

Compras Públicas

Notícias

Entrevista sobre a importância da boa-fé nas contratações públicas com o professor José Guilherme Giacomuzzi



◀ Entrevista sobre o TáxiGOV com a equipe da Central de Compras

Entrevista sobre certificação de compradores públicos nos Estados Unidos com o professor Darryl Sweet ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista sobre a importância da boa-fé nas contratações públicas com o professor José Guilherme Giacomuzzi
por RONALDO CORRÊA - segunda, 7 Mai 2018, 14:07

(26/04/2018) Em entrevista para a Comunidade de Compras Públicas da Enap, o professor José Guilherme Giacomuzzi falou sobre a importância da boa-fé nas contratações públicas. As perguntas foram feitas pelo professor da Enap e Procurador Federal da AGU, Daniel Barral.

1) O princípio da boa-fé objetiva está previsto expressamente no Direito Privado valorizando a confiança, as expectativas e a boa-fé das partes. Por outro lado, o direito administrativo é silente quanto à sua aplicação aos contratos administrativos, cujas relações são profundamente marcadas pelas cláusulas exorbitantes e pela posição privilegiada que a Administração pública ocupa nesta relação negocial. Na sua visão, há espaço para falarmos em aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas contratações públicas?

JGG – Sem dúvida alguma há espaço. As cláusulas exorbitantes não excluem a aplicação da boa-fé objetiva. Entendo que a boa-fé objetiva é veiculada no direito público pela moralidade administrativa do art. 37 da CF/88. Defendi isso ainda no século passado, ano 2000, em dissertação de mestrado na Ufrgs sobre o tema, e desde então não mudei de posição sobre o assunto.

Mesmo no plano infraconstitucional temos norma sobre a boa-fé no direito administrativo, que vem expressamente positivada no inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal 9.784/1999, a Lei Federal de Processo Administrativo, como “critério” a orientar a atividade administrativa processual. Embora seja uma lei de “processo administrativo”, ela regula toda a atividade da Administração Pública, ou, como Carlos Ari SUNDFELD percebeu cedo, regula “o exercício das competências decisórias da Administração em geral. E isso faz toda a diferença” (“Processo e procedimento administrativo no Brasil”, p. 25, artigo publicado no livro coordenador por SUNDFELD & MUÑOZ. *As Leis de Processo Administrativo*, 2000, p. 17-36).

2) Segundo a doutrina que estuda o tema, são quatro as principais funções da boa-fé; a interpretativa, a integrativa, a de limitação ao exercício de direito subjetivos e a de criação de deveres aos contratantes.[1] O senhor entende que todas estas funções podem ser aplicadas aos contratos administrativos?

JGG – É difícil falar em tese, mas em princípio sim, com os matizes do direito público. É importante ter em mente que, embora a divisão, ou dicotomia, direito público *versus* privado seja hoje vista com menos rigor que ontem, há vetores fundamentais que informam de forma diferente os dois ramos. O cerne do Direito privado é a autonomia da vontade, ausente no Direito público. O que se passa é que nos contratos administrativos há sim uma norma, a da finalidade pública do contrato, que pode no caso concreto arrefecer alguma função da boa-fé.

3) Segundo Fernando Noronha[2], a função interpretativa da boa-fé levou à construção, pela jurisprudência, das regras de que ante a dubiedade na extração do sentido de uma disposição contratual, devemos preservar o contrato e aplicar o entendimento que seja menos favorável àquele que redigiu à cláusula e mais favorável àquele que assumiu a obrigação.

Por outro lado, o art. 66 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 estabelece que os contratos devem ser executados fielmente pelas partes de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. Na sua visão a forma como a lei 8666 está estruturada hoje é um óbice para a aplicação da teoria da boa-fé objetiva?

