99</sup>

Almiro do COUTO e SILVA, por sua vez, também entende que a segurança jurídica é vista como um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Por outro lado, de natureza subjetiva, concerne à proteção da confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.<sup>100</sup>

Ressalta o autor que é certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Entretanto, entende não ser igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em qualquer circunstância, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

<sup>100</sup> COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005.-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>. Acesso em: 17.10.2013 às 11:00.

<sup>101</sup> COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo

Na concepção de COSTALDELLO, o conceito de segurança jurídica é mutável. Ou seja, não se afasta de certos valores e necessidades, sejam eles culturais ou econômicos, de uma dada coletividade em certo momento histórico. O que é certo é o elemento teleológico da segurança jurídica, qual seja, a confiança dos indivíduos diante do cumprimento do ordenamento jurídico, adaptando-se às várias circunstâncias e em cada uma das relações jurídicas que se formam.<sup>102</sup> O conteúdo do termo 'segurança jurídica', portanto, tem por missão alcançar um certo ideal de justiça, cujas relações jurídicas estabelecidas e seus efeitos não seriam atingidos pela instabilidade e a incerteza, "gerando a injustiça do caos".<sup>103</sup> Ou seja, uma vez submetido o Estado ao primado da lei e do Direito, garantidos os direitos fundamentais e outros valores indispensáveis à coletividade, defende ser a segurança jurídica um dos corolários de paz e harmonia social.<sup>104</sup>

#### **2.2.4. Conclusão - Fundamentos do princípio da proibição ao comportamento contraditório**

Diante de tudo que foi exposto, verifica-se que o princípio da proibição do comportamento contraditório tem como base normativa a boa-fé objetiva, a tutela da confiança e a segurança jurídica. Como bem destacou COUTO e SILVA, "por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança são ideias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras".<sup>105</sup>

---

decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 6. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005.-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>.

Acesso em: 17.10.2013 às 11:00.

<sup>102</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 36-37.

<sup>103</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 39.

<sup>104</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 39.

<sup>105</sup> COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005.-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>.

Acesso em: 17.10.2013 às 11:00.

É claro que muitas vezes algum dos conceitos se sobressairá em relação aos demais, mas a estrutura do *nemo potest venire contra factum proprium* será sempre a mesma. Todos os fundamentos se relacionam com a impossibilidade do agente praticar livremente seus atos em contradição com uma posição anteriormente estabelecida, o que é justamente o que esse princípio busca.

O princípio de proibição ao comportamento contraditório, concebido como uma vedação ao comportamento incoerente dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão um instrumento de realização de um valor constitucional. O princípio da solidariedade social, protegido como objetivo da República brasileira no artigo 3º, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, impõe a recíproca consideração da posição alheia nas relações jurídicas. Há relação direta entre solidariedade social e o princípio de proibição ao comportamento contraditório.

O *venire contra factum proprium* aparece, portanto, como um modelo concreto de comportamento contrário à boa-fé, a tutela da confiança e/ou da segurança jurídica. Esta fórmula, sobretudo em um contexto de *superutilização* de conceitos abstratos (tais como a boa-fé, a segurança jurídica, entre outros), evita que se conduza a avaliações diferenciadas e a soluções inteiramente divergentes, ainda que as hipóteses fáticas sejam substancialmente semelhantes. Assim, oferecer parâmetros objetivos aos julgadores nessa avaliação e vedação de exercícios inadmissíveis de direitos é o principal papel do princípio de proteção ao comportamento contraditório.

### **2.3. Pressupostos de aplicação do princípio da proibição ao comportamento contraditório**

O objetivo do *nemo potest venire contra factum proprium* é, como já se esclareceu, a tutela da boa-fé, da confiança legítima e da segurança jurídica. Os pressupostos de sua aplicação devem, portanto, ser voltados para estes fins.

Judith MARTINS-COSTA aponta os elementos necessários a viabilizar a proteção da confiança por meio do *nemo potest venire contra factum proprium* que seriam: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da

confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.<sup>106</sup>

Essa concepção é muito semelhante a que encontramos na obra de SCHREIBER<sup>107</sup>, na qual indica que os quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório seriam: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

Como se vê, os pressupostos desses dois autores são praticamente idênticos em seu conteúdo, somente mudando o vocabulário utilizado. No presente trabalho utilizaremos os termos do segundo autor.

### 2.3.1. O fato próprio

O primeiro pressuposto do *nemo potest venire contra factum proprium* é justamente o *factum proprium*, a conduta, o comportamento, o ato inicial.

O *factum proprium* quer, antes, significar um acontecimento derivado da atuação humana, ou seja, uma conduta, um comportamento inicial. Tal comportamento (a que se chama conduta inicial para diferenciá-la do comportamento posterior, que em sentido contrário virá) é por alguns autores denominado de ‘conduta vinculante’, ao argumento de que a ‘conduta deve ser juridicamente relevante’ e ‘juridicamente eficaz’.<sup>108</sup>

Na concepção de Anderson SCHREIBER, o *factum proprium* não é um ato jurídico em seu sentido tradicional. Ato jurídico são ‘manifestações de vontade que produzem, em virtude da cobertura legal, a aquisição ou a extinção de direitos’. Para o estudioso, o comportamento inicial não tem esta cobertura legal. Não configura, a princípio, uma conduta juridicamente vinculante. Se um comportamento já é

<sup>106</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. Ed., 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 466.

<sup>107</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>108</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 132–133.



vinculante, nos termos do direito positivo – porque a lei assim o declara ou porque preenche os requisitos legais para ser qualificado como ato jurídico -, entende não ser necessário recorrer-se à confiança para impor o dever de conservação do seu sentido objetivo. Qualquer contradição a um ato jurídico já gera, de acordo com o direito positivo, responsabilidade. Na opinião do autor, em tais casos, a confiança na coerência de uma eventual conduta posterior é irrelevante. A lei a dispensa, porque o comportamento contraditório terá violado uma conduta que o próprio direito positivo já declarava vinculante.<sup>109</sup>

Em outras palavras, o *factum proprium* é, para ele, uma conduta não-vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. Passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem. ‘Não é jurídico; torna-se jurídico’.<sup>110</sup> Não precisa ser definido, a *priori*, como ‘conduta vinculante’, já que vinculante somente será se presentes os demais pressupostos de incidência da proibição ao comportamento contraditório.<sup>111</sup>

Em conclusão, SCHREIBER não exige do *factum proprium* que seja vinculante, nem que seja juridicamente relevante ou eficaz, mas que possa, sob o ponto de vista fático e objetivo, repercutir na esfera alheia, gerando legítima confiança.<sup>112</sup>

A importância do caráter inicialmente não-vinculante do *factum proprium* não deve ser desprezada. De fato, ao atuar sobre condutas que a princípio não recebem qualquer proteção jurídica, o *nemo potest venire contra factum proprium* tem o condão de convertê-las em condutas juridicamente vinculantes, no sentido de que passam a não ser mais passíveis de contradição. Tais condutas, inicialmente irrelevantes ao direito, tornam-se, desta forma, relevantes, porque o direito passa a exigir a sua conservação.<sup>113</sup> Ou seja, diante das circunstâncias concretas, os comportamentos objetivamente capazes de despertar a confiança de outrem devem

<sup>109</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 134.

<sup>110</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 134-135.

<sup>111</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 136.

<sup>112</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 137.

<sup>113</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 138.

ser mantidos. Os temores aqui de uma ‘supervinculação jurídica’ e de uma crise de segurança (já que não se saberia mais quando e como se estaria ingressando no campo do direito) não se justificam, segundo SCHREIBER, diante do reconhecimento de que o direito deve exercer, na sociedade contemporânea, um papel menos voltado à regulação de situações típicas específicas, e mais comprometido com a realização dos valores sociais consagrados pela Constituição.

114

Ademais, a pluralidade de fontes normativas e a dinâmica produção legislativa contemporânea, na esteira da complexificação e especialização das relações sociais, já impede a identificação, pela maior parte das pessoas, do caráter jurídico ou não-jurídico do seu comportamento, e de eventuais normas a ele aplicáveis. Neste sentido, o princípio de proibição ao comportamento contraditório vem surgir como fator de segurança, tutelando todas as expectativas legítimas despertadas no convívio social, independentemente da incidência de qualquer norma específica.<sup>115</sup>

SCHREIBER, portanto, defende que o *factum proprium* é uma conduta não-vinculante, que *torna-se* jurídico.

Entretanto, entendemos que no âmbito do presente trabalho, na qual se tentará demonstrar a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito específico da licitação pública, o *factum proprium* pode sim ser um ato vinculante. Em outras palavras, pode, desde logo, ser um ato jurídico em seu sentido estrito.

