

**BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE
DIREITO ADMINISTRATIVO**

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes¹

SILVA FILHO, Jesrael Batista da²

Resumo: O conceito de ética e moral é de sumo relevo à Administração, dadas suas contribuições à prática da boa administração pública e à implantação de políticas públicas redutoras de desigualdades sociais. Os atos administrativos contratuais, assim, alcançarão seu grau máximo de eficiência desejado se em todas suas fases observarem-se os princípios da administração pública, em especial o da moralidade, impondo probidade e boa-fé às partes. O problema é que muitas vezes tais princípios são negligenciados, sob motivação dúbia, questão esta a combater-se pela concertação, fundada na participação popular e no controle social. Com o método dedutivo, pela técnica de pesquisa bibliográfica, estabelecem-se as premissas para uma relação jurídico-administrativa eficiente, mediante interpretação calcada no diálogo e na boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Eficiência; Boa-fé objetiva administrativa; Concertação.

Linha de Pesquisa: “Justiça e o Paradigma da Eficiência”.

¹ Doutorado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestrado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Atualmente é professor no Curso de Mestrado e bacharelado em Direito da UNINOVE - Universidade Nove de Julho. Professor visitante permanente em universidades nacionais e estrangeiras, em programas de mestrado e especialização, notadamente na UFMG (Brasil), UIT (Brasil), UCLM (Espanha); UAH (Espanha); UDE (Uruguai); UDELAR (Uruguai), entre outras. Professor licenciado no Curso de bacharelado em Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de advocacia consultiva e contenciosa no Brasil e em Portugal, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente com os seguintes temas: governança, regulação, licitações públicas, contratos administrativos, concessões administrativas, parcerias público-privadas e sustentabilidade, inclusive em contextos interdisciplinares de Direito Administrativo, Ambiental, Tributário e Empresarial com o Direito da Integração, Comunitário e Internacional Público

² Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho, linha de pesquisa estudando o tema Justiça e o paradigma da eficiência (2016); Graduado em Direito pela Universidade Nove de Julho (2014); Especialista em Operações Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (2006); Pós-Graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (2005); e Graduado em Material Bélico pela Academia Militar das Agulhas Negras (1998). Atualmente é Oficial de carreira do Exército Brasileiro atuando na área de Defesa, com ênfase em Logística.

BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais a Administração Pública tem levado em consideração questões como a preocupação com a eficiência nas suas aquisições e prestações, tendo em vista que além de ser princípio constitucional, trata-se de uma questão relacionada também à moralidade administrativa, impondo probidade e boa-fé no trato da *res pública* (envolvendo lealdade, moral e ética), *maxime* porquanto a relação entre agente público e os recursos aplicados à contratação é meramente funcional-administrativa, por serem do Estado e, de conseguinte, pertencentes à sociedade brasileira.

Após a conclusão do procedimento licitatório, e cumpridas as formalidades para a celebração do contrato, durante seu desenvolvimento, seja para o fornecimento de bens, prestação de serviços ou execução de obras públicas, é comum existirem descumprimentos quanto às condições acordadas, com especial atenção à qualidade dos bens ou serviços, inclusive no decorrer de obras, a torná-los insatisfatórios e, assim, aquém da eficiência almejada.

Essa questão é de trato sensível, pois em certos casos tem-se inviabilizada concretamente a possibilidade de especificação qualitativa de forma satisfatória para que não implique violação ao exposto no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, que não cause um dirigismo em benefício de certo licitante; em outros casos, porém, questiona-se, mesmo, o nível de probidade e boa-fé objetiva por parte dos contratados, ao desviarem-se da moralidade administrativa no desenvolvimento de suas prestações ao longo do contrato administrativo.

Em função da discussão ao longo da pesquisa para se estabelecer os critérios de fixação da eficiência mínima almejada, segundo uma execução concertada das obras, serviços ou fornecimento dos bens, sempre permeada pela boa-fé objetiva nos contratos administrativos, espera-se obter resultados para a qualidade pretendida, à luz da sustentabilidade contratual administrativa, sem que isso implique exigência que desiguale os competidores.

BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

Em relação à metodologia empregada, centrou-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa teórica que envolve temas de Direito Administrativo e de Direito Civil, devido especialmente ao caráter singular que permeia toda a análise que se funda em institutos específicos que se inter-relacionam de modo a alcançar um objetivo comum, qual seja, a consideração da boa-fé objetiva na interpretação do contrato administrativo em sua vertente consensuada e exteriorizadora da função pública. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução e desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva, a formação do contrato administrativo e seus requisitos, com a formulação da participação popular e controle social neles adotados em busca de sua eficiência máxima.

O método dedutivo, *in casu*, pela técnica de pesquisa bibliográfica, permite estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da relação jurídico-administrativa no marco de uma interpretação revigorada pela concertação como fundamento estruturante da participação popular e controle social, ancorado no princípio da boa-fé objetiva.

119

OBJETIVOS

Excetuando-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, quanto ao problema a ser enfrentado, buscar-se-á identificar quais os critérios objetivos podem ser incrementados nos editais tradicionais, inclusive à luz da necessidade de sustentabilidade nas contratações públicas, capazes de imprimir uma eficiência satisfatória na execução de obras, prestação de serviços e no fornecimento dos bens, sem que isso implique desequilíbrio nas condições daqueles que afluírem ao certame, ou mesmo um desvio da finalidade por violação da boa-fé objetiva administrativa.

BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

DESENVOLVIMENTO

O ordenamento jurídico brasileiro balizou, em parte, os atos da Administração Pública por meio dos princípios presentes no art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988, sendo eles a legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade, a qual é de especial relevância para a pesquisa que se desenvolve, cuja definição incorpora os conceitos de ética, moral, probidade, honestidade e boa-fé, de modo que sua inobservância enseja vícios de ilicitude e desconfiança ante o desvio de poder ou finalidade em casos como de condução dos processos licitatórios e desenvolvimento de contratos administrativos.

Assim, os conceitos e preceitos relacionados à ética e moral encontram íntima afinidade com os atos administrativos contratuais, principalmente quanto ao dever de probidade do agente público e sua vinculação aos princípios gerais do Direito Administrativo, como condição *sine qua non* para uma boa administração pública.

A moralidade administrativa, com seu subprincípio da boa-fé objetiva administrativa, se faz presente como um conjunto de regras de conduta que balizam a motivação não apenas dos atos privados, mas também administrativos contratuais, de modo a disciplinar o agente público, ou quem lhe faça as vezes, em todas as suas ações na relação jurídica.

Sua vinculação à lei não é suficiente, tendo em vista que muitas vezes a legalidade cumprida em sua literalidade não afasta a ilicitude por ausência de proteção à moralidade e ética, ou seja, um ato pode possuir legalidade estrita, mas não ser justo ou moralmente aceito. Neste momento, surge a dúvida acerca da própria legalidade *lato sensu* (legitimidade) do ato, por contrariar princípio constitucional.

Apesar das diferenças entres os contratos de direito civil e direito público, o dever de probidade e boa-fé objetiva entre as partes são aspectos comuns a ambos, até pela função social inerente aos contratos de maneira geral, norteadas por questões éticas e morais de cooperação e parceria, conforme preceitua o art. 422, da Lei nº 10.406/2002,

BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

aplicável aos contratos administrativos pela via comunicação havida do art. 54, da Lei n. 8.666/93, tanto na sua execução como em sua conclusão, e depois.

Dessa forma, para coibirem-se propostas licitatórias que acabem por indiretamente infringir a boa-fé objetiva administrativa, a escamotear produtos ou serviços de qualidade inferior e impossível de ser objetivamente afastada em edital, surge como solução a minimizar, ainda que em parte, essa atitude, a introdução de critérios de sustentabilidade (como durabilidade comprovada), inclusive contornando as previsões contidas no art. 3º, § 1º, e art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993.