JGG – Não me parece que seja um óbice. Mas é importante notar que o art. 66 da Lei 8.666 abre a Seção IV (da execução dos contratos) do mesmo Capítulo da Lei, o Capítulo III (Dos Contratos), em cuja Seção I (Disposições Preliminares) está o art. 54, cujo contém texto forte e explícito: “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Ora, é o Ordenamento Jurídico positivo que estrutura os contratos públicos de forma diferente, inclusive determinando-lhes uma normatividade própria, utilizando linguagem bastante incisiva e peculiar. Note-se que a Lei das Estatais, a Lei Federal 13.303/2016, traz, no artigo 68, texto que aponta na direção diversa: “Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”. Trata-se de uma mudança estrutural nos contratos públicos, o que abriria até mesmo um oceano para discutirmos se os contratos das estatais seriam classificáveis como “administrativos”. O Direito é conceitual, e classificar os fatos é crucial. Vamos ver como a matéria irá decantar no mundo da vida e nas interpretações que lhe darão a jurisprudência e a doutrina.

4) De que modo os deveres laterais ou acessórios (de proteção, de esclarecimento ou informação e de lealdade) pode se manifestar na execução de um contrato administrativo?

JGG – De muitas formas, em especial nos contratos administrativos de execução continuada e mais longa, como de serviços públicos, nos quais o papel do “fiscal do contrato” é simplesmente crucial para uma relação/execução contratual ser levada a bom termo. Também nos “novos” contratos de concessão das PPPs, e o mesmo no RDC, onde o foco da Administração Pública se desloca do projeto básico para a fiscalização. Essa alteração normativo-estrutural da energia a ser posta pela Administração, que passa a (i.) se interessar menos pela contratação “em tese” e mais pelo resultado prático do contrato, (ii.) mandar menos e pedir mais, (iii.) reconhecer que precisa do privado para atender ao interesse público. traz, no fundo, a necessidade de “igualar” as partes, embora mantendo

com a Administração algumas prerrogativas. Os deveres acessórios aqui crescem em importância.

5) De que modo podemos compatibilizar a função limitadora da boa-fé objetiva com algumas disposições expressas da legislação? Um exemplo é a regra que veda o manejo pelo particular da exceção do contrato não cumprido quando o atraso da administração é inferior a 90 dias. Esta regra não implica uma limitação à aplicação do *venire contra factum proprium*?

JGG – Não estou certo de que a limitação seria ao *venire*, mas certamente é uma limitação à igualdade. O *venire* é basicamente uma proibição de comportamento contraditório, e não me parece que ele entre em campo aqui, não diretamente ao menos. A igualdade sim entra e está, claro, relativizada aqui. Daí a importância da regra positivada conformando a igualdade, ou a desigualdade, e impondo um limite ao contratado. A igualdade, no caso, cede à regra expressa do art. 78, XV, da Lei 8.666: não se aplica a exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666 antes de 90 dias de inadimplemento da Administração. A regra desigual expressamente, faz uma opção, por razões que podemos não gostar, mas é possível entender com grande esforço: a estruturação do setor público, com sua burocracia, e principalmente os interesses públicos na continuidade da atividade Administrativa impõem ao privado essa desigualdade. O Direito positivo reconhece essa diferença.

É importante deixar claro que minha resposta tem, por trás, uma concepção consciente de Direito: alinho-me à corrente dos positivistas que pensam que devemos separar o Direito que é do que deve ser, que precisamos deixar claras as diferenças entre norma morais e jurídicas, que podem até confundir-se por vezes, mas por “vontade” do Direito. Aliás, a boa-fé é uma criação do Direito, como diz com todas as letras o maior estudioso do instituto, MENEZES CORDEIRO, bem no início da sua dissertação de doutoramento (*Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 17). A boa-fé não é uma regra moral e não é uma panaceia a eventuais males da Administração. Se há uma regra jurídica dizendo, via interpretação *a contrário*, que o atraso da Administração inferior a 90 dias não é motivo para a rescisão do contrato, isso é uma opção política clara de quebra da igualdade, opção que devemos respeitar, embora possa soar como “injusta”. O mesmo MENEZES CORDEIRO alerta para os perigos de “recorrer à Moral, ao Direito natural ou a qualquer fórmula metajurídica”. Isso “não dá, em si, qualquer critério material de decisão, mas, tão só, uma capa formal para o que se pretenda resolver” (*ob. cit.*, p. 349).

