

Administração pública e comportamento contraditório

Autore: Jose Geraldo da Fonseca

In: Diritto civile e commerciale

São tristemente comuns na Justiça do Trabalho **ações trabalhistas** em que empregados públicos, contratados pelo regime da CLT, reclamam dos entes públicos empregadores, notadamente empresas públicas e de economia mista, reajustes de salários ou outros benefícios contratuais pactuados livremente entre essas sociedades empresárias e os sindicatos representativos dessas categorias profissionais. Em regra, os réus reconhecem o direito e o débito, mas procuram eximir-se da obrigação de pagar alegando não disporem de **dotação orçamentária** ou não terem obtido **autorização**, para pagar, dos órgãos públicos aos quais estão constitucionalmente vinculados. Até onde entendo, há quebra da confiança legítima dos empregados, configurando-se “**venire contra factum proprium**” da Administração Pública.

Conquanto não haja regra expressa de **proibição** do **comportamento contraditório** no sistema de direito positivo brasileiro, tal não obsta a que se infira o princípio de inúmeros dispositivos esparsos no Código Civil. A ideia de que ninguém pode contrair o próprio fato (“**nemo potest venire contra factum proprium**”) nas relações negociais é antiga. Por volta de 1230, Azo, professor da Universidade de Bolonha, reuniu na *Brocardica* um punhado de adágios jurídicos pinçados dos antigos textos romanos, e é esse o primeiro registro de que o **nemo potest venire contra factum proprium** já era conhecido no direito antigo. Em 1912, Erwin Riezler, professor da **Universidade de Freiburg**, recolheu nos glosadores e pós-glosadores do direito romano o esboço do princípio da proibição do **comportamento contraditório**, e publicou **Venire contra factum proprium – Studien in Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht**, disseminando o conceito, a partir de então.

Com a **proibição** do **comportamento contraditório** não se quer anular a liberdade de mudar de opinião, mas neutralizá-la, sempre que esse segundo comportamento puder causar prejuízo a quem tenha confiado na manutenção do comportamento inicial. Proibir o comportamento contraditório significa “tutelar todas as expectativas legítimas despertadas no convívio social, independentemente de qualquer norma

específica”, porque todos os fatos sociais, qualquer que seja a significância, têm juridicidade. Essa é a sua **função inibitória**. Há outra — **reparatória** —, consistente em obrigar ao desfazimento da conduta que contraria o fato próprio — se e quando isso for possível — ou à reparação do prejuízo daquele que cultivara legítima expectativa na continuidade do primeiro comportamento anunciado. Seja por uma ou outra função — **proibitiva ou reparatória** —, o **venire** é quase um princípio geral de direito que visa à tutela da confiança e à proteção da boa-fé objetiva.

Boa-fé e ética são as duas faces de uma só moeda. O conceito de **boa-fé** se extrai do de **dolo**, que **dolo** é o oposto de **boa-fé**. Se a boa-fé, que é a **consciência de não agir ilicitamente**, exclui o **dolo**, segue-se que o **dolo** outra coisa não é senão **o agir com a consciência da ilicitude da ação**. TEREZA NEGREIROS diz que

“Ontologicamente, a **boa-fé objetiva** distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado”.

Quando se diz que se deve interpretar tanto o negócio jurídico quanto o contrato de acordo com **boa-fé objetiva**, fala-se em **boa-fé normativa**, isto é, aquela que pressupõe que todo negócio jurídico é fundado na **lealdade** e na **transparência**. Não se trata mais da **boa-fé subjetiva** como um **estado anímico**, de consciência, mas de **uma conduta apartada das intenções íntimas do contratante**, que exige comportamento sinceramente comprometido com os princípios de **lealdade, honestidade e colaboração** a fim de que se alcancem os fins pretendidos. Esse dever de cooperação tem um caráter **negativo** — o de abster-se de praticar qualquer ação contrária aos interesses da contraparte — e outro **positivo** — cada contratante se obriga a agir na execução do contrato da forma mais leal, honesta e transparente possível, de modo que a obrigação se cumpra com o menor sacrifício para ambos os envolvidos —. Somente assim se atinge a concretude do direito. Não basta a ausência da intenção de prejudicar para que se reclame a