Como se verá no decorrer desse estudo, o *nemo potest venire contra factum proprium* deve servir como um instrumento de concreção dos princípios que regem as licitações públicas. Em conjunto com outros conceitos, deve reforçar a tutela da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica nas licitações públicas. Defenderemos, assim, que o *factum proprium* poderá ser qualquer ato que crie a expectativa legítima de que será mantida, independentemente de já ser vinculante ou já haver uma norma regulando essa situação.

Assim, a importância do caráter inicialmente não-vinculante do *factum proprium* não deve ser deixada de lado, mas não pode ser restringida somente a ela.

---

<sup>114</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 139.

<sup>115</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 140.

### 2.3.2. A legítima confiança

Para que se aplique o princípio de proibição do comportamento contraditório não basta um *factum proprium*. É preciso que tal *fato próprio* desperte no outro uma legítima confiança na conservação do seu sentido objetivo. A confiança que se perquire aí não é um estado psicológico, subjetivo, daquele sobre quem repercute o comportamento inicial. Trata-se, antes, de uma adesão ao sentido objetivamente extraído do *factum proprium*.

Somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial. Entretanto, desde logo, é possível indicar alguns indícios gerais *não-cumulativos* que servem para verificar a existência da legítima confiança. São elas: (1) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *fato próprio*; (2) a divulgação pública das expectativas depositadas; (3) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial; (4) o grau elevado de sua repercussão exterior; e (5) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento.<sup>116</sup> A própria existência de um prejuízo sugere, normalmente, que o prejudicado aderiu, em alguma medida, ao *factum proprium*.

Ora, não basta o estado de confiança. É preciso que tal confiança seja legítima, no sentido de que deve derivar razoavelmente do comportamento inicial. Assim, a ressalva expressa de possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento exclui, a princípio, a legitimidade da confiança. Também não o há naquelas situações em que a lei autoriza expressamente a contradição do próprio comportamento. Em regra, se exclui a legitimidade da confiança diante de comprovada má-fé por parte daquele que invoca a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório. Por fim, não se deve confundir a presença da legítima confiança com um estado romântico de crença absoluta e incontestável na atuação coerente do outro.<sup>117</sup>

Ou seja, não há uma definição *a priori* do que é a legítima confiança. Deverá ser verificada no caso concreto a existência ou não desse pressuposto.

<sup>116</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 141.

<sup>117</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 141-144.

Diversos são os fatores que tornam *legítima* uma confiança. Dessa forma, iremos nos reportar ao *item 2.2.2* do presente trabalho, para que não se repitam as divagações sobre a legítima confiança.

### 2.3.3. Contradição ao fato próprio

O terceiro pressuposto de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* é o exercício de um comportamento em contrariedade ao comportamento inicial. O que se exige é tão somente a contradição, independentemente de uma intenção ou propósito íntimo de contrariar, pois, como expressão da boa-fé objetiva e de uma superação do voluntarismo pela preocupação com a dimensão social do exercício de situações jurídicas subjetivas, o *princípio de proibição ao comportamento contraditório* prescinde de qualquer aspecto inerente ao sujeito que pratica a contradição. Suas intenções e ânimos são irrelevantes para a incidência do princípio.<sup>118</sup> Ou seja, exige-se somente a contradição em sentido *objetivo*.

Por contradição deve-se entender uma incompatibilidade objetiva entre os dois comportamentos. Tal contradição não é aferida em um exame estritamente lógico, mesmo porque dois comportamentos podem ser, e de fato muitas vezes são, contraditórios sob um aspecto, e coerentes sob outro. O que se deve analisar é a contradição entre o sentido objetivo da conduta inicial, à luz da confiança que se alega objetivamente despertada por quem invoca o *venire contra factum proprium*, e o sentido objetivo da conduta posterior (ou seja, do resultado que ela pretende obter), tendo em vista a mesma confiança. O exame da contradição à luz da intenção subjetiva do agente retiraria do *princípio de proibição ao comportamento contraditório* o caráter objetivo, que lhe caracteriza, e o afastaria da preocupação com a repercussão social dos comportamentos, que consiste no seu próprio fundamento. É, portanto, sob a ótica da confiança legítima objetivamente considerada que se deve verificar se houve (ou não) incoerência entre o comportamento inicial e o comportamento posterior.<sup>119</sup>

Ressalte-se que a utilização do adjetivo '*posterior*' revela uma última questão relativa a este pressuposto: à necessidade de uma sucessão lógico-temporal entre

---

<sup>118</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 144-145.

<sup>119</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 148-149.

os dois comportamentos. A doutrina costuma exigir que o comportamento contraditório se suceda àquele que contradiz.<sup>120</sup> A exigência parece derivar do próprio conceito de contradição. A extensão do lapso temporal que separa os dois comportamentos é tida como irrelevante, desde que o comportamento contraditório venha posteriormente ao comportamento inicial. Não é de se desconsiderar, entretanto, que, normalmente, quanto mais longo o lapso de tempo transcorrido, maior a confiança na conservação da conduta inicial. Daí a constante referência, em matéria de *venire contra factum proprium*, à consolidação dos feitos da conduta no tempo.<sup>121</sup>

A afirmação, que chega a parecer óbvia, oculta a problemática da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* em comportamentos contraditórios simultâneos. Pode, de fato, ocorrer que alguém adote simultaneamente condutas que são, entre si, contraditórias. Nestes casos, a doutrina tem comumente rejeitado a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*, alegando que confiança legítima não se terá formado. A própria simultaneidade dos comportamentos excluiria, a princípio, a formação de expectativas legítimas ligadas à conservação de qualquer das condutas, e a situação se resolveria por meio de outros instrumentos jurídicos, como a repressão ao dolo e à fraude.<sup>122</sup>

Conduto, a confiança, que o *nemo potest venire contra factum proprium* pretende tutelar, não se forma no momento de prática da conduta, mas no momento de sua repercussão sobre o titular desta confiança. Dessa forma, nos parece que pode haver, sim, a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório em situações de condutas contraditórias simultâneas, desde que a sua repercussão sobre aquele que invoca o *nemo potest venire contra factum proprium* tenha se dado em momentos diferentes.<sup>123</sup>

Conforme exemplifica SCHREIBER:

Imagine-se, a título de exemplo, que a Administração Pública proceda simultaneamente à licitação para alienação de um terreno, e à propositura de uma ação declaratória de nulidade do processo licitatório. Ainda que ambos os atos – a abertura da licitação e a propositura da ação judicial – tenham sido praticados simultaneamente, resta evidente que o particular,

<sup>120</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 149.

<sup>121</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 150.

<sup>122</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 150.

<sup>123</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 150-151.

que tomou conhecimento da licitação em um primeiro momento, mas só muito depois, quiçá após a efetiva transferência do terreno, veio a ser informado da ação declaratória de nulidade, é titular de uma legítima confiança. Há aí clara violação à boa-fé objetiva por parte da Administração Pública, e, ainda que se possa invocar outros instrumentos para solução do caso (imoralidade administrativa, violação de dever funcional etc.), não se vê razão para privar o titular da confiança rompida da invocação *do nemo potest venire contra factum proprium*, especialmente porque tal princípio pode se mostrar mais efetivo na tutela preventiva de seus interesses.<sup>124</sup>

Parece, portanto, que comportamentos contraditórios simultâneos podem ensejar confiança legítima e atrair a aplicação *do nemo potest venire contra factum proprium* desde que tenham repercutido em momentos diferenciados sobre o titular da confiança.

Por fim, ousaremos discordar de SCHREIBER em mais um ponto no presente trabalho. O estudioso defende o aspecto aparentemente lícito do comportamento contraditório. Entende que se a contradição à conduta inicial se dá por meio de um ato que o ordenamento jurídico já considera ilícito, as sanções a este ato decorrerão de disposições específicas do próprio ordenamento, e não de eventual proteção à confiança e à solidariedade nas relações sociais. Consigna que, havendo ilicitude, não se faz necessária a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório, por se tratar de ato combatido com maior propriedade pelas normas específicas que o sancionam.<sup>125</sup>

Entretanto, acreditamos que essa posição não deve prevalecer. O princípio de proibição ao comportamento contraditório deve ser aplicado sempre que houver uma contradição ao comportamento próprio de determinado agente, independentemente de haver uma norma específica regulando a situação. Isso porque, o principal argumento utilizado pelo autor é de que o tema provavelmente será combatido com maior propriedade pelas normas específicas que o tratam. Isso não é uma verdade absoluta. Muitas vezes, especialmente no âmbito da licitação pública, há determinados comportamentos contraditórios previstos pelo legislador que não preveem sanções adequadas para sanar o dano causado pela conduta que violou a legítima confiança de outrem. Em outras palavras, defendemos que o pressuposto de *contradição ao fato próprio* deve ser amplamente considerado, e não somente aqueles aparentemente lícitos e não regulados pelo ordenamento positivo.