6) O Senhor acha que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos pode redundar em maior eficiência e economia para a Administração Pública?

JGG – Talvez tivéssemos que definir “eficiência” e “economia” para termos um parâmetro de pensamento. Se a pergunta parte do princípio de que o Estado compra bens e serviços mais caros porque o particular sabe que o Estado é mau pagador e de certa forma pode valer-se da “exorbitância” para não cumprir com suas obrigações, e por isso o particular oferece preços mais altos à Administração do que oferece aos privados, então minha resposta é sim.

7) Gostaria de fazer algum outro comentário?

JGG – Penso que é importante lembrar que em todas as democracias, com raríssimas exceções, os contratos públicos, que estamos aqui chamando de administrativos, têm regras próprias e diferentes das regras aplicáveis aos contratos privados. Mesmo os sistemas jurídicos que não são estruturados na dicotomia público versus privado e que são marcadamente liberais, como o sistema norteamericano, contêm regras exorbitantes nos seus contratos administrativos. Essas regras giram sempre em torno do *ius variandi* do Estado, o qual tem prerrogativas, para usar uma palavra clássica, que seriam em princípio ilícitas em contratos privados. Esse fato, i.e., a de que essas regras estão

presentes em todos os sistemas jurídicos, é muitas vezes ou desconhecido ou esquecido ou deixado de lado. Deveríamos perguntar o porquê de essa desigualdade figurar em todos os ordenamentos. Se pensarmos desapassionadamente, veremos que há uma razão para isso: o Estado não tem um fim em si mesmo, não é uma empresa que vise ao lucro, não tem interesse próprio, não age com autonomia de vontade. Para perseguir o interesse público, ou, como prefiro, os vários interesses públicos, precisa sim de regras especiais que permitam a ele Estado cumprir sua função, sempre pública. Essas regras especiais, ditas exorbitantes, não foram postas nos Ordenamentos Jurídicos por algum arroubo napoleônico.

Comparo os arroubos de extinguir por completo a exorbitância dos contratos públicos com a onda, ingênua a meu ver e no limite bastante perigosa (e por demais querida pelos órgãos de controle da Administração Pública e por alguns juízes, no mais das vezes em nomes de “princípios jurídicos”, ou de um supostamente existente “neoconstitucionalismo”, ou “pós-positivismo”), de querer varrer do mapa a discricionariedade administrativa. Os arautos do neoconstitucionalismo de princípios esquecem-se que a discricionariedade administrativa existe justamente para que a igualdade possa ser protegida, como diz, a meu ver com inteira correção, o português Diogo FREITAS DO AMARAL (*Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 76, v. 2).



Ora, algo análogo dá-se com as cláusulas exorbitantes, que não são, repito, um reflexo napoleônico do Direito administrativo de um Estado opressor. As cláusulas exorbitantes existem justamente para permitir que o Estado busque os fins públicos que ele Estado deve perseguir e promover. Se o Estado faz uso abusivo dessas cláusulas (ou da discricionariedade), isso é outro problema, que pertence ao campo do abuso de direito, ao campo do ilícito. E não posso pensar o Direito partindo da premissa que seu uso será fraudado. Se eu fizer isso, então nenhum sistema funcionará. Não esqueçamos que o Direito é instrumento (sei bem que a afirmativa é polêmica e renderia muita discussão), e retirar o instrumento das cláusulas exorbitantes do Estado seria um equívoco, no meu sentir (como seria equívoco reduzir a discricionariedade a zero, assumindo que isso fosse possível). Mas nada disso tem a ver com o Estado não se submeter à boa-fé objetiva. O que ocorre é que no Direito público há também outros vetores, outras normas a serem consideradas.