A melhor proposta, assim, deverá guardar critérios não apenas de preço e qualidade, mas também de sustentabilidade, introduzindo um determinado padrão de qualidade (sustentável), de modo que os outros possíveis fornecedores retem resguardados em sua competitividade quanto a produtos inferiores (de baixa sustentabilidade), principalmente quando de menor valor agregado.

Assim, as partes devem observar o princípio da boa-fé objetiva desde a fase licitatória, a fim de se promover a moralidade administrativa em todo o trato contratual administrativo. Dessa maneira, quando o setor privado se furta ao dever de probidade e boa-fé objetiva, causa danos ao erário e impede o exercício racional da boa administração pública.

Quanto às sanções legais que afastam licitantes violadores da boa-fé objetiva, é de se mencionar que, em casos tais e em grande parte das vezes, têm se revelado ineficazes para coibir sua reiteração, pois, em abuso da personalidade jurídica, seus sócios criam novas empresas para tornarem aos novos certames e reincidirem em tais práticas vitandas. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística 3, em 2010, 736.400 (setecentos e trinta e seis mil e quatrocentos) empresas fecharam suas portas, e cerca de 999.100 (novecentos e noventa e nove mil e cem) novas empresas entraram

³ Disponível em:

<<http://censo2010.ibge.gov.br/pt/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2201&busca=1&t=novas-empresas-geram-um-milhao-empregos-assalariados-2010>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

no mercado, registrando um crescimento de 6,1% (seis vírgula um por cento), ou seja, com 261.700 (duzentos e sessenta e um mil e setecentas) novas empresas ativas no Brasil, o que se mostra prejudicial ao combate à violação dos princípios e conceitos ora abordados, tendo em vista a possibilidade de impunidade.

CONCLUSÃO

Em conclusão, para afastarem-se os problemas apontados, sugere-se que sejam utilizados não apenas novos critérios objetivos de sustentabilidade nos editais para melhora das contratações públicas, mas institutos como a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive em sua modalidade inversa, para que, sob o fundamento do princípio da boa-fé objetiva administrativa, também em sua fase licitatória, tais atitudes de má-fé resem banidas dos certames e contratos administrativos pátrios, mediante a identificação dos infratores, pessoas jurídicas, seus sócios e prepostos, a fim de que constem conjuntamente em cadastros restritivos de suas participações.

Os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quando observados na execução dos contratos administrativos em suas diferentes fases, implicam a chamada boa administração pública, determinante para a consecução sustentável dos objetivos políticos, econômicos e sociais do nosso País.

Ressalta-se, em última análise, que o resultado final da boa administração pública, como forma de exercício do direito fundamental orientado pela boa-fé objetiva administrativa, contribui para o desenvolvimento sustentável dos contratos administrativos em suas diferentes fases, implicando adequada concreção das correlatas políticas pública setoriais.

BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

REFERÊNCIAS

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contrato administrativo concertado, causa e boa-fé: maior eficiência e eficácia à luz das teorias dos atos separáveis e da incorporação. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, v. 12, n. 16, jan./dez. 2014, p. 357-371.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Procedimentos regulatórios no atual Direito Administrativo concertado (parte 2). *In*: MARQUES, Cláudia Villagra da Silva. (org.). **Temas atuais do Direito brasileiro e internacional - 2**: Estado, sociedade e Justiça em tempos de globalização, à luz do paradigma da eficiência. Botucatu/SP: QuintAventura Edições, v. 1, 2015, p. 144-177. Disponível em: <http://www.amazon.com/TEMAS-ATUAIS-DIREITO-BRASILEIRO-INTERNACIONALebook/dp/B00VXS1822>. Acesso em: 01 dez. 2015.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DE OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Ética, Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: ATLAS, 2009.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito do futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - vol. 3**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE
DIREITO ADMINISTRATIVO**

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA FILHO, Jesrael Batista da

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Novas empresas geram um milhão de empregos assalariados em 2010. 27 ago. 2012. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=1&idnoticia=2201&busca=1&t=novas-empresas-geram-um-milhao-empregos-assalariados-2010>. Acesso em: 25 jul. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo. Malheiros: 2010.

NALINI, José Roberto. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.