<sup>124</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 151.

<sup>125</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 145-146.

Em síntese, quando se fala em um comportamento contraditório ao *factum proprium* o que se está a exigir é o exercício de uma conduta em contrariedade com uma conduta adotada anteriormente. Não é necessário que se trate tecnicamente de uma pretensão, nem que seja o comportamento contraditório deduzido em juízo ou praticado no âmbito processual.<sup>126</sup> O que se exige são apenas dois comportamentos entre os quais se verifique contradição.

#### 2.3.4. Dano efetivo ou potencial

O que se busca impedir com o *princípio de proibição do comportamento contraditório* é que uma pessoa, que legitimamente confiou na manutenção do sentido objetivo de uma conduta inicial, venha a sofrer um prejuízo a partir da ruptura desta confiança pela adoção de um comportamento contraditório. Disto se extrai que a aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório somente se justifica na presença de um dano ou de uma ameaça de dano.<sup>127</sup>

Em síntese, temos João Baptista MACHADO que aduz:

Do ponto de vista estrito do direito, parece-nos que a tutela da confiança só tem razão de ser quando a conduta contrária à fides causar ou for susceptível de causar danos a outrem. O dano, o dano actual ou o dano eventual, será pois um elemento indispensável para que se verifique uma hipótese de responsabilidade pela confiança.<sup>128</sup>

Em outras palavras, o que se pretende com o *nemo potest venire contra factum proprium* é prevenir ou reparar danos, protegendo aquele que legitimamente confiou na coerência alheia. Não se exige um dano efetivo. O mero potencial lesivo já é suficiente, porque, sendo bem sucedida em seu efeito primordial, a proibição ao comportamento contraditório impedirá mesmo a produção de qualquer prejuízo, obstando o comportamento contraditório. Entretanto, se o comportamento contraditório não puder ser obstando a tempo, e dano se verificar, assumirá o

<sup>126</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 148.

<sup>127</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 152.

<sup>128</sup> João Baptista Machado. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In: **Obra dispersa**. Braga: Scientia Iuridica, 1991, p. 365 *apud* SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 153.

princípio um efeito reparatório, impondo o desfazimento da conduta posterior ou o ressarcimento pecuniário dos danos, conforme o caso.<sup>129</sup>

Os danos, potenciais ou efetivos, decorrente do comportamento contraditório incluem geralmente despesas efetuadas por conta das expectativas despertadas e outras espécies de danos emergentes, além de lucros cessantes como a não realização de certa atividade rentável, por exemplo. Ressalta-se, entretanto, que os danos decorrentes do *venire contra factum proprium* não serão necessariamente patrimoniais em todos os casos. Embora a ruptura da legítima confiança não possa ser considerada por si só um dano moral, pode ela, em certas circunstâncias concretas, dar origem a um dano moral, como reflexo da frustração de relevantes expectativas sobre atributos da personalidade humana, como a honra e a integridade psicofísica.<sup>130</sup>

O dano efetivo ou potencial, portanto, é o último pressuposto de aplicação do princípio da proibição ao comportamento contraditório. Todos eles devem estar presentes para a correta aplicação do princípio.

---

<sup>129</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 153.

<sup>130</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento...**, p. 154.



### 3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO E A LEI GERAL DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/1993)

#### 3.1. A lei geral de licitações

A licitação pública é o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona pessoas aptas a executar determinados contratos administrativos. Através dela obtém-se a seleção do licitante que, em razão dos requisitos do edital em confronto com as propostas dos demais concorrentes, presume-se que prestará com maior eficiência o objeto contratual.<sup>131</sup>

A licitação deve estimular a competição entre os potenciais interessados para realizar o contrato administrativo. A Administração tem o dever de instalar a competição *ex ante*, a fim de obter o melhor resultado técnico e econômico financeiro. Os particulares são estimulados a incrementar a própria eficiência gerencial, a fim de fornecer obras e serviços de alta qualidade ao mais baixo custo possível.<sup>132</sup>

A Lei 8.666/1993, que regula as licitações e os contratos administrativos, é um dos diplomas normativos infraconstitucionais mais importantes no Direito Público brasileiro. É ela quem fornece normas gerais relativas à quase totalidade das licitações e contratações públicas das pessoas políticas, seja da Administração pública direta ou indireta. Da sua aplicação resulta a construção e o aperfeiçoamento da infraestrutura econômica nacional e o funcionamento do aparelho estatal. Grande parte da economia nacional depende, direta ou indiretamente, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.<sup>133</sup>

A sua boa aplicação orientada pela interpretação razoável de suas previsões normativas importa ganhos públicos. Não só na economia de verbas, mas especialmente no eficiente desempenho das funções administrativas do Estado e na construção de obras que permitam o desenvolvimento econômico do País.<sup>134</sup> É importante, pois, a observância dos princípios jurídicos que a regulam.

---

<sup>131</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito*. São Paulo, 2004, p. 105.

<sup>132</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *A lei de licitações...*, p. 105.

<sup>133</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *A lei de licitações...*, p. 104.

<sup>134</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *A lei de licitações...*, p. 105.

Entretanto, logo quando da sua promulgação, a intensidade e a extensão do número de regras fez com que alguns preceitos não gerassem um ambiente acolhedor nem para a Administração nem para as pessoas privadas.<sup>135</sup>

Carlos Ari SUNDFELD inclusive qualificou a lei como “um martírio para os milhares de profissionais obrigados a cumpri-la cotidianamente”<sup>136</sup>. Isso porque, tentou-se solucionar todos os problemas das contratações públicas (sociais, éticos, econômicos, gerenciais, entre outros) com o recurso a um formalismo exacerbado. Incidiu no erro da suposição de que mera promulgação de leis (mundo do deve-ser) pode mudar por completo a realidade (mundo do ser).<sup>137</sup>

Após cerca de 20 anos, o atual cenário jurídico permite uma compreensão mais tolerante do texto. Grande parte dessa tolerância diz respeito a sua interpretação conforme os princípios jurídicos a ela inerentes. Marçal JUSTEN FILHO sobre assunto diz que “O processo de aplicação concreta da Lei foi produzindo uma espécie de depuração legislativa, tal como sempre ocorre. Logo a interpretação da Lei n. 8.666/1993 vem produzindo uma espécie de superação da tradição recepcionada, de molde a que os princípios jurídicos fundamentais sejam efetivamente realizados”.<sup>138</sup>

Ao seu tempo, a Lei 8.666/1993 enaltece uma gama de princípios com especial aplicação frente a atividade administrativa do Estado.<sup>139</sup> Mas, ressaltam Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES, que o elenco consignado na Lei Geral de Licitações é exemplificativo, “vez que a força motriz do direito administrativo é o texto constitucional”.<sup>140</sup>

A licitação pública, portanto, deve também ser orientada por princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Esse feixe de normas superiores dá identidade ao regime jurídico-administrativo, bem como parâmetros e limites à atuação da Administração Pública.

<sup>135</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito**. São Paulo, 2004, p. 104.

<sup>136</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 11.

<sup>137</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **A lei de licitações,...**, p. 104.

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 12.

<sup>139</sup> Lei 8.666/1993 - Art. 3º *caput*: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

<sup>140</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71.

Os autores também chamam a atenção de que o estudo dos princípios não pode implicar o desprezo às demais normas componentes do sistema jurídico. Dizer que os princípios são importantes não pode implicar a revogação das regras legais, e muito menos a destruição das regras contratuais.<sup>141</sup>

Neste capítulo iremos relacionar o princípio de proibição ao comportamento contraditório com alguns dos princípios que norteiam as licitações públicas.

### **3.1.1. Princípio da legalidade e o *nemo potest venire contra factum proprium***

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), no entender de Hely Lopes MEIRELLES, significa que o administrador público está, em toda atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se, conforme o caso, a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.<sup>142</sup>

A Administração, entretanto, não está apenas subordinada ao Direito positivo. É claro que só em virtude de lei o administrador público pode fazer, deixar de fazer e/ou instalar comando cogentes para as pessoas privadas. Isso, contudo, não autoriza a leitura apressada dos textos normativos e sua aplicação às cegas. O princípio da legalidade já abandonou tal compreensão fechada e simplista, pois a vida é muito mais complexa que a forma traçada nos textos legais.<sup>143</sup>

Assim, conforme destaca Juarez FREITAS a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartado no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia como que dispõe o texto constitucional.<sup>144</sup>

Portanto, a legalidade que hoje estão a se referir os estudiosos do Direito, diz respeito a algo mais amplo que a legalidade formal a que se submete o Poder

---

<sup>141</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

<sup>142</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 82.

<sup>143</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública...**, p. 73.

<sup>144</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44.

Público. Há que se adotar, pois, a noção mais abrangente e mais profunda da legalidade, ou seja, a de juridicidade administrativa.<sup>145</sup>

A partir dela, vê-se um Estado de Direito que se volta aos anseios de concretização da Justiça, pois o princípio da juridicidade quer significar que a Administração Pública está submetida a toda ordem jurídica que visa, predominantemente, assegurar a proteção às liberdades públicas e os direitos fundamentais.<sup>146</sup> COSTALDELLO salienta que juridicidade e legalidade não se excluem, apenas originam-se e atuam em esferas diferentes. A juridicidade encontra-se em toda e qualquer Administração Pública, sobretudo naquela que se conforma com o Estado de Direito. Já a legalidade resulta de cada um dos ordenamentos jurídicos e espraia efeitos e regulamenta ações somente no âmbito daquele ordenamento.<sup>147</sup>

O princípio da legalidade garante a previsibilidade na intervenção estatal, representando a proibição de atos *contra legem*. A legalidade não constitui o único comando vinculativo do agir administrativo, haja vista que a lei não é considerada a única fonte do Direito, como se disse.<sup>148</sup> Como bem destacado por Luiz Alberto BLANCHET, “são fontes do direito administrativo a lei, a doutrina, o costume e a jurisprudência”.<sup>149</sup> Em outras palavras, a essência do Estado de Direito se cumpre e se expõe no princípio da juridicidade administrativa, indo muito além da legalidade, afirmando-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas.

O administrador público que se submete apenas à lei em seu sentido formal, e não ao Direito como um todo, não está agindo da maneira como a concepção de legalidade hoje é vista.<sup>150</sup>

Diz Cármen Lúcia Antunes ROCHA ao comentar sobre a matéria:

<sup>145</sup> Sobre o tema ver ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-141.

<sup>146</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 50.

<sup>147</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 51.

<sup>148</sup> FINGER, Ana Cláudia Finger. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Tese (mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 46.

<sup>149</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed., Curitiba: Juruá, 2005, p. 23.

<sup>150</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 80 e seguintes.

“O ‘império’ da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o ‘Império da Justiça’, sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A ‘legalidade’ não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não são poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos.”<sup>151</sup>

Como bem observado por MOREIRA e GUIMARÃES, a própria Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999) estabelece o critério de “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, inciso I). Tal previsão explicita o princípio da juridicidade, pois nem todo o Direito encerra-se no texto das leis. Nessa concepção a norma jurídica é construída pelo aplicador (e não meramente declarada por ele).<sup>152</sup>

A alteração, portanto, se opera, no conteúdo e significação do princípio da legalidade e na adoção do princípio da juridicidade. Utiliza-se o termo ‘legalidade’ uma vez que tal princípio é majoritariamente utilizado pela doutrina, jurisprudência e pelo texto Constitucional vigente, erigido a princípio constitucional da Administração Pública.

Como ensina MEIRELLES, além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativa, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública. “Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”.<sup>153</sup>

Na concepção de Marçal JUSTEN FILHO, é indispensável evitar o entendimento de que, para se identificar o princípio da legalidade, é necessária a existência de disposição expressa no texto de uma lei. Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado

<sup>151</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 109.

<sup>152</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73.

<sup>153</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 82.

como exigência de disciplina legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de ‘lei’. Ressalta a existência de princípios jurídicos implícitos e também de regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa. Em suma, o princípio da legalidade não conduz a uma interpretação literal das leis para determinar o que é permitido, proibido ou obrigatório.<sup>154</sup>

Por sua vez, Paulo OTERO, ao escrever uma obra integralmente voltada ao estudo da legalidade em face da administração pública no direito português<sup>155</sup>, observa:

Os alicerces políticos do princípio da legalidade administrativa revelam que, ao invés da interpretação tradicional dos postulados filosóficos liberais, a vontade do poder executivo nunca é totalmente alheia ao conteúdo configurativo dessa mesma legalidade (...); A textura aberta, principialista, plural e complexa da normatividade determina que o sentido último do seu conteúdo vinculativo junto da Administração Pública seja determinado em concreto pelos próprios órgãos que a ela estariam formalmente heterovinculados: aos órgãos administrativos compete (i) a identificação das normas a aplicar, (ii) a definição interpretativa do respectivo sentido, (iii) a concretização dos equilíbrios ponderativos em aberto, (iv) a resolução de antinomias e (v) um juízo global sobre os resultados finais da sua aplicação.<sup>156</sup>

Já Eduardo García de Enterría é claro ao afirmar que hoje a Constituição espanhola “admite que, precisamente no que toca à Administração, nem todo o Direito encerra-se nas leis (art. 103.1)”.<sup>157</sup>

Por fim, concluem Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES que o princípio da legalidade não retrata a singela concepção de um rol de normas fechadas, que se encerram em sua própria leitura e, assim, limitam a atuação prática da Administração. Ao contrário, exige a compreensão do todo do

<sup>154</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

<sup>155</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>156</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração...**, p. 1101.

<sup>157</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I, p. 61 *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4ª ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93.

ordenamento jurídico e a inserção da conduta cogitada, de forma harmônica, nesse universo normativo. A perfeita compreensão do comportamento administrativo e do texto legal que o prevê somente é possível em razão do contexto fático-normativo onde estão inseridos. São os *pressupostos contextuais* do comando normativo, as circunstâncias que autorizam (ou não) sua aplicação ao caso concreto. É dessa forma que deve ser compreendida a legalidade nas licitações e contratações públicas.<sup>158</sup>

Diante dessa nova orientação acerca do princípio da legalidade, que não se restringe somente à lei formal, abre-se espaço para o *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da licitação pública. Os fundamentos do princípio, quais sejam, a boa-fé objetiva, a tutela da confiança e a segurança jurídica, conformam o Direito que deve ser seguido tanto pelo administrador quando pelos administrados.

O procedimento licitatório é regulado sim, em sua essência, pela Lei 8.666/1993. Entretanto, não somente a ela. A Constituição deve ser observada, bem como as demais normas jurídicas que alcançam o nosso ordenamento jurídico. E é nelas que se encontram o dever de agir com boa-fé<sup>159</sup>, de resguardar a confiança daquele com quem se está relacionando e de garantir a segurança jurídica dos atos. Nesse sentido, como bem ressaltado por COSTADELLO, nas situações concretas ocorrentes na Administração Pública, “não raro, para prevalecer o ideal de justiça, a legalidade estrita cede lugar a outros princípios e valores, como a segurança jurídica e a boa-fé”.<sup>160</sup>

Ressalte-se que o administrado, ao relacionar-se com a Administração Pública, tem o pressuposto de que a atuação do ente estatal cumpre o princípio da legalidade; afinal, só pode agir nos estritos termos que o ordenamento jurídico lhe autoriza. Ao lado dessa premissa, os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, ou seja, trata-se de elemento colaborador e justificador da segurança jurídica, da certeza do Direito que têm os particulares nas ações do Poder Público

---

<sup>158</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, P. 73.

<sup>159</sup> “Atualmente, além da lei, há a necessidade de considerar vários outros valores, como a garantia dos direitos fundamentais, boa-fé, ordem pública, dentre outros.” In COSTADELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 35.

<sup>160</sup> COSTADELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 131.

que lhes atingem.<sup>161</sup> Assim, diante das prerrogativas que o Poder Público possui é que, com mais atenção, deve ser observado o princípio de proibição ao comportamento contraditório.

É certo que em determinadas situações a lei em seu sentido literal permitirá a conduta contraditória no âmbito da licitação. Entretanto, devem ser sopesados os valores em jogo para se escolher qual será a decisão mais justa para o caso concreto. Caso se verifique que a legalidade estrita deve se sobrepor a boa-fé da contraparte ou mesmo que a confiança nesse ato não merece ser tutelada, nada impede que a lei seja aplicada de imediato. Por outro lado, caso se verifique que a atribuição de valor a elementos outros – que não apenas à legalidade – atende à finalidade última do Direito, que é a justiça, por intermédio da paz social e da segurança das relações de seus indivíduos, está deve ser a decisão que se manterá.

Portanto, uma vez presentes os pressupostos de aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório<sup>162</sup>, também não se quer dizer que sua aplicação deverá ser imediata. Deverão ser sopesados todos os valores envolvidos de modo que sejam resguardados os direitos que se sobressaiam no caso concreto e a decisão seja a mais adequada, razoável e justa.

### **3.1.2. Princípio da moralidade e o *nemo potest venire contra factum proprium***

A moralidade administrativa está estreitamente ligada à proibição ao comportamento contraditório. A sua estrutura, mesmo sem um conteúdo definido aprioristicamente, sempre ronda a coerência das relações administrativas.

Como se verá, em diversas situações, a boa-fé juntamente com a confiança dá concretude ao princípio da moralidade administrativa.

Marçal JUSTEN FILHO entende que “O princípio da moralidade é, por assim, dizer um princípio jurídico ‘em branco’, o que significa que seu conteúdo não se

---

<sup>161</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 134,

<sup>162</sup> 1- *Factum proprium*; 2- a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; 3 - um comportamento contraditório com este sentido objetivo; e 4 - um dano ou um potencial de dano a partir da contradição – ver item 2.3.



exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previsto no Direito legislado”.<sup>163</sup> Em consonância, entende Egon Bockmann MOREIRA defendendo não haver possibilidade de definição apriorística da moralidade. “O termo é, por excelência, fluido, aberto – não possui critérios estanques que deem, automaticamente, resposta exata ao cumprimento do princípio”.<sup>164</sup>

É também certo que a legalidade em sentido estrito não é suficiente para gerar a justiça nos casos concretos, como se viu. É por isso que Hely Lopes MEIRELLES consigna que a administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao *legal* se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Entende que foram desses princípios que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa.<sup>165</sup> O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua *legalidade* e *finalidade* constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.<sup>166</sup>

Destacando o conteúdo normativo, Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO anota que, no terreno administrativo, a moralidade não é apenas uma premissa teórica ou ideológica. Ressalta que valores extrajurídicos têm extrema importância no exercício da função administrativa.<sup>167</sup> Dessa forma, a legalidade não basta para justificar a ação do poder administrativo, visto que as fronteiras da legalidade não excluem os postulados da moralidade, concebida como um dever geral de boa administração. Nessa ótica, pondera também BLANCHET, que “a antítese jurídica consistente na expressão ‘legal, mas imoral’ é juridicamente impossível.”<sup>168</sup> A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.<sup>169</sup>

É também esclarecedor o ensinamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, para quem “a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa. Introduce o

<sup>163</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O princípio da moralidade pública e o direito tributário”. RTDP 11/44-58. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 50.

<sup>164</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4ª ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111.

<sup>165</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 82.

<sup>166</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo...**, p. 84.

<sup>167</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Moralidade Administrativa*. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 263-274.

<sup>168</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed., Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>169</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 76.

conceito de boa administração, da moral administrativa especializada em face da moralidade comum.”<sup>170</sup>

Nas lições de Carmén Lúcia Antunes ROCHA:

[...] a moralidade administrativa deve ser admitida como parte integrante do conteúdo dos demais princípios administrativos, acrescentado que no Estado Democrático de Direito o que se exige é a legalidade moral. Desta forma, não basta o simples alcance do fim público, necessário se faz que as decisões administrativas sejam tomadas observando-se a virtude do bem, da boa-fé, da lealdade, garantido-se a honestidade.<sup>171</sup>

Portanto, a moralidade atualmente constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, conforme dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal<sup>172</sup>. Não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.<sup>173</sup> Nesse sentido, Bandeira de MELLO também entende que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa. Defende que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social e que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado.<sup>174</sup>

Desenvolvendo a doutrina de Maurice HAURIOU, reforça Hely Lopes MEIRELLES explicando que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto.<sup>175</sup> Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto. A moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa e a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua

<sup>170</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 192.

<sup>171</sup> ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 214.

<sup>172</sup> Art. 37, da CRFB / 88, *caput*: 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.

<sup>173</sup> Maurício Antônio Ribeiro LOPES, por sua vez, expõe que “a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, conduto, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto – mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa” - LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 29.

<sup>174</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122.

<sup>175</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83.

conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve. Destaca que a finalidade da ação administrativa é o *bem comum*.<sup>176</sup>

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da moralidade define que a atuação administrativa do Estado deve ser orientada à concretização de valores éticos fundamentais. Não se pode prestigiar a conduta administrativa apartada da probidade, do decoro, lealdade, boa-fé e segurança jurídica.<sup>177</sup> É o princípio que justamente presta-se a dar coerência ao ordenamento. É um dos pontos de partida e segurança de todo o sistema, condicionando a interpretação e a aplicação das demais normas.<sup>178</sup> Ou seja, a moralidade administrativa também impede a prática de condutas contraditórias.

Nas palavras de Fábio Pallaretti CALCINI, o princípio da moralidade exerce significativo papel de impor que “em toda e qualquer situação, mesmo existindo lei regente, seja levada em consideração uma interpretação que esteja em consonância com a ética pública”.<sup>179</sup> E mesmo a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral, conforme bem destacado por JUSTEN FILHO.

É por isso que a incidência do princípio diz respeito à atividade desenvolvida dentro e fora da Administração. Nas lições de MOREIRA, em suas relações *interna corporis* e naquelas externas, que envolvem ativa ou passivamente as pessoas privadas, o princípio da moralidade é um dos fundamentos de validade da conduta administrativa. Cita, como exemplo, a invalidade de licitação quando exista “acordo” entre os concorrentes que estipule “prévia divisão” do objeto do certame (ainda que o resultado econômico seja positivo).<sup>180</sup> Nesse mesmo sentido, entende JUSTEN FILHO ao dizer:

Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato

---

<sup>176</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83.

<sup>177</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>178</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4ª ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

<sup>179</sup> CALCINI, Fábio Parallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. In: MARRARA, Thiago. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 201.

<sup>180</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo...**, p. 112.

convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente, para validade dos atos.  
<sup>181</sup>

Assim, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação.<sup>182</sup> Para o servidor público a obediência à moralidade é cogente. Reflete a moralidade que os agentes públicos devem praticar; inexistindo escolha discricionária em sua aplicação. Ou seja, não é possível ao agente escolher, entre duas condutas possíveis, aquela que despreze a Moral.<sup>183</sup>

Nesse prisma, o processo administrativo (e em especial, a licitação pública) pode ser concebido como um dos instrumentos de controle da moralidade. Preventivo, porque a sequencia lógica, transparente e preordenada de atos impede condutas violadoras da Ética; repressivo, como meio de apuração idônea de máculas no comportamento administrativo do Estado.<sup>184</sup>

Ademais, a violação ao princípio da moralidade poderá ser dolosa ou culposa. Não têm pertinência imediata a intenção e a consciência da ilicitude, mas basta a forte contrariedade ao princípio moral claro e inequívoco para configurar descumprimento à Constituição. A obediência à moralidade não decorre de aspecto psicológico do atuar do agente público. Não exige crença e convicção personalíssimas.<sup>185</sup> Sob esse aspecto, o princípio da moralidade se adequa com perfeição à boa-fé objetiva, um dos fundamentos do princípio de proibição ao comportamento contraditório.

Como bem destacado por Egon Bockmann MOREIRA:

A moralidade proíbe condutas praticadas de forma imoral (conscientemente oposta à Moral em vigor) e amoral (indiferente às valorizações da Ética, caracterizada pela ausência de senso moral). Ainda que o agente esteja absolutamente convencido de que atendeu ao interesse público, sem

<sup>181</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 76.

<sup>182</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122.

<sup>183</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4ª ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 119.

<sup>184</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo...**, p. 123.

<sup>185</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo...**, p. 112.

qualquer benefício pessoal, pode haver violação ao princípio. Trata-se de vício submetido a um controle objetivo.<sup>186</sup>

Alguns doutrinadores, dentre eles Paulo Magalhães da Costa COELHO<sup>187</sup>, Mario PAZZAGLINI FILHO<sup>188</sup>, Lúcia Valle de FIGUEIREDO<sup>189</sup> e Juarez FREITAS, concebem o princípio da boa-fé como uma dimensão da moralidade administrativa e da segurança jurídica. Nessa linha de pensamento, o atuar da Administração não poderá ser, ao mesmo tempo, ético, moral e fundar-se em má-fé. Da mesma forma, Celso Antônio Bandeira de MELLO, defende que compreendem o âmbito da moralidade, os princípios da lealdade e boa-fé.<sup>190</sup>

Cumprir destacar o posicionamento de Ana Cláudia FINGER para quem a moralidade não se confunde com a boa-fé, apresentando, aquela, um conteúdo mais amplo que se divide em duas dimensões. A primeira de 'probidade e honestidade' e a segundo de 'boa-fé e lealdade'.<sup>191</sup>

Também, para reforçar a proximidade entre o princípio da moralidade administrativa e o *nemo potest venire contra factum proprium*, temos a lição de Juarez FREITAS encarecendo a atenção do intérprete para a perspectiva principiológica e valorativa do Direito Administrativo. Não olvidando o princípio da supremacia da Constituição, ensina que o princípio da boa-fé ou da proteção da confiança *avulta* entre os demais, funcionando como elemento norteador da hermenêutica das relações da administração. De acordo com o autor, trata-se de princípios que derivam diretamente do princípio da moralidade e guarda autonomia em face do princípio da legalidade.<sup>192</sup>

Além disso, para Juarez FREITAS, o princípio da probidade administrativa é concebido como espécie do princípio da moralidade administrativa.<sup>193</sup> Nessa mesma direção leciona Odete MEDAUAR, para quem a probidade decorre do

<sup>186</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4ª ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 113.

<sup>187</sup> COELHO, Paul Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>188</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>189</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>190</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122.

<sup>191</sup> FINGER, Ana Cláudia Finger. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Tese (mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 101-102.

<sup>192</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 16-30.

<sup>193</sup> FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, abr./jun. 1996, p. 71.

princípio da moralidade e se revela com um “dever de retidão, honradez e integridade de caráter que deve caracterizar a conduta e os atos da Administração Pública”.<sup>194</sup> Thiago MARRARA, por sua vez, utiliza para a análise da moralidade administrativa, o seu desdobramento em três critérios: moralidade como proibidade, moralidade como razoabilidade e moralidade como cooperação.<sup>195</sup>

Diante disso tudo, conforme destaca JUSTEN FILHO, a moralidade é princípio de conteúdo inespecífico, que não pode ser explicado de modo exaustivo. A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. No que se refere à licitação, extrai-se a intenção legislativa de que seja norteadada pela honestidade. Exige-se a preservação do interesse coletivo acima do interesse egoístico dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração.<sup>196</sup> Destaca ainda que a observância do princípio da moralidade se impõe não apenas ao longo da licitação, mas também durante toda a execução contratual.<sup>197</sup>

Portanto, o princípio de proibição ao comportamento contraditório poderá, sem dúvida nenhuma, concretizar e dar objetividade ao princípio da moralidade administrativa. Ora, um ato que viole a boa-fé, a legítima confiança despertada em outrem e/ou a segurança jurídica, invariavelmente estará praticando ato que afronta a moral administrativa. Ou seja, haverá uma recíproca complementariedade desses princípios.

### **3.1.3. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o *nemo potest venire contra factum proprium***

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é o princípio em que mais facilmente se visualiza o *nemo potest venire contra factum proprium*.

Primeiramente, o ato convocatório da licitação é um ato administrativo unilateral, de forma escrita, que define o objeto da licitação e as cláusulas do futuro contrato e disciplina o procedimento licitatório, inclusive com a fixação das condições

<sup>194</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 150.

<sup>195</sup> MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-179.

<sup>196</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 76.

<sup>197</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei ...**, p. 76.

de participação e dos critérios de julgamento.<sup>198</sup> Destaca JUSTEN FILHO que é problemática uma definição abrangente de todo o conteúdo possível do edital, mas indica que há cinco núcleos fundamentais cuja inexistência acarreta a invalidade do ato. Segundo o autor, o edital deve necessariamente conter disciplina sobre: o procedimento a ser adotado na licitação; as condições de participação dos interessados no certame; requisitos de aceitabilidade das propostas; os critérios de seleção da proposta mais vantajosa; a futura contratação, inclusive com a minuta do contrato.

A vinculação ao edital é o princípio básico de toda a licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. Conforme explica MEIRELLES, o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.<sup>199</sup>

Na visão de MOREIRA e GUIMARÃES, a vinculação ao instrumento convocatório pode ser entendida como princípio de limitação material e procedimental: a partir de sua divulgação, a Administração Pública e os particulares estão subordinados a eles. Devem estrito cumprimento aos seus termos e estão proibidos de inová-lo, não só durante o processo licitatório, mas também quando da execução do contrato. Será este instrumento que instalará o interesse das pessoas privadas e os respectivos custos para a elaboração da proposta. Ressaltam a impossibilidade de ser substancialmente alterado, mas somente convalidados os vícios formais de menor impacto no certame.<sup>200</sup> Ou seja, “trata-se de ato administrativo autovinculante, a ser obedecido e eficazmente executado pela Administração”.<sup>201</sup>

Mas esta vinculação não é apenas endoadministrativa, pois, como ressaltam:

[...] produz efeitos ao exterior da entidade promotora da licitação: todos os interessados, terceiros e mesmo os demais Poderes constituídos

---

<sup>198</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 507.

<sup>199</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 249-250.

<sup>200</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

<sup>201</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública...**, p. 79.

(Judiciário, Legislativo, Ministério Público) devem obediência aos termos do instrumento convocatório. Quem dispõe de competência gerencial para definir a licitação é a Administração a quem a lei atribuiu tal título. A legitimidade democrática para a escolha pública da contratação e elaboração do ato convocatório é normativamente atribuída ao órgão ou entidade competente. Legitimidade, esta, que toma substância concreta (legal) quando da divulgação pública do instrumento. Por isso ele não pode ser alterado por quem quer que seja, pois estampa a configuração do interesse público primário posto em jogo.<sup>202</sup>

Portanto, nascido tal instrumento convocatório, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão.<sup>203</sup>

Assim, estabelecidas as regras do certame, a princípio, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.<sup>204</sup> Em outras palavras, uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então. Caso a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa.<sup>205</sup>

Nesse sentido temos também JUSTEN FILHO, ao dispor que ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mas isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição. No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório.<sup>206</sup>

<sup>202</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

<sup>203</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 73.

<sup>204</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 250

<sup>205</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei ...**, p. 73.

<sup>206</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei ...**, p. 74.



Portanto, o procedimento da licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra, o resultado final não decorre de qualquer decisão subjetiva do agente público. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais conveniente para a concretização dos interesses coletivos e supra individuais, segundo critérios objetivos. A liberdade de escolha vai sendo suprimida na medida em que o procedimento avança. Ao final, a regra é a ausência de espaço para uma decisão discricionária.<sup>207</sup> Portanto, o conhecimento e o exame do objeto da licitação devem se dar segundo os referenciais estabelecidos no instrumento convocatório (e não segundo aqueles íntimos ao sujeito examinador – que não pode agregar dados e compreensões pessoais ao objeto examinado).<sup>208</sup>

Na relação com os fundamentos do princípio de proibição ao comportamento contraditório, Rafael MAFFINI aponta que haveria afronta ao princípio da proteção da confiança até mesmo em relação à supressão de lacunas contidas nos instrumentos convocatórios, pois, segundo sua concepção, sendo o edital o ato normativo que determinará a condição do certame, toda e qualquer omissão ou silêncio havido em seu conteúdo não poderão credenciar a expedição de regras que venham a criar condições inovadoras, por mais proveitosas que pareçam ser. E adiante complementa:

Com efeito, uma vez lançado o instrumento convocatório de um concurso público, de uma licitação ou de qualquer outra forma de seleção pública, deve-se criar um ambiente de tutela jurídica das expectativas geradas pelo que tais editais dizem expressamente, bem assim em relação aos seus eventuais silêncios.<sup>209</sup>

Além disso, as respostas a esclarecimentos solicitados pelos interessados apresentam cunho vinculante para a Administração. Isso significa a impossibilidade de a Administração formular certa interpretação para o edital e, depois, pretender ignorar seu entendimento pretérito. Caso isso ocorra, vê-se um claro *venire contra factum proprium*.

---

<sup>207</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 73.

<sup>208</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 80.

<sup>209</sup> MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 113-114.

Conforme ensina JUSTEN FILHO, o argumento de que a resposta ao pedido de esclarecimento introduziu inovação ao edital não autoriza a Administração a ignorar o conteúdo do edital. Segundo ele, existem duas alternativas. Ou a resposta adotada pela Administração estava contida nos limites das regras do edital ou não estava. No primeiro caso, a Administração está vinculada ao conteúdo do esclarecimento formulado. No segundo, ocorreu violação ao edital e a licitação deve ser invalidada, mas com a imperiosa responsabilização dos agentes estatais que formularam resposta inadequada e inválida. O que não se admite é que a Administração formule um esclarecimento, induzindo todos ou alguns dos licitantes a adotar certa orientação, e posteriormente tal esclarecimento seja pura e simplesmente ignorado.<sup>210</sup> Nessa hipótese trabalhada pelo autor, claramente se vê uma proibição ao comportamento contraditório

Diante de todo o exposto, percebe-se que *o nemo potest venire contra factum proprium* e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório estão estreitamente ligados. Sempre que houver uma violação a este último, invariavelmente haverá uma conduta contraditória que poderá ser reprimida pelo princípio da proibição ao comportamento contraditório.

### **3.1.4. Interesse público e o *nemo potest venire contra factum proprium***

A definição de interesse público passa por conotações variáveis, de acordo com a época e lugar, recortado o contexto que se busca analisá-lo. Nesse sentido, explica Celso Antônio Bandeira de MELLO que:

[...] na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses.<sup>211</sup>

Como se pode ver, interesse público não é um tema de fácil compreensão. Lúcia Valle FIGUEIREDO inclusive pondera que o interesse público é um conceito

<sup>210</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 74.

<sup>211</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

tratado por muitos como despido de qualquer conteúdo e passível de receber aquele que se lhe queira dar.<sup>212</sup> Dessa forma, no presente trabalho, limitaremos a apresentar algumas breves concepções e posições de doutrinadores para, ao fim, relacioná-los com o princípio de proibição ao comportamento contraditório.

Com bem destaca COSTALDELLO, várias foram as tentativas de conceituar o interesse público, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira. Contudo, ao vislumbrá-lo como categoria que tem por destinatária a coletividade, múltiplas são as suas facetas. A par da dificuldade em estabelecer, de forma conciliadora, as várias definições possíveis de serem extraídas da expressão *interesse público*, ressalta haver um aspecto em comum entre elas: a satisfação de necessidades da coletividade.<sup>213</sup> Nesse sentido assevera MELLO, para quem o interesse público deve ser conceituado como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.<sup>214</sup> Portanto, é possível ao menos identificar o seu destinatário: a coletividade; e a finalidade: atender aos interesses preponderantes e oriundos da vida em sociedade.<sup>215</sup>

Adilson Abreu DALLARI pondera, com propriedade, que “o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública”.<sup>216</sup> No mesmo sentido, Cármen Lúcia Antunes ROCHA entende que o interesse público buscado não pode ser subjetivamente expresso em razões do administrador, devendo ser objetivamente considerado e demonstrado por ele em benefício específico do grupo social a que se destina a mudança a ser produzida pela prática administrativa.<sup>217</sup>

---

<sup>212</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

<sup>213</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos – uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Tese (doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998, p. 144.

<sup>214</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2012 p. 62.

<sup>215</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos...**, p. 144.

<sup>216</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996, p. 5-10.

<sup>217</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da juridicidade da Administração Pública**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 111.

Deve ser também enfatizado o entendimento de Emerson GABARDO e Daniel HACHEM que dizem que o interesse público afasta-se tanto do prisma individualista do interesse geral ínsito ao Estado Liberal quanto da ideia de 'razões de Estado' típica do absolutismo, que supostamente autorizaria o acobertamento de arbitrariedades estatais sob o manto protetor do interesse público. Segundo eles, a noção hodierna dessa categoria jurídica aproximasse da compreensão do interesse geral como produto da solidariedade social, é dizer, como resultado dos anseios de uma coletividade ou mesmo de um cidadão enquanto membro do corpo social (e não apenas individualmente considerado).<sup>218</sup>

Marçal JUSTEN FILHO consigna a existência de uma orientação prevalente na doutrina brasileira, no sentido de que o fundamento do direito administrativo seria o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, acredita ser muito problemático afirmar a existência de um fundamento jurídico único, sobre o qual se alicerçaria todo o direito administrativo.<sup>219</sup>

A supremacia do interesse público é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Assim, os interesses privados não poderiam prevalecer sobre o interesse público. Já a indisponibilidade indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia.<sup>220</sup>

Celso Antônio Bandeira de MELLO aponta duas conseqüências decorrentes desses princípios: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.<sup>221</sup>

A primeira característica encerra os benefícios concedidos pela ordem jurídica à Administração Pública, responsável por buscar o interesse público, atribuindo-lhe privilégios. São exemplos dessa posição a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos; prazos prescricionais maiores para a Administração

---

<sup>218</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11-66.

<sup>219</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143.

<sup>220</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito...**, p. 144.

<sup>221</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70-71.

quando atuando em juízo; prazos prescricionais diferenciados quando o Poder Público é parte, entre outras.

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

JUSTEN FILHO faz algumas objeções aos defensores desse entendimento. A primeira diz respeito a ausência de um fundamento jurídico único para o direito administrativo brasileiro. Dentre vários fatores aponta que “toda e qualquer controvérsia tem de ser composta em vista das circunstâncias concretas, mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica”.<sup>222</sup>

A segunda objeção diz respeito à ausência de um interesse público unitário. Defende que quando se afirma que os conflitos se resolvem por via da prevalência do interesse público, produz-se uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade. Isso porque, uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação do conjunto de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade.<sup>223</sup> Após fazer mais algumas ponderações, o autor conclui que a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse. O interesse “é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado”.

Portanto, segundo JUSTEN FILHO, o ponto fundamental é a configuração de um direito fundamental de natureza indisponível. O núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

<sup>223</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito ...**, p. 153.

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito ...**, p. 153.

Diante do exposto, percebe-se que a Administração Pública é apenas gestora e não proprietária dos interesses da coletividade e, como bem assinala a doutrina nacional, são indisponíveis. Neste caso, a proibição ao comportamento contraditório, se restrito o interesse individual e prejudicial ao interesse público, a princípio cederia diante deste. A preservação do interesse público, ainda que diante da presença da boa-fé objetiva, da legítima confiança, da segurança jurídica atingidos por um ato inválido, impõe a supremacia daquele sobre este.

Entretanto, cumpre destacar que existem interesses coletivos múltiplos, distintos, contrapostos - todos eles merecendo tutela por parte do direito. Bem por isso, o critério da supremacia do interesse público muitas vezes apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo. De certa forma, o critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas. E ainda, a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto. Trata-se de uma questão de ponderação entre princípios e regras.<sup>225</sup> Nesse sentido converge MOREIRA, que assevera caber ao Administrador público a interpretação da norma jurídica dentro dos parâmetros do caso concreto, revelando através dessa atividade o que configura o interesse público.<sup>226</sup> Assim, “A coerência entre a demanda social e a resposta administrativa deve demonstrar a justeza da aplicação da norma jurídica pela pessoa estatal.”<sup>227</sup>

Dessa forma, compreendemos que no caso de colisão entre o princípio da supremacia do interesse público com o *nemo potest venire contra factum proprium*, aquele deve prevalecer sobre o último. Entretanto, a ressalva que se faz é que o interprete deve no caso concreto verificar se não há mais de um interesse público em jogo, pois é possível que proibir a conduta contraditória envolva também outro interesse indisponível. Em outras palavras, o julgador no caso concreto deverá analisar com parcimônia quais são os valores envolvidos, e não desde logo afastar qualquer ato com base na “supremacia do interesse público”. Isso porque, o que se

---

<sup>225</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

<sup>226</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4ª ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89.

<sup>227</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da juridicidade da Administração Pública**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 113.

tem visto na prática cotidiana é a afirmação da supremacia e indisponibilidade do interesse público propiciando apenas a atribuição ao governante uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão supremacia do interesse público, o que é incompatível com a própria função reservada ao direito administrativo.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

#### 4. ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO: HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NA LICITAÇÃO PÚBLICA

Cumpra agora fazer uma breve análise de um caso concreto na qual seria possível incidir o princípio da proibição ao comportamento contraditório.

Trata-se do caso do Pregão Eletrônico n.º 21/2011<sup>229</sup>, realizado pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro, que tinha por objeto o fornecimento de macacões operativos de combate, confeccionados em tecido anti-chamas. O edital, ao descrever o objeto licitado, estabeleceu que a gramatura do tecido deveria estar **entre 175 a 190 g/m2**.

Em face desse instrumento convocatório, determinada empresa formulou uma impugnação sustentando que o edital deveria ser revisto para o fim de admitir a oferta de tecidos com especificações diversas daquelas constantes do edital. A Administração examinou tal impugnação e, com base em parecer fornecido pelo seu Departamento Técnico, rejeitou a impugnação tendo em vista as características específicas do produto licitado. Destacou que: “(...) 2. O **tecido foi especificado levando em conta, exatamente os cenários e as características das atividades exercidas pelo nosso pessoal. Ou seja, foi escolhida uma composição e gramatura que atendesse às necessidades da MB**. 3. (...)”. Fez mais algumas ressalvas e, ao final, a Administração concluiu que **“a aquisição de outro produto que não o especificado no edital não atenderá aos interesses da Marinha do Brasil”**.

Ou seja, no início do processo licitatório, a Administração indicou expressamente serem essenciais as especificações técnicas contidas no edital, inclusive no tocante à composição e gramatura do tecido. Estabeleceu, de modo claro e objetivo, os requisitos técnicos do objeto que pretendia adquirir.

Após o desenvolvimento do certame, determinada empresa foi declarada vencedora da licitação. Entretanto, a documentação e a proposta apresentadas por ela continham graves defeitos. O principal deles relacionava-se com o fato da gramatura do tecido dos macacões ofertados não atender as especificações do edital. Como se viu, o instrumento convocatório exigia que o tecido apresentasse

---

<sup>229</sup> Os documentos podem ser analisados nos autos do Mandado de Segurança de n.º 0490240-78.2012.4.02.5101, em trâmite perante a 22ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ.



gramatura de 175 a 190 g/m<sup>2</sup>, mas a empresa declarada vencedora ofertou tecido com gramatura de **203 g/m<sup>2</sup>**. Apesar disso, houve a homologação do certame e a adjudicação do seu objeto.

Ou seja, adotou entendimento desprovido de qualquer fundamento específico e manifestamente contrário às exigências editalícias que a própria Administração invocara anteriormente para rejeitar a impugnação ao edital.

Ora como se percebe, vários princípios que regem a licitação pública foram violados. Citando somente os analisados no presente trabalho, houve violação ao princípio da legalidade, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Sem prejuízo dos demais fundamentos que poderiam ensejar na anulação do resultado do certame, nesse caso específico, percebe-se que a simples aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* poderia ter resolvido a questão.

Todos os pressupostos de incidência do princípio foram atendidos: I) Há um *factum proprium*, ou seja, há o instrumento convocatório editado pela Administração Pública; II) Há uma *legítima confiança* por parte da maioria dos administrados, que apresentaram a proposta de acordo com o edital publicado pela Administração (este, inclusive, reforçado pela decisão administrativa que negou provimento à impugnação formulada); III) Há também a contradição ao fato próprio. A Administração aceitou (e declarou vencedora) proposta que evidentemente não atendia aos requisitos exigidos por ela anteriormente e, por fim; IV) Há um dano efetivo ou potencial. Efetivo, pois os demais licitantes que atenderam aos requisitos do edital e tiveram gastos, movimentaram a máquina empresarial para apresentar uma proposta que se adequasse ao instrumento convocatório, foram preteridos em razão da conduta contraditória da Administração. Esses poderiam ter vencido o certame e, desde logo, estariam usufruindo do contrato administrativo. E potencial, pois é provável que os trajés adquiridos não sejam seguros para as tarefas da Marinha do Brasil. Como se viu, o parecer técnico exigia uma certa gramatura, porque somente aquele tecido seria seguro para as atividades exercidas.

Assim, no caso, observa-se que a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório resguardaria a boa-fé objetiva, a confiança legítima e segurança jurídica.

É claro que o caso se resolve também por outros princípios, em especial ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Entretanto, o *nemo potest*

*venire contra factum proprium* vem dar maior objetividade e concretude ao problema. Verificando a presença dos seus pressupostos, é possível autonomamente regular determinada relação jurídica. Isso evita até a superutilização de conceitos mais abstratos (tais como moralidade, legalidade, entre outros) e que muitas vezes são afastados pelo julgador, justamente pelo uso excessivo que acabam por retirar o conteúdo normativo desses princípios.

## 5. CONCLUSÃO

Diante de todas essas considerações, concluímos que o princípio de proibição ao comportamento contraditório pode e deve ser utilizado no âmbito das licitações públicas. Embora tenha a Administração Pública os benefícios do regime jurídico-administrativo, isso não significa plena liberdade de atuação, posto ser esse regime caracterizado pelo binômio prerrogativas da Administração – direitos do administrado.

Isso significa que, a bem da proteção das liberdades individuais, impõe-se à Administração Pública a observância de uma série de restrições à sua liberdade de agir. Tais sujeições condicionam a atividade da Administração ao atendimento de diversos fins e princípios, sob pena de nulidade do ato administrativo e responsabilização do agente público.

Os atos públicos não podem se afastar dos conceitos da boa-fé objetiva, da proteção da confiança e da segurança jurídica. Dessa feita, pode-se afirmar que o regime jurídico-administrativo compõe-se da ponderação de prerrogativas da Administração, impostas aos particulares, para obtenção do interesse público, e das restrições ou sujeições impostas à Administração para a proteção dos direitos e liberdades individuais.

Ressalte-se, entretanto, que o *nemo potest venire contra factum proprium*, como princípio, não irá proibir a adoção de condutas contraditórias ou proteger o primeiro ato praticado simplesmente, mas sim, resguardar os interesses daqueles que confiaram no comportamento inicial do agente e foram levados a uma situação que, em caso de adoção do segundo ato, em contrariedade ao primeiro, afetaria seus direitos, causando-lhes danos.

É possível que diante do interesse público, o princípio de proibição ao comportamento contraditório não seja aplicado, mas tais casos serão exceções e deverão ser observados no caso concreto. Deverá haver uma ponderação dos valores envolvidos para se buscar a solução que atenda os direitos ditos indisponíveis e pertencentes a toda sociedade, sem deixar de resguardar, no que for possível, os direitos individuais. Cumpre destacar que o interesse público não pode ser utilizado como fundamento para a prática de condutas arbitrárias da Administração Pública.

A aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório trata-se, portanto, de aplicação da boa-fé objetiva, da proteção da confiança e de exigência da própria segurança do tráfico jurídico. Os particulares não podem ver frustradas as suas expectativas e investimentos pela incoerência nos atos da Administração.

Por fim, entendemos que o *nemo potest venire contra factum proprium* poderá ser utilizado autonomamente (para suprir lacunas no ordenamento jurídico), e também poderá ser utilizado em conjunto com as demais normas já existentes. É claro que nesse último caso a solução poderá vir sem a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório, mas acreditamos que com a aplicação deste haverá uma solução mais objetiva e que dará maior concretude aos demais princípios jurídicos, evitando inclusive a *superutilização* de alguns conceitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 6, 1993.

ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, a. 12, n. 43, jan./mar., 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed., Curitiba: Juruá, 2005.

BORGES, Alice Maria Gonzales. O princípio da boa-fé nas contratações administrativas. In: **Licitações e contratos**, n. 23, janeiro/96.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12.10.2013 às 10:00h.

BRASIL. Lei Federal 8.666/1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 12.10.2013 às 10:00h.

CALCINI, Fábio Parallaretti. Princípio da Moralidade Administrativa. In: MARRARA, Thiago. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Diógenes Farias de; PEREIRA, Paulo Guimarães. **A boa-fé objetiva como Parâmetro de Análise dos Contratos Administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, a. 1, n. 1, jan. 2002.

COELHO, Paul Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

COUTO e SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, ju./set. 1999.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/1999). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto do Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005.-ALMIRO%20DO%COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 17.10.2013 às 11:00)

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. Ed., São Paulo: Atlas, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FINGER, Ana Cláudia Finger. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Tese (mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

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

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Moralidade Administrativa. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, abr./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de Derecho Administrativo: parte general**. 5. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRISEL, André. **Droit administratif suisse**. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1975.

JUSTEN FILHO, Marçal. **“O princípio da moralidade pública e o direito tributário”**. RTDP 11/44-58. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. **O princípio da proteção à confiança nas relações contratuais entre o estado e o agente privado**. Tese (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



\_\_\_\_\_. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002.

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

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. A lei de licitações, o princípio da boa-fé objetiva e o abuso de direito. In, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 46, São Paulo, 2004, p. 103-113.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999**. 4<sup>a</sup> ed., atual., rev., e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percorso Teórico da Boa-fé e sua Recepção Jurisprudencial no Direito Brasileiro**. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomos I, III e IV. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1955.

RESCIGNO, Pietro. Notazioni generali sul principio di buona fede. In: **Il Principio di Buona Fede, Quaderni della Scuola Superiore**. Milano, Giuffrè Editore, 1987, v. III.

RIEZLER, Erwin. ***Venire contra factum proprium – Studien in romischen, englischen und deutschen Zivilrecht***. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.