Algo razoável, no campo dos contratos da Administração, i.e., em toda a gama de contratos firmados pela Administração Pública, seria termos regras mais claras e específicas, próprias para cada espécie de contrato. De certa forma, depois de 1993, quando a Lei 8.666 foi editada, é isso que vem ocorrendo.

Para ficar num exemplo já dado, o que se fez na Lei 13.303/2016 foi alterar as placas tectônicas da estrutura dos contratos da Administração, dizendo que os princípios aplicáveis são os dos contratos privados, como já referi na resposta à pergunta 3. Mas note-se que a mesma Lei 13.303 não aboliu o *ius variandi* das empresas estatais; ao contrário, tratou de regulamentá-lo de forma mais minudente (art. 81). Isso tudo não deve passar despercebido ao jurista que pretende compreender a matéria desde a base. Creio que a doutrina irá refletir isso, bem como a jurisprudência.

Para finalizar, e agradecendo o convite e a honra que me foi dada, gostaria de deixar registrado que a normatividade da boa-fé parecer ganhar importância hoje mais que ontem, porque ela pode fazer brotar um novo *ethos* que deve reger os contratos administrativos. Gosto muito de uma frase de Benoît PRESSIX, Professor na Universidade Panthéon-Assas (Paris II) e para mim o autor do mais impressionante *Manuel* de Direito Administrativo francês: “Num Estado moderno, o regime dos contratos administrativos não pode [. . .] instaurar uma tutela infantilizante sobre todos aqueles com os quais o poder público contrata para realizar suas atividades. Ele [o Estado moderno] revela uma postura diferente da Administração, que parte voluntariamente ao encontro da sociedade e do mundo econômico para beneficiar-se da sua experiência e do seu *savoir-faire*; o contratante torna-se o colaborador da Administração, não seu adversário. Nem tão rígido, nem tão lasso, o direito dos contratos administrativos deve encontrar um justo equilíbrio entre, de um lado, as prerrogativas das quais deve dispor a Administração para satisfazer as necessidades de interesse geral que persegue, compreendidas no contrato e, de outro lado, a segurança jurídica e econômica dos contratantes, sem

compreendidas no contrato, e, de outro lado, a segurança jurídica e econômica dos contratantes, sem o que ninguém jamais quererá contratar com a Administração” (*Droit administratif général*, Paris: LexisNexis, 2016, p. 1123).

A boa-fé tem um papel crucial aqui nesse justo equilíbrio, mas sem aniquilar as prerrogativas da Administração Pública. É uma balança delicada para operar, e precisamos ter o cuidado de não fazer com que ela pese demais nem para um lado, nem para outro.

José Guilherme Giacomuzzi é Professor Adjunto de Direito Administrativo na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito Público também pela UFRGS (2000), LL.M. (*Master of Laws* – 2004) e Doutor (S.J.D., *Doctor of Juridical Science* – 2007) pela *George Washington University Law School*, Washington, D.C., Estados Unidos. É Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul desde 1995, com atuação específica na Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa desde 2009. Tanto sua dissertação de mestrado (*A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública*. 2.ed., 2013) quanto sua tese de doutorado (*Estado e Contrato*, 2011, esta traduzida pelo próprio autor) foram publicadas pela Editora Malheiros, de São Paulo.

Daniel de Andrade Oliveira Barral é Procurador Federal da AGU, bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2003). Especialista em Direito Público (2009). Professor da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Exerce atualmente a função de Subprocurador-Geral Federal da Advocacia-Geral da União.

[1] Paulo NALIN. *Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade*, in *Teoria Geral dos Contratos*, coordenada por Renan Lotufo e Giovanni Ettore NANNI, P. 124

[2] NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994

◀ Entrevista sobre o TÁXI GOV com a equipe da Central de Compras

Entrevista sobre certificação de compradores públicos nos Estados Unidos com o professor Darryl Sweet ▶

Voltar para o início da comunidade ➡

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal