

# *Oponibilidade do abuso de direito à Administração Pública, sob a perspectiva comparativa entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro*

DR. LUÍS FELIPE SILVA

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Aplicabilidade das regras de Direito civil ou “Direito comum” no âmbito do Direito administrativo*. 3. *O abuso de direito enquanto cláusula geral aplicável a todos os ramos da Ciência do Direito*. 4. *A conformação do abuso de direito no âmbito do Direito administrativo*: 4.1. *Ponderações ao princípio da legalidade estrita*; 4.2. *A boa fé no Direito administrativo e a necessidade do recurso à regra de vedação ao abuso de direito*; 4.3. *O abuso do direito como guardião da boa fé em sua concepção objetiva*; 4.4. *A convivência do abuso de direito com outras figuras na disciplina administrativa*; 4.5. *Exercício inadmissível de posições jurídicas pela Administração Pública e o tratamento típico de tais condutas*: 4.5.1. *Venire contra factum proprium*; 4.5.2. *Supressio/Surrectio*; 4.5.3. *Tu quoque*; 4.5.4. *Inalegabilidades formais*; 4.5.5. *Desequilíbrio no exercício*. 5. *Conclusão*.

## **1. Introdução**

A evolução da *bona fides* ao longo da História do Direito revela a vocação deste axioma em extravasar barreiras<sup>1</sup> e paradigmas fincados em proposições de dogmática inflexível à lapidação decorrente das modificações nas relações sociais.

A despeito desta resistência, resultante da própria concepção positivista dos ordenamentos jurídicos onde a lei é fonte primária de Direito, tais como o Direito Brasileiro e Português, a proteção da boa fé conseguiu demarcar de vez seu espaço.

<sup>1</sup> A respeito da expansão da boa fé em domínios não civis: ANTONIO MENEZES CORDEIRO, “*Da Boa Fé no Direito Civil*”, 2013, pp. 371–395.

Com efeito, os Códigos Civis destas nacionalidades dinamizam o seu alcance, que não se restringe meramente a um norte interpretativo das relações jurídicas, mas também um valor que deve ser observado sob pena de repulsa e sanção, papel este desempenhado pela vedação ao Abuso de Direito.

Apesar de ser positivada a sua aplicação no âmbito do Direito Civil, impõe-se o desafio de internalizar este instituto no âmbito das relações jurídicas travadas entre entes públicos e particulares.

A uma porque não há qualquer óbice jurídico no âmbito do Direito Administrativo à utilização de regras encartadas nas codificações Civis, a duas porque as legislações administrativistas de Brasil e Portugal já se arrogam da boa fé em sua veste principiológica, podendo o Abuso de Direito, de função repressiva e sancionadora, servir de instrumento de controle das condutas destoantes da boa-fé no seio das relações entre administração pública e particulares.

Assentadas estas premissas, passamos agora a investigar a possibilidade de acomodação do instituto do Abuso de Direito no âmbito juspublicista, mais precisamente no que toca ao conjunto de regras aplicáveis às relações jurídicas que envolvem entidades públicas e particulares.

## **2. Aplicabilidade das regras de Direito civil ou “Direito comum” no âmbito do Direito administrativo**

Antes de adentrarmos no tema Abuso de Direito em si, insta uma ligeira reflexão sobre a aplicabilidade de normas oriundas das codificações Civis no âmbito do Direito Público, em especial no Direito Administrativo<sup>2</sup>.

Doutrinadores publicistas<sup>3</sup>, e até mesmo alguns privatistas<sup>4</sup>, defendem que determinadas regras encartadas na disciplina do Direito Civil o estão indevidamente, dada a sua polivalência que permeia toda a Ciência Jurídica, e que, por

<sup>2</sup> A emancipação do Direito Administrativo remete a Revolução Francesa em 1789.

<sup>3</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo, V. I”, 2011, pp. 169-171; PAULO OTERO, “Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade”, 2011, p. 811:“(…) O Direito Administrativo não é o único ramo de Direito regulador da Administração Pública, podendo mesmo afirmar-se que nunca o terá sido: a existência de lacunas em Direito Administrativo e a respectiva possibilidade de integração através do recurso aos princípios gerais de Direito, enquanto princípios comuns ao Direito Privado e ao Direito Público, comprovam que, paralelamente ao Direito Administrativo, existiu sempre a aplicabilidade no âmbito da Administração Pública de uma normatividade oriunda de um Direito Comum vigente ao longo de todo o ordenamento jurídico [que] compreende as grandes regras ou princípios que, não estando ligados a nenhuma instituição em particular, animam todas as realidades que estão presentes num determinado ordenamento”.

<sup>4</sup> ORLANDO GOMES, “Introdução ao Direito Civil”, 1983, p. 12.

este carisma, deveriam estar situadas em uma categoria superior e equidistante a todos os ramos do Direito<sup>5</sup>.

Segundo sustentam os adeptos desta concepção, a deformidade em questão resulta da tradição histórica<sup>6</sup> e longeva do Direito Civil que acabou por se apropriar de regras, institutos e princípios que, na verdade, seriam parte de uma “Teoria Geral do Direito” ou de um “Direito Comum” que se sobrepõe inclusive ao próprio Direito Civil.

Enfim, de acordo com esta corrente doutrinária, particularmente a juspublicista, os postulados de Direito Civil têm sua aplicabilidade restrita às relações entre particulares, pois Direito Privado e Público são categorias absolutamente estanques.

No entanto, se fizermos uma digressão histórica ao Direito Romano, o *ius civilis*<sup>7</sup> tratava não só de temas típicos de relações privadas, como também das relações entre os cidadãos e o estado, tais como a obrigação de pagar tributos. Da mesma forma o *Corpus Iuris Civilis*<sup>8</sup>, Corpo de Direito Civil, indiscutível marco nas decodificações do direito ocidental, compilava e harmonizava regras de Direito Privado com Direito Penal, Fiscal e Administrativo.

Daí se ampara o posicionamento predominante de que o Direito Civil representa a gênese dos outros segmentos da Ciência do Direito, o que inclusive justifica o recurso destas disciplinas específicas, tais como o Direito Administrativo, à subsidiariedade do direito que as originou.

O fato de o Direito Civil assistir ao longo de sua existência a um movimento de autonomização dos temas que originariamente eram encartados em seu bojo, o que é até salutar para melhor apreensão e aplicabilidade destas especialidades, importa apenas que estas disciplinas se desprenderam significativamente, porém não se pode afirmar que este elo tenha sido desfeito *in totum*. Ora, não é sem motivo que essas disciplinas regressam a origem quando não contemplam soluções próprias.

<sup>5</sup> Registre-se que no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador alterou a ementa da “Lei de Introdução ao Código Civil” para dela constar “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, o que revela tendência a acatar a ideia de que existe um “direito comum” superlativo.