proteção do direito. É preciso *correttezza* (**lealdade**), isto é, concurso efetivo de ambos os contratantes para que o contrato se perfaça sem que qualquer dos consortes se prejudique, ou se onere além do normalmente esperado. Ou seja: que todo negócio jurídico seja entabulado sem dolo, com a volição de não prejudicar. É esse mesmo dever de retidão que se supõe desejado efetivamente pelas partes na conclusão do negócio o que autoriza ao juiz velar pelo conteúdo ético do contrato, isto é, permite-lhe intervir na relação privada para considerar que certos deveres adicionais são exigíveis, ainda que não previstos expressamente, ou sequer lembrados, porque defluem daquela intenção de não se locupletar à custa do outro, de não emperrar a conclusão do negócio sem causa relevante e de não enganar a ninguém, coisas que são da essência da boa-fé objetiva. MIGUEL REALE ensina que

“Quando se fala que o negócio deve ser interpretado de acordo com a boa-fé, isso se traduz naquela boa-fé chamada pela doutrina como boa-fé normativa, ou seja, aquela boa-fé que implica a regra de que os negócios jurídicos devem ser celebrados com lealdade, com transparência e, mais, que implica inclusive a possibilidade de o juiz considerar que, na declaração de vontade, ainda que ela seja lacunosa com relação a certos deveres, chamados deveres secundários ou instrumentais, como, por exemplo, o dever de custódia da coisa, embora o contrato não se aluda a isto como uma obrigação da parte; o dever de sigilo pelos segredos que se sabe em decorrência do negócio; o dever de permitir que se execute perfeitamente o contrato, por uma das partes, são deveres que, muitas vezes, não estão expressos no contrato, mas que decorrem justamente dessa boa-fé normativa, objetiva”.

Enquanto a boa-fé subjetiva diz com o comportamento **reto** e **probo**, a objetiva vincula-se ao estado de confiança despertado na contraparte. O que distingue a **boa-fé subjetiva** da **objetiva** é que, na primeira — **subjetiva** —, o agente se conforma com o seu estado psicológico de supor que não está prejudicando a ninguém, ao passo que, na outra — **objetiva** —, o agente se obriga a se comportar de uma determinada forma, e não de uma forma qualquer, e essa forma de comportar-se implica, de algum modo, abster-se de tudo o que possa prejudicar, dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, e, mais ainda, a de colaborar, efetivamente, com a contraparte, na ultimação do negócio. Quer isso dizer, em resumo, que na aferição da **boa-fé subjetiva** se considera a intenção da parte, o seu estado psicológico no momento de contrair a obrigação, com o que má-fé passa a ser todo comportamento eivado da intenção (volição) de prejudicar a outra parte. Na **boa-fé subjetiva**, a parte crê, ainda que de modo errado, que pratica o ato no exercício do seu direito, dentro do que foi pactuado, e não lhe ocorre que nesse exercitar possa estar

prejudicando o direito de outrem. Na **boa-fé objetiva**, cumpre a cada contratante portar-se com lealdade e correção, vedada a malícia, o ardid, a astúcia que leva à obtenção de vantagens extorsivas a prejuízo da confiança da contraparte. O juiz deve interpretar o contrato e os termos da obrigação como um todo, fazendo incidir sobre o seu juízo de valor “módulos valorativos do sistema”, isto é, avaliando objetivamente se estão (ou podem estar) presentes ao negócio jurídico princípios como os da auto-vinculação, auto-responsabilidade, função social, equilíbrio das prestações e boa-fé. Numa palavra: o juiz não deve permitir que o contrato atinja finalidade oposta àquela que as partes pretenderam atingir, ou diversa daquela que, considerada a natureza do contrato em si mesma, seria lícito esperar. A **última função** normalmente atribuída à **boa-fé objetiva** é **inibitória**, isto é, a de impedir o exercício de um direito aparentemente lícito, mas que contraria a lealdade e a confiança que se exigem nas relações privadas. O comportamento que se inibe não é ilícito, tanto que a doutrina fala em exercício inadmissível de **um direito**. O que se proíbe é que uma parte, valendo-se do contrato, exerça frente à contraparte um direito que viole a regra geral acessória de que aquele que exerce um direito tem o dever de levar em conta os interesses e as justas expectativas do outro. É, em resumo, a obrigação de abster-se do exercício de um direito se for razoavelmente possível supor que esse exercício quebrará a justa expectativa da outra parte. É o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro. Como freio ao exercício dos direitos subjetivos, cabe-lhe encontrar o sentido genuíno do contratado, depurando-o de qualquer deformação que decorra da interpretação dúbia ou maliciosa que objetive tirar **vantagem indevida** do outro contratante. Para que o comportamento contraditório seja proibido é preciso que haja (1º) uma conduta inicial — **factum proprium** —, (2º) uma confiança legítima da outra parte na conservação desse comportamento, (3º) um comportamento que se contraponha ao primeiro e (4º) um dano efetivo ou potencial que decorra necessariamente do segundo comportamento. O fato próprio — ou conduta inicial — é qualquer comportamento da parte, até mesmo o antijurídico ou o não-vinculante. É todo acontecimento derivado da atuação humana. Basta que desse comportamento derive ou possa derivar um comportamento da contraparte fundado na confiança razoável de que não será abruptamente alterado para que se erija a proibição de que seja modificado. Ao **venire** não é relevante se a conduta inicial é jurídica ou antijurídica ou se o comportamento contraditório foi acidental ou objetivamente desejado com a intenção de prejudicar. Importa saber se aquela conduta inicial é ou não vinculante, isto é, se é ou não suficientemente apta a despertar na contraparte a legítima confiança de que não seria contrariada, e qual o prejuízo potencial ou efetivo causado na parte que, de boa-fé, confiou na conduta do outro. Como dito, não é a quebra de qualquer confiança que enseja a sua aplicação, mas a da que decorre razoavelmente de uma adesão legítima ao conteúdo do primeiro comportamento. A conduta capaz de gerar confiança legítima não precisa ser vinculante nem juridicamente relevante. Basta que

transcenda à esfera íntima daquele que a pratica e seja capaz de repercutir sobre outras pessoas. Essa transcendência é eminentemente fática porque o fato próprio nasce à margem do direito positivado. Saber se dada conduta não hospedada pelo direito positivo transcendeu a pessoa do praticante e repercutiu eficientemente na contraparte é questão de fato, que somente pode ser vista caso a caso. Um mesmo comportamento pode repercutir de diversas formas e com intensidade variada em várias pessoas, ao mesmo tempo, de acordo com fatores culturais, sociais, religiosos, educacionais e etários, como pode repercutir na mesma pessoa de diversos modos, em duas ou mais situações de fato diferentes, espaçadas no tempo. Trocando em miúdos, confiança legítima é a que deriva de uma conduta imputável à outra parte no sentido de que poderia se acomodar à situação informada pelo comportamento inicial, por absoluta ausência de qualquer indício de que aquela primeira conduta pudesse ser alterada no curso da relação obrigacional, ou do contrato, sem a interferência de qualquer fato alheio à força ou à vontade dos contratantes.

Como dito, quando a Administração Pública negocia com a categoria profissional reajustes de salários e condições mais vantajosas de trabalho, sem ter tido o cuidado de promover, previamente, reserva financeira para custear esse acréscimo de despesas, ou quando firma acordos coletivos sem obter, ainda aqui previamente, autorização do órgão ao qual está, por lei, subordinada, quebra a boa-fé dos empregados, rompe a confiança legítima. Há, para mim, evidente **comportamento contraditório** nesse tipo de conduta. Se o ente público dependia de autorização superior para contratar o benefício normativo, que o obtivesse **antes**, e não depois de firmar contrato com a categoria. Se não tinha dotação financeira prévia, que a provesse **antes** de negociar. O que não pode é prometer pagar, reajustar, conceder, e, depois de despertada na categoria a **confiança legítima**, desdizer-se, sem fundada razão de direito, ou sem modificação substancial nas razões de fato existentes ao tempo da celebração do negócio jurídico.

<https://www.diritto.it/administracao-publica-e-comportamento-contraditorio/>