<sup>6</sup> AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “Lições de Direito Administrativo, Vol. I”, 1976, p. 187.

<sup>7</sup> O *Ius civilis*, disciplinava os direitos e obrigações dos considerados cidadãos romanos e se contrapunha ao *ius gentium*, que era aplicável aos estrangeiros e escravos.

<sup>8</sup> Vale esclarecer que a versão de 529 d.c., a qual revogou o texto original de 528 d.c., era composta por 12 Livros: Livro I – fontes do direito, ao direito de asilo e às funções dos diversos agentes imperiais; Livro II – trata principalmente do processo. Livros III a VIII – tratam do direito privado; Livro IX – direito penal; os Livros X a XII – direito administrativo e fiscal.

O Professor Menezes Cordeiro<sup>9</sup>, ensina, com maestria, que “*todo o Direito é Direito civil, em princípio. Às disciplinas não-civis compete demonstrar a sua identidade, de modo justificado*”. Afirma ainda que “*o Direito Privado – particularmente o civil – constitui o grande pano de fundo sobre o qual vêm, depois, aderir as mais diversas especializações*”, já que “*constitui a base a partir da qual, por especialização, por negação, por complementação ou por inovação se vão erguendo todos os demais ramos jurídicos normativos*”.

Agregue-se que outras clássicas codificações mais recentes de Direito Civil, tais como o Código Napoleônico de 1804 e o Código Civil Alemão de 1900, são marcadas por este traço, qual seja a disposição de regras aplicáveis a todos os ramos do direito que, portanto, não são exclusivas do Direito Privado. O mesmo acontece em Brasil e Portugal, onde o Direito Civil ainda contempla soluções para todos os ramos do Direito<sup>10</sup>.

Com efeito, de acordo com lição do I. Professor Pedro Pais Vasconcelos<sup>11</sup>, diversas normas contidas no âmbito do Direito Civil comprovam que o interesse público está nele presente, assim como inverso também é verdadeiro.

Isto significa dizer que, passando ao largo da discussão quanto à natureza privatista (de Direito Civil) ou generalista (de Direito Comum) de determinadas normas que ultrapassam as fronteiras das relações regidas precipuamente por codificações civis, o fato é que estas são perfeitamente inseríveis na disciplina da Administração Pública.

Feitos estes apontamentos, fica então assente que algumas regras encartadas no Direito Civil são aplicáveis em todas as especialidades do direito, não se restringindo ao Direito Privado.

### **3. O abuso de direito enquanto cláusula geral aplicável a todos os ramos da Ciência do Direito**

Independentemente da posição que se tome em relação a controvérsia quanto à existência de um “Direito Comum” ou do caráter subsidiário do

<sup>9</sup> ANTONIO MENEZES CORDEIRO, “*Tratado de Direito Civil Português. 1.º vol, Parte Geral, 1.º tomo., Introdução, Doutrina Geral e Negócio Jurídico*”, 2011, pp. p. 41, 55-56, 236-237 e 287- 288.

<sup>10</sup> HELY LOPES MEIRELLES, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 2003, pp. 41-42 e 48; DIOGO FREITAS DO AMARAL, “*Manual de Introdução ao Direito, Vol. 1º*”, 2012, p. 306.

<sup>11</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 2012, p. 7 “(...) O Direito não tem que ser exclusivamente e exhaustivamente público ou privado e dificilmente poderá sê-lo. Entre os dois pólos, público e privado, existe uma graduação, uma transição fluida de regulações predominantemente públicas ou predominantemente privadas, em que os interesses público e privado se entrelaçam e se compatibilizam – ou têm de ser compatibilizados – porque coexistem sem se excluírem.”

“Direito Civil” em relação às outras disciplinas, não há dúvida de que a figura do Abuso de Direito está situada no âmbito das regras aplicáveis a qualquer ramo do direito, dado o seu alcance casuístico.

Isto se credita ao fato de que subjaz ao abuso de direito a proteção da boa-fé, dos bons costumes, da ordem econômica e social, valores estes indissociáveis de qualquer relação jurídica, seja ela de Direito Privado, seja de Direito Público.

No Direito Português, assim como no Direito Brasileiro, as disposições legais que reprimem o abuso de direito guardam expressamente os valores acima mencionados. Senão, vejamos os dispositivos vigentes nos respectivos Códigos Civis Pátrios:

### **CC Português**

*Artigo 334.º*  
*(Abuso do direito)*

*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*

### **CC Brasileiro**

*Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Vê-se, portanto, que os legisladores de ambos os países ao utilizarem estes elementos (boa fé, bons costumes, fim econômico e social)<sup>12</sup> deram maior amplitude semântica e flexibilidade ao texto, às feições de uma verdadeira cláusula geral.

E, como cediço, as cláusulas gerais conferem ao operador do Direito maior lastro na aplicação da norma ao caso concreto, não significando esta abstração uma espécie de cheque em branco, até porque a doutrina e jurisprudência têm função de orientar os limites a serem observados na integração destas regras, de inegável conexão com os fins extrajurídicos a que são colimadas.

Com efeito, no exercício de interpretação e integração da cláusula geral, o jurista, invariavelmente, socorrer-se-á de conceitos forjados a uma determinada realidade social, econômica e moral, o que se perfaz à medida que estes

<sup>12</sup> MENEZES CORDEIRO in “*Tratado de Direito Civil, 5.º Volume*”, p. 241, propõe a abstração dos signos “bons costumes”, “fim econômico” e “fim social” por compreender que o legislador português já anteviu soluções para o primeiro, sendo desnecessário o recurso ao abuso de direito, sob pena de duplicação. No que tange aos fins econômicos e sociais, os mesmos já estão abrangidos pelos limites da boa fé.

conceitos forem aglutinados aos valores preservados pela vedação ao Abuso de Direito.

Outro dado objetivo que afirma o instituto como cláusula geral é que em ambos os Diplomas Civis o mesmo está inserido em partes inespecíficas<sup>13</sup>, de onde se conclui que sua aplicação alastra-se por uma infinidade de situações dos diversos ramos do Direito.

Não é à toa que a jurisprudência pátria brasileira, em encontro nacional de magistrados promovido pelo Conselho de Justiça Federal<sup>14</sup>, consagra o contido no artigo 187 do Código Civil, ou seja, a vedação ao Abuso de Direito como cláusula geral aplicável a todos os ramos do direito.

Daí porque fácil ver que o instituto do Abuso do Direito extravasa as fronteiras do “Direito Civil” ou do “Direito Privado”, podendo ser aplicado inclusive no “Direito Público”.

#### **4. A conformação do abuso de direito no âmbito do Direito administrativo**

Assentada a possibilidade de aplicação das regras de Direito Civil ou de “Direito Comum” no âmbito do Direito Público, cumpre-nos agora ajustar a aplicação do instituto do Abuso de Direito no âmbito do Direito Administrativo.

Algumas questões de ordem dogmática, tais como a higidez do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público devem ser contrabalanceadas por outros valores não menos importantes, tais como a lealdade, honestidade, probidade, confiança e previsibilidade, valores estes encampados pelo instituto da boa fé.

Pesa ainda a já mencionada dificuldade de introjeção de normas provenientes das codificações Civis no âmbito da disciplina administrativa.

No entanto, vasta doutrina<sup>15</sup> admite a incidência do instituto do Abuso de Direito enquanto repressor de comportamentos contraditórios, surpreendentes e desalinhados ao princípio da boa fé, o qual se busca concretização.

<sup>13</sup> No Direito Português o artigo 334 situa-se no LIVRO I do Código Civil, o qual trata da Parte Geral; No Código Civil Brasileiro o artigo 187 está situado em posição análoga.

<sup>14</sup> Enunciado n.º412 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito”.

<sup>15</sup> FERNANDO CUNHA DE SÁ in “Abuso de Direito”, p. 543; PIETRO RESCIGNO, “L’abuso del diritto” in *Revista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 e ss.

A doutrina de Agustín Gordillo, prestigiado administrativista argentino, admite expressamente a boa fé, o Abuso de Direito, além dos princípios da segurança jurídica e da confiança como regras gerais aplicáveis no âmbito do Direito Público ao mencionar o seguinte:

*(...) Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el **abuso del derecho**, la interdicción de la mala praxis, el **principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida**, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc.*<sup>16</sup> (grifei)

A respeito da proposição do Autor, parece redundante tratar os princípios da segurança jurídica, da confiança e o Abuso de Direito como figuras independentes da boa fé, no entanto, diante de tantas controvérsias acerca do tema<sup>17</sup>, é justificada a ampliação dogmática do seu discurso.

Saliente-se que a sindicância operada pelo Abuso de Direito deve afetar principalmente as relações da administração pública e particulares decorrentes de contratos públicos e atos administrativos com destinação individual<sup>18</sup>, eis que a observância da boa fé pressupõe vínculo jurídico concreto e de proximidade entre as partes, o que não se é possível obter, salvo melhor juízo, a partir de atos administrativos abstratos.

Posto isto, analisemos os fatores que justificam a inserção do Abuso de Direito no âmbito administrativista.

<sup>16</sup> AGUSTIN GORDILLO, “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 1, Parte General*”, 2013, p. VIII – 1 e 2. No Direito Brasileiro a admissão do abuso de direito por parte da administração pública é perfeitamente possível, de acordo com a lição de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “*Curso de Direito Administrativo*”, 2012, Rio de Janeiro, p. 69 “(...) na função coibidora do abuso de Direito, a boa fé opera impedindo ou restringindo atuações públicas desleais, desviadas de seu propósito de atendimento aos valores do ordenamento jurídico, que não se confundem com o mero interesse patrimonial do Estado.”

<sup>17</sup> CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 89; ALMIRO DO COUTO E SILVA, “*O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro 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 nº 9.784/99)*” in Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Número 2 – abril/maio/junho de 2005.

<sup>18</sup> De acordo com HELY LOPES MEIRELLES (*idem*, pp. 159 e 160) os atos individuais “são todos aqueles que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situação jurídica particular”. Sobre os atos gerais ou regulamentares, o Autor preconiza ser “aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos.”

#### 4.1. ***Ponderações ao princípio da legalidade estrita***

Eventual argumento no sentido de que a aplicação do instituto do Abuso de Direito, por não ter sede em legislação própria de Direito Público, estaria fora do alcance das relações jurídico-administrativas não deve de se acolher.

É certo que no Direito Brasileiro, como também ocorre em Portugal, a atuação estatal é pautada no Princípio da Legalidade Estrita<sup>19</sup>, de onde se tira que nenhum ato pode ser praticado sem previsão legal autorizativa ou se houver previsão legal proibitiva.

Com efeito, a lei é o limite da administração pública e, por tal razão, há imensa dificuldade em se desmecanizar a sua aplicação.

Neste contexto, à primeira vista, parece difícil acomodar o instituto do Abuso de Direito no âmbito do Direito Público, dada a presunção de legalidade que reveste as condutas oriundas dos entes estatais.

Além disso, a elasticidade de seu conteúdo (do Abuso de Direito) inspira um movimento natural de repulsão por este sistema hermético, que não dá abertura a eventuais integrações.

No entanto, em diversas situações concretas, as quais cotejaremos *a posteriori*, a análise da atuação estatal não pode se restringir a uma interpretação fria e literal da lei, devendo também ser conjugada a outros elementos de ordem axiológica, que, por sinal, não estão represados no campo das relações jurídicas entre particulares.

Assim, há que se ter em mente que o princípio da legalidade não é imponderável, mormente se a sua aplicação não estiver associada a outros valores jurídicos imprescindíveis, tais como a boa fé, que veremos a seguir.

#### 4.2. ***O “princípio da boa fé” no Direito administrativo e a necessidade do recurso à regra da vedação ao abuso de direito***

Já foi dito anteriormente que a boa fé permeia qualquer disciplina jurídica diante da diversidade de casos em que sua invocação deve ser observada.

<sup>19</sup> CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “*Curso de Direito Administrativo*”, 2000, pp. 71-79. No mesmo sentido: HELY LOPES MEIRELLES, *idem*, pp. 86-87; ANTONIO AUGUSTO COSTA, “*A Erosão do Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa*”, 2002, p. 1.



No âmbito do Direito Administrativo não é diferente: as próprias legislações de Brasil e Portugal, em matéria administrativista, arrolam o princípio da boa fé como um dos informadores da atuação dos entes públicos<sup>20</sup>.

Aliado a isto temos vasta literatura<sup>21</sup> que chancela a incidência da *bona fides* nas relações entre administração e administrados<sup>22</sup>.

Todavia, a imposição deste postulado jurídico, segundo as normas próprias de Direito Administrativo – no Brasil e em Portugal – se manifesta em termos meramente principiológicos, ou seja, com reduzido grau de determinabilidade<sup>23</sup>, funcionando, destarte, como mero mandamento de otimização ou de interpretação, sendo certo que sua incidência fica sujeita ao casuístico critério da ponderação de bens jurídicos.

Com efeito, o “princípio da boa fé” tal como posto nas legislações administrativas não vincula ou determina os limites a serem observados na atividade estatal, tais como a probidade, honestidade, e lealdade<sup>24</sup>. A bem da verdade é o próprio Poder Público, invertendo a legítima expectativa de seus administrados, quem muitas das vezes joga por terra estes tão caros valores ao adotar comportamentos contraditórios, surpreendentes e totalmente destoantes dos valores sobreditos, a despeito de estarem amparados de presunção de legitimidade.

<sup>20</sup> Em Portugal a aplicação da boa-fé no âmbito da atuação administrativa está encartada no artigo 266, n.º 2 da Constituição da República, ao passo que no Direito Brasileiro a Lei Federal n.º 9784/1999, que regula os procedimentos administrativos, em seu artigo 2.º, inciso IV, aliada ao princípio da moralidade administrativa insculpido no artigo 37, caput da Constituição de 1988 cumpre este papel.

<sup>21</sup> EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, “O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro”, 2002; PEDRO MONIZ LOPES, “Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes”, 2011; JESUS GONZALES PEREZ, “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”, 2009; LUIS CABRAL DE MONCADA, “Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, FDUL, Coimbra, 2010, p. 575-576; FABIO MERUSI, “Buona fede e affidamento nel diritto pubblico”, 2001.

<sup>22</sup> MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, 2007, p. 97-98; Vide também “Da Boa Fé no Direito Civil”, 2013, pp. 383-388: Se hoje pouco se questiona a respeito da aplicação do princípio da boa fé no âmbito do direito público, conforme relata o Ilustre Professor MENEZES CORDEIRO em sua obra sobre contratos públicos, a apreensão deste valor pelo Direito Administrativo remonta à jurisprudência alemã do início do Século XX, em cujo contexto dominava o pensamento de que inexistiam lacunas a serem supridas no âmbito juspublicista.

<sup>23</sup> Sobre a distinção entre princípios e regras: J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional...”, p. 1160; GILMAR FERREIRA MENDES, “Curso de Direito Constitucional”, pp. 71-75.

<sup>24</sup> CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “Direito Civil Brasileiro: Volume III”, 2008, p. 33.

Daí se justifica o recurso ao Direito Civil ou “Direito Comum” para aplicação do artigo 334 do CCPT<sup>25</sup> como instrumento de controle ou de repressão ao Abuso de Direito por se tratar de uma regra, *id est*, uma norma com menor grau de abstração e maior suscetibilidade de incidência imediata no caso concreto.

Insofismavelmente o “princípio da boa fé”, desacompanhado da necessária e pertinente vedação ao Abuso de Direito, resente-se de um comando objetivo que propicie subsunção direta dos fatos à regra de conduta imposta.

Agregue-se, por oportuno, que o signo boa-fé constante da regra em questão já foi objeto de redução em Enunciado jurisprudencial no Brasil<sup>26</sup>, cujo entendimento sobre a vedação ao Abuso de Direito exclui a necessidade de elemento subjetivo da conduta, ou seja, a responsabilidade independe de culpa, bastando a contrariedade à boa fé objetiva.

Por tais razões, nos Códigos Civis Português e Brasileiro o preceito limitador que molda o comportamento a ser observado no exercício de posições jurídicas, sob pena de contrariedade ao ordenamento jurídico vigente<sup>27</sup>, deve também sujeitar e performar a atividade estatal<sup>28</sup>, que não está imune ao controle de juridicidade por eventuais condutas contraditórias, destoantes da boa fé.

Ainda sobre o tema boa fé:

A fim de propiciar melhor compreensão do instituto da boa fé, bem como apreender os valores nele incutidos, imperioso tomar por empréstimo a redução dogmática traçada pelo I. Prof. Menezes Cordeiro que em sua obra “*Boa Fé no Direito Civil*”<sup>29</sup> propõe a delimitação do instituto aos seguintes princípios: tutela da confiança e da materialidade subjacente à relação jurídica.

<sup>25</sup> Ou do análogo artigo 187 do CCBBr.

<sup>26</sup> Enunciado n.º 37 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal da República Federativa do Brasil: “Artigo 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

<sup>27</sup> O legislador Português, no artigo 334 do CCPT, menciona ser “ilegítimo” o exercício de um direito contrário aos limites da boa fé, expressão esta condenada por MENEZES CORDEIRO (“*Tratado de Direito Civil, 5.º Volume*”, p. 239), considerando o sentido técnico-processual da palavra. Assevera o autor que “o legislador pretendeu dizer que “é ilícito” ou “não é permitido”. O mesmo problema não existe no ordenamento jurídico brasileiro, cujo artigo 187 do Código Civil já estabeleceu a terminologia “ilícito” sugerida por MENEZES CORDEIRO, não obstante o legislador brasileiro ter deixado de consagrar a expressão “abuso de direito”.

<sup>28</sup> CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *idem*, pp. 89-90; JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, “*A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*”, 2002, p. 308; J. J. GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 2003, p. 265-267.

<sup>29</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Boa fé*”, pp. 1234-1257.

No que pertine a tutela da confiança, a lição do I. Autor a concebe a partir de quatro proposições<sup>30</sup>:

- A *situação* de confiança, intimamente ligada a boa fé subjetiva, que leve o confiante a crer que está amparado pelo ordenamento jurídico, sem desprezar os cuidados objetivos que lhe são exigíveis;
- A *justificação* da confiança se dá através de elementos objetivos que razoavelmente induzam uma pessoa à aderir a um determinado comportamento;
- O *investimento* que é pautado na atuação do sujeito a ser tutelado em consonância com a confiança que lhe foi inculcada;
- A *imputação* da confiança leva em consideração o comportamento da pessoa confiada, que vai ser afetada pela tutela perseguida.

Assim, fica destrinchada a doutrina da proteção da confiança, que pode, obviamente, ser “imputada” à administração pública enquanto sujeito passivo de tal tutela<sup>31</sup>.

No que pertine a observância da “*materialidade das situações jurídicas à substancialidade do sistema*”<sup>32</sup>, pela lição de Menezes Cordeiro, a mesma caminha no sentido da contraposição ao apego exagerado ao formalismo em detrimento da realidade material que subjaz dada regulação jurídica.

Em relação a este segundo princípio decorrente da boa fé, sua introjeção, *prima facie*, encontra maiores restrições no âmbito juspublicista, onde o rigor da lei é a medida para solução dos conflitos, além de traduzir a supremacia do interesse público.

No entanto, a doutrina e jurisprudência administrativista em Portugal, acertadamente, só admitem a invalidade do ato se a formalidade eventualmente gerar deformação em seu conteúdo, pois do contrário a violação da forma ensinada não é suficiente para fulminação do ato praticado, de onde se verifica um certo cuidado em relação à materialidade que subjaz a regra<sup>33</sup>.

Assim se delinea a doutrina dos dois princípios concretizadores da boa-fé, os quais são perfeitamente aplicáveis ao direito que rege a administração pública.

Adiante, passemos a analisar outra circunstância que reforça a oposição do Abuso de Direito à Administração Pública, qual seja a boa fé concebida em seu caráter objetivo.

<sup>30</sup> MENEZES CORDEIRO in “*Tratado V*”, pp. 292-293.

<sup>31</sup> GOMES CANOTILHO, *idem*, p. 265.

<sup>32</sup> MENEZES CORDEIRO in “*Boa Fé*”, pp. 1252-1257.

<sup>33</sup> CABRAL MONCADA, *idem*, pp. 593 e ss.

#### 4.3. *O abuso do direito como guardião da boa fé em sua concepção objetiva*

Outro fator que tende a auxiliar a acomodação do Abuso de Direito no âmbito do Direito Administrativo é que a boa fé resguardada pelos arts. 334 do CCPT e 187 do CCB não é concebida em sua faceta exclusivamente subjetiva<sup>34</sup>, o que dificultaria, se não inviabilizaria, a oposição do instituto em desfavor da Administração Pública.

Isto porque a análise da boa fé subjetiva leva em consideração um estado interior do sujeito<sup>35</sup>, o que não é possível de se perquirir em relação a atuação estatal.

Noutro giro, a boa fé em seu caráter objetivo lança-se sobre posturas exigíveis de qualquer sujeito, cuja conduta deve se ater a determinados padrões de lealdade, honestidade, solidariedade, eticidade e operacionalidade moldados em uma dada comunidade, ao que sucede a possibilidade de visualização e concretização do Abuso de Direito no âmbito da atuação estatal.

Resta, portanto, óbvio que o Abuso de Direito enquanto cláusula geral tuteladora da boa-fé incide também no Direito Público, sendo oponível ao Estado, que não só está obrigado a observar estes valores, como também deve ser o primeiro a zelar pela incolumidade dos mesmos.

#### 4.4. *A convivência do abuso de direito com outras figuras na disciplina administrativa*

Delineada a função repressora do Abuso de Direito, enquanto sentinela da boa fé, resta-nos a constatação de que no âmbito do Direito Administrativo o recurso ao instituto não se faz despiciendo, podendo o mesmo conviver com outras figuras próprias da disciplina administrativa.

<sup>34</sup> Em Portugal, a doutrina de MENEZES CORDEIRO (*“Tratado V”*, p. 241) esclarece que a boa fé é concebida em seu caráter objetivo, assim como o fazem ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA in *“Código Civil Anotado, Volume I”*, 1968, p. 298; No Brasil, a mesma lição se tira da doutrina de C.R. GONÇALVES, *idem*, pp. 34-35. Ressalte-se ainda, em relação a interpretação do artigo 187 do CCB, a orientação jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros representada pelo Enunciado n.º412 da VI Jornada de Direito Civil em 2013, cujo teor é o seguinte: *“As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como suppressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium, são concreções da boa-fé objetiva”*.

<sup>35</sup> MENEZES CORDEIRO, *“Boa Fé”*, p. 524: *“(…) Em compensação, não seria correto, neste momento da pesquisa, corroborar estas asserções com a boa fé objectiva, i. é, com a boa fé que, não se reportando a estados atinentes ao sujeito, surge, fora dele, maxime como regra de conduta.”*

Todavia, para espancarmos possíveis distorções ou confusões do instituto do Abuso de Direito com figuras outras de Direito Administrativo insta traçar alguns pontos de dessemelhança.

A começar pelo “Abuso de Poder”, no Direito Português o mesmo constitui figura típica de Direito Penal encampada pelo gênero Abuso de Autoridade, sendo este uma das Secções do Capítulo que trata dos crimes cometidos no exercício da função pública no Código Penal Português<sup>36</sup>.

O mesmo acontece no Direito Brasileiro, onde o “Abuso de Autoridade” tem previsão legal na Lei Federal n.º4898 de 1965, a qual em seus arts. 3.<sup>o</sup><sup>37</sup> e 4.<sup>o</sup><sup>38</sup> estabelece as situações de fato em que o agente público está sujeito a sanções de responsabilidade administrativa, penal e civil quando viola determinadas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal Brasileira.

Fácil ver, portanto, que as figuras em questão ostentam natureza jurídica deveras diversa do Abuso de Direito.

Por outro lado, a figura do “Desvio de Poder”<sup>39</sup>, cujo caráter repressor de atos desprovidos de legalidade ou moralidade não se pode negar, tenderia, à primeira vista, a excluir o recurso ao Abuso de Direito no âmbito do Direito Administrativo.

<sup>36</sup> CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – “Artigo 382. *Abuso de Poder.* O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

<sup>37</sup> “Artigo 3.º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.”

<sup>38</sup> “Artigo 4.º. Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.”

<sup>39</sup> Também denominada “Desvio de Finalidade” e “Excesso de Poder” pela Doutrina administrativista brasileira.

De fato, são figuras coirmãs, com significativos pontos de contato<sup>40</sup>, porém guardam uma fundamental diferença<sup>41</sup>: o desvio de poder se produz quando o ato administrativo é praticado para fins distintos dos quais foi colimado por lei, de maneira a pressupor ilicitude do ato; já no Abuso de Direito esse desvio de propósito ou de finalidade está ligado à vedação ao exercício inadmissível de posições jurídicas, sobretudo os comportamentos contraditórios nem sempre contrários ao fim colimado pela lei, mas que vulneram a segurança jurídica e a tutela da confiança que se pode e deve esperar da atuação dos entes de direito público.

Evidente, portanto, que há distinção entre o fim jurídico que se colimou a cada instituto, sendo esta mais uma razão pela qual o Direito Público deve se socorrer ao instituto do Abuso de Direito visando a concretização da boa fé.

No tópico a seguir, determinadas condutas da administração pública, notadamente aquelas que trazem consigo um efeito surpresa, a despeito de se vestirem de legalidade, mostram-se à feição do Abuso de Direito. Vejamos o tratamento típico de tais condutas abusivas:

#### 4.5. *Exercício inadmissível de posições jurídicas pela Administração Pública e o tratamento típico de tais condutas*

A repressão ao exercício inadmissível de posições jurídicas<sup>42</sup> ou Abuso de Direito pela Administração Pública, notadamente nos contratos com particulares e nos atos destinados individualmente, deve se impor sob pena de os ente públicos, escudados no enfadonho argumento do princípio da estrita legalidade, passarem ao largo do dever de atuar segundo a boa fé perante os seus administrados.

Tanto em Portugal quanto no Brasil a jurisprudência vem admitindo a oponibilidade do Abuso de Direito à Administração Pública, tendência esta absolutamente coerente com a tutela dos valores embutidos na boa fé.

<sup>40</sup> FERNANDO CUNHA DE SÁ, *idem* p. 537.

<sup>41</sup> EVERARDO CUNHA LUNA, “Abuso de Direito”, 1988, p. 117: o autor menciona que RIPERT e HAURIUO admitem a distinção entre ato abusivo e desvio de poder. Ainda sobre tal distinção, vide a obra de LOUIS DUBOIS, “*La Theorie de L’abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*”, Paris, 1962, pp. 191-193.

<sup>42</sup> A Doutrina Portuguesa pretere a expressão “Abuso de Direito” por entender que esta não é suficiente para denominar o exercício desmesurado de uma dada posição jurídica. Com efeito, se há abuso, inexistente direito.

A seguir analisaremos o tratamento a ser aplicado às diversas hipóteses fáticas derivadas do Abuso de Direito, contextualizando-as<sup>43</sup> com situações concretas em que a Administração Pública comportou-se de maneira que deveria sujeitar-se à sanção do artigo 187, no caso do Código Civil Brasileiro e o análogo artigo 334 do Código Civil Português.

#### 4.5.1. *Venire contra factum proprium*

O denominado *venire contra factum proprium*, figura mais genérica e difundida no estudo do Abuso de Direito tem por vocação coibir o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento antes assumido, de acordo com as lições de Menezes Cordeiro<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> A respeito desta contextualização, vale a advertência que, embora a Jurisprudência Portuguesa admita a incidência do instituto no Direito Administrativo, a mostra que se tira dos julgados não revelou caso concreto de prática do abuso de direito por parte da Administração Pública. Senão, vejamos: TCA NORTE – Proc. 01497/06.0BEBRG, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, j. em 11/09/2008: “(...) VI – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito – cfr. artigo 334.º do CC. VII – O instituto do abuso do direito traduz e concretiza a ideia de que cada direito subjectivo deve ser exercido com correcção e equilíbrio e de acordo com as exigências da ideia de direito bem como de harmonia com a finalidade que justifica a sua atribuição ou reconhecimento. VIII – No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé. IX – Com o princípio da boa-fé visa-se, por um lado, impedir a ocorrência de comportamentos desleais e incorrectos; e, por outro lado, promover a cooperação entre os sujeitos procedimentais, no caso entre a Administração e os particulares. X – Na tomada de decisão de modificação unilateral do contrato, por parte da Administração, fundada em incumprimento contratual, por parte do particular, estão afastadas as hipóteses de abuso de direito e de violação do princípio da boa fé, porquanto a adopção daquele procedimento, por parte da Administração, se traduz na prática de um poder-dever, no exercício de poderes vinculados.” TCA SUL – Proc. 03629/09, 2.ª Secção – Contencioso Administrativo, j. em 06/10/2010: “(...) IMPUGNAÇÃO DE IRC. NEGÓCIOS SIMULADOS E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICO-FISCAL EM SEDE DE RENDIMENTO. REGIME DO ARTIGO 39.º, N.º 2. DA LGT. NULIDADE DA OBTENÇÃO DA PROVA NO PROCEDIMENTO INSPECTIVO. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ E POR ABUSO DE DIREITO NA ACTUAÇÃO DA AF NO PROCEDIMENTO. CADUCIDADE DO DIREITO À LIQUIDAÇÃO. FUNDADA DÚVIDA SOBRE A QUANTIFICAÇÃO. VIII) -Sendo certo que a recorrente não substancia nem demonstra que, nas situação versada em VI) e VII), a AF tenha agido com má fé e abuso de direito e que os actos em causa não põem em causa o conteúdo essencial de um direito fundamental, em consequência, não é nulo, porque não é subsumível à causa de nulidade catalogadas no artigo 133.º n.º 1 al. d) do Código do Procedimento Administrativo (acto que ofende o conteúdo essencial de um direito fundamental)”.

<sup>44</sup> Tratado V, p. 275.

Vale registrar que a proibição decorrente do *venire* impõe observância dos pressupostos da confiança, os quais ora são ripristinados: situação, justificação, investimento e imputação.

Daí ressaí que a Administração Pública, ainda que pautada na defesa da estrita legalidade, não pode adotar condutas incompatíveis entre si<sup>45</sup>, sob pena de pôr em xeque a fiabilidade nela depositada pelo particular, além de comprometer a solidez e estabilidade que legitimamente se espera de um ato ou contrato administrativo.

A fim de ilustrar esta prospecção analisemos o seguinte caso concreto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, corte máxima em matéria infraconstitucional:

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDORES MUNICIPAIS. PREFEITURA DE DUQUE DE CAXIAS. PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE VENCIMENTO-BASE PREVISTO NO EDITAL DO CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONFORMIDADE COM O DISPOSTO EM LEI LOCAL.*

1. *Recurso ordinário contra acórdão que denegou a ordem em mandado de segurança, o qual, por sua vez, objetivava o reconhecimento do direito ao recebimento de vencimento-base no valor previsto no edital do concurso.*

2. *Embora o edital de concurso para provimento de vagas para cargos públicos vincule a Administração ao cumprimento de seus exatos termos, não é menos verdade que tais regras não podem se desvincular das normas legais e tampouco pode a Administração, sem infringir normas e princípios constitucionais, alterar a remuneração dos servidores públicos.*

3. *Partindo desse raciocínio, não obstante o edital seja expresso quanto ao vencimento-base de R\$ 4.816,62, sugerindo a atuação junto ao Programa de Saúde da Família como inerente ao cargo pretendido, tal disposição não pode vingar, tendo em vista que não há base legal para a existência de cargos diferenciados para exercício junto ao PSF.*

4. *A Lei Municipal n. 1.561/2001, que criou o Regime Especial de Trabalho para atendimento ao Programa de Saúde da Família, para a categoria funcional de médico (poste-*

<sup>45</sup> MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, 2003, p. 85: “(...) Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou à casos concretos, não pode depois vir a anular seus 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 sua boa fé deve ser respeitada”. Mais a frente conclui que “não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”.



riormente ampliado para outras carreiras), instituiu tão somente a concessão de uma gratificação aos servidores interessados a participarem do programa.

5. Assim, ao conferir ao exercício do trabalho junto ao PSF tratamento específico, diverso dos cargos de médicos, dentistas e enfermeiros submetidos ao regime normal de trabalho, de fato, incorreu o edital em erro material, pois fez constar vencimento-base superior ao estipulado na legislação que rege a carreira dos impetrantes, o que não se pode admitir.

6. Portanto, consoante bem asseverou o acórdão recorrido, “se os valores pagos mensalmente aos impetrantes correspondem ao valor previsto em lei para os padrões iniciais da carreira, não há como se majorar o vencimento-base na forma pleiteada” (fls. 343).

7. Recurso ordinário não provido<sup>46</sup>.

O comportamento da Administração Pública: Divulgou edital de concurso público para preenchimento de cargos com remuneração base equivalente a R\$4.816,62. Depois, defendeu-se no procedimento judicial ao argumento de que inexistia previsão legal para remuneração neste valor.

O decum *judicial*: Acolheu o argumento do Estado dando preponderância ao princípio da legalidade.

*Observações*: A proposição defensiva apresentada pelo ente público entra em choque com o ato administrativo anteriormente praticado, pondo à deriva os valores da confiança e da primazia da materialidade subjacente. Assim, a douda decisão obrou com desacerto ao deixar de reconhecer o exercício inadmissível da posição jurídica levada a efeito pela Administração Pública<sup>47</sup>, que deveria

<sup>46</sup> STJ – RMS 34.848/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 02/02/2012.

<sup>47</sup> A despeito da solução equivocada deste julgado, a pesquisa nos Tribunais Brasileiros, ao contrário dos Tribunais Portugueses, revelou alguns arestos em que se reconheceu o abuso de direito decorrente da conduta contraditória da Administração Pública. Vejamos: STJ – AGRSP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 396489 – HUMBERTO MARTINS – SEGUNDA TURMA – J. em 26/03/2008, “TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – PRODUTORA DE SEMENTES – ALÍQUOTA REDUZIDA – ART. 278 DO RIR – ART. 30 DO DECRETO N. 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI N. 6.507/77. 1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como “produtora de sementes.” É o próprio artigo 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como “toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor”. Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excecua-la da alíquota reduzida descrita no artigo 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80). 2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado venire contra factum proprium, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da

responder pela violação da boa-fé objetiva dado o seu comportamento contraditório que implica em inequívoco *venire contra factum proprium*.

#### 4.5.2. *Supressio/Surrectio*

A *Supressio/Surrectio* ou Supressão/Surgimento de um direito se dá na medida em que o fator tempo atua sobre determinada conduta nele protraída a ponto de dar sustentação à confiança incutida no beneficiário.

De fato, o titular de um direito que, aliado a outras circunstâncias<sup>48</sup>, deixa de exercê-lo por um longo período de tempo gera na contraparte uma legítima expectativa de que tal posição jurídica não mais será levada a efeito.

Portanto, ainda que a inação da Administração Pública ou a conduta do particular por ela tolerada esteja em embate com texto de lei, a prolongada inércia resulta a supressão da sua *potestandi*, o que é de rigor, sob pena de se caracterizar uma injusta surpresa para a parte que orientou seu comportamento na base de confiança. Por outro lado exsurge (*Surrectio*) o direito da contraparte à continuidade deste determinado estado de fato, até mesmo por reverência ao instituto da boa fê.

Sem sombra de dúvida a proteção da confiança consolidada através de largo decurso de tempo é perfeitamente oponível à Administração Pública, conforme vem decidindo a jurisprudência brasileira. É o que o julgado abaixo reflete:

*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. PROCESSO*

*especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes. Agravo regimental improvido". Confirma-se ainda: STJ, 2.ª Turma, RESP 47015/SP, Rel. Min. Ademar Maciel, DJ, 9-12-1997 – "Título de propriedade outorgado pelo poder público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria administração objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação do princípio nemo potest venire contra factum proprium"; TRF 2.ª Região, Apelação Cível 420402, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, Fonte: DJU – Data: 09/12/2008.*

<sup>48</sup> Na caracterização da *supressio/surrectio* é imperioso observarmos não só o mero decurso de tempo, mas também outros aspectos comportamentais do titular do direito e da contraparte, tendentes a gerar convicção de que aquele direito não será exercido. MENEZES CORDEIRO *in Tratado V*, p. 324 propõe a observância dos pressupostos da confiança (situação, justificação, investimento e imputação), além do fator tempo.

*RDC I (2016), 2, ??-??*

ADMINISTRATIVO FISCAL. PAES. PARCELAMENTO ESPECIAL. DESISTÊNCIA INTEMPESTIVA DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA X PAGAMENTO TEMPESTIVO DAS PRESTAÇÕES MENSIS ESTABELECIDAS POR MAIS DE QUATRO ANOS SEM OPOSIÇÃO DO FISCO. DEFERIMENTO TÁCITO DO PEDIDO DE ADESÃO. EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM)<sup>49</sup>.

O comportamento da Administração Pública: Recebeu do contribuinte, durante 04(quatro) anos consecutivos, pagamentos tempestivos de parcelas decorrentes de programa de parcelamento de dívida fiscal. Depois de todo esse tempo, propôs a exclusão do contribuinte do programa ao argumento de que ele não teria, anos antes, desistido tempestivamente de impugnação administrativa à dívida fiscal, um dos requisitos para adesão ao parcelamento.

O decisum *judicial*: Reconheceu o peso dos 04(quatro) anos decorridos e a impossibilidade de exclusão do contribuinte, ao argumento da vedação ao *venire contra factum proprium*.

Observações: A Douta Decisão foi feliz ao inadmitir a posição contraditória do Fisco, todavia, ao considerar o fator tempo, deveria ter fulminado a pretensão fazendária com base na figura da *supressio/surrectio*. Logo, *cum grano salis* – justificável diante da similitude das características do *venire* e da *supressio* – foi correta a solução proposta para reprimir o abuso de direito.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> STJ – RESP – RECURSO ESPECIAL – 11432160 – Rel. LUIZ FUX – PRIMEIRA SEÇÃO – j. em 09/04/2010.

<sup>50</sup> No sentido da correta aplicação da *supressio* em face da Administração Pública: TJSP – Relator(a): Rebouças de Carvalho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9.ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/04/2014: “(...) CONTRATO ADMINISTRATIVO Aquisição de bens (Urna Plástica para Ossos) Aplicação de multa pela Autarquia Municipal em razão do atraso na retirada das Notas de Empenho Descabimento no caso Contrato que há de se sujeitar ao princípio da boa-fé objetiva, notadamente quanto a sua função de limitação de determinado direito consolidado, diante da criação, voluntária, de posição jurídica contratual vantajosa decorrente de usos e costumes reiterados (SURRECTIO) Autarquia ré que criou com seu comportamento de envio de ‘fax símile’ à autora quando da liberação das notas de empenhos a expectativa de que o prazo só passaria a correr a partir deste ato, e não da publicação no Diário Oficial Provas dos autos que são conclusivas de que na data em que liberada a nota de empenho objeto da aplicação da multa em questão houve a remessa de ‘fax símile’ em 05/04/2010 e, portanto, o levantamento ocorrido em 15/04/2010 não ofendeu o item 8.1.3 do contrato administrativo Multa anulada Procedência da ação decretada por este Colegiado. Sentença reformada. Recurso da autora provido”; TJDFT – Relator(a): Cruz Macedo; Órgão julgador: 4.ª Turma Cível; Data do julgamento: 11/09/2014 – “(...) ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DA

Desta feita, resta patente a possibilidade de oposição da *supressio/surrectio* contra a Administração Pública.

#### 4.5.3. *Tu quoque*

A locução latina *tu quoque*<sup>51</sup> reproduz a regra de que o agente violador de determinada norma jurídica não poderá, sem incorrer em abuso, suscitar esta mesma norma em seu favor<sup>52</sup>.

Tal comportamento antijurídico se apresenta em duas variantes: por violação de norma legal (*latu senso*) e por violação de norma contratual.

Segundo Menezes Cordeiro<sup>53</sup>, “*fere a sensibilidade primária, ética e jurídica, que uma pessoa possa desprezar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento*”. Com efeito, em um ordenamento jurídico onde imperam os valores da boa fé e da confiança, este tipo de comportamento odioso não coabita.

O brocardo é perfeitamente aplicável em face do Estado, cujas prerrogativas não podem abranger a violação de uma norma jurídica e posterior inversão de posição para dela prevalecer-se, o que é factível, a despeito de o princípio da legalidade reger a governança pública.

A fim de visualizarmos a concretização da figura do *tu quoque* no âmbito do Direito Administrativo, vale o cotejo das circunstâncias relevantes no seguinte acórdão oriundo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil:

*POLÍCIA CIVIL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. REVOGAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. EXONERAÇÃO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. SUPRESSIO. BOA-FÉ OBJETIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA. 1. Publicada a sentença que reformou a decisão liminar autorizativa da permanência do candidato no certame, incumbia à Administração imediatamente promover a exoneração do servidor, sob pena de o longo período em omissão criar a justa certeza e expectativa de que a questão acerca do ingresso do autor na carreira estava resolvida e consolidada. 2. A exoneração do servidor após decorrido 12 anos do tempo devido, aliada à prática de atos em sentido contrário pela Administração (aprovação em estágio probatório, promoções na carreira, declaração de tempo de serviço/contribuição adquirido para aposentadoria), atenta contra os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, máxime porque inspirou a confiança do jurisdicionado de que não mais seria efetivada, gerando desequilíbrio na esfera patrimonial do autor e abuso de direito de revisão administrativa, segundo a teoria da *supressio* e da vedação ao *venire contra factum proprium*. 3. Apelo provido”.*

<sup>51</sup> Esta expressão é creditada à histórica cena em que o imperador Julio Cesar, traído por seu afilhado Brutus, a ele clamou, antes de ser assassinado: – *Até tu, Brutus?*

<sup>52</sup> MENEZES CORDEIRO, “*Tratado V*”, p. 325.

<sup>53</sup> *Idem*.

(...) *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO.*

*AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA EVENTUAL MÁ-FÉ DA EMPRESA CONTRATADA.*

1. *A jurisprudência pacífica no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte é no sentido de, in verbis: “[...] ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade” (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). Outros precedentes: REsp 753.039/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 03 de setembro de 2007; REsp 928315/MA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19 de setembro de 2005.*

2. *No caso sub examinem, a municipalidade agravante sustenta que o Tribunal de origem assentou ter sido a contratação da empresa agravada viciada com má-fé. Todavia, a leitura atenta do acórdão a quo, precisamente de fl. 449, evidencia que o Tribunal de Justiça paulista reputou viciada de má-fé a própria contratação direta, ao argumento da ausência dos requisitos autorizadores para tanto, sem, no entanto, ter explicitado qual ato praticado pela contratada teria a propriedade de contaminar a avença.*

3. *Deveras, a exegese da jurisprudência desta Corte é no sentido de que a simples contratação direta não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado; ao revés, deve ser comprovado o ato que induziu a Administração a erro e propiciou a contratação direta viciada. E, embora o acórdão a quo assevere a ocorrência de ato de má-fé antes da própria contratação, não consta desse julgado nenhuma indicação da prática objetiva de ato por parte da contratada nesse sentido.*

4. *Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação direta, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito.*

5. *Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no REsp 1140386/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 09/08/2010)<sup>54</sup>.*

<sup>54</sup> No mesmo sentido, eis os seguintes acórdão do STJ Brasileiro: AgRg no REsp 1383177/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe

O comportamento da Administração Pública: Violou a disposição legal<sup>55</sup> que determina abertura de certame público para a formação do contrato administrativo, na hipótese tendo por objeto a prestação de serviços. Tentou eximir-se do pagamento pelos serviços prestados ao argumento de que o contrato seria nulo por falta de licitação.

O decisor *judicial*: Desacolheu a defesa do ente público para reputar devida a contrapartida pelos serviços prestados, sob o fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa e da ausência de má-fé por parte do particular, não obstante a nulidade do contrato.

26/08/2013: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. CONTRATO ADMINISTRATIVO NULO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 1. Não há violação dos arts. 458 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, “ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade” (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009).3. Hipótese em que comprovada a existência da dívida, qual seja, prestado o serviço pela empresa contratada e ausente a contraprestação (pagamento) pelo município, a ausência de licitação não é capaz de afastar o direito da ora agravada de receber o que lhe é devido pelos serviços prestados. O entendimento contrário faz prevalecer o enriquecimento ilícito, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Agravo regimental improvido.”; AgRg no REsp 1235085/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011: “ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. PROVA. PRETENSÃO DE REEXAME. SÚMULA 7/STJ. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. 1. Não há como afastar a incidência da Súmula 7/STJ, porquanto para aferir a ausência dos requisitos legais a aplicação do inciso VI, § 1.º, do artigo 57 da Lei n. 8.666/1993, é necessário exceder os fundamentos colacionados no acórdão vergastado, por demandar incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em recurso especial. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, eventual irregularidade contratual não deixa o município isento da obrigação de indenizar o contratado por serviços efetivamente prestados, sob pena de significar confisco ou locupletamento ilícito. Agravo regimental improvido”.

<sup>55</sup> Artigo 2.º da Lei Federal 8666/90. No Direito Brasileiro os contratos públicos, via de regra, são precedidos de licitação, assim denominado o procedimento de concorrência pública mediante o qual a administração seleciona a proposta mais vantajosa ao seu interesse, assegurando aos interessados igual oportunidade para apresentarem-se como candidatos, tudo em função dos princípios da eficiência e moralidade nos negócios administrativos, cfr. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 264.

RDC I (2016), 2, ??-??

*Observações:* A despeito de a douta decisão ter sido escoreita ao repelir a tese fazendária, mormente por ter sopesado a boa fé do particular<sup>56</sup> e a vedação ao enriquecimento sem causa jurídica, o proceder da Administração Pública, na hipótese em tela, esteve às feições de um verdadeiro exercício inadmissível de posição jurídica, este qualificado pela figura do *tu quoque*. De mais a mais, foi correta a decisão que desprestigiou o Abuso de Direito pelo ente estatal.

A hipótese em questão é patognomônica de um *tu quoque* por parte do ente público, de onde se verifica sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo.

#### 4.5.4. Inalegabilidades formais

Admitiríamos a figura da inalegabilidade das nulidades formais, se não fossem as particularidades do Direito que rege a administração pública.

Nas lições do preclaro Prof. Menezes Cordeiro<sup>57</sup> caracteriza inalegabilidade formal “a situação em que a nulidade derivada da falta de forma legal de determinado negócio jurídico não possa ser alegada sob pena de se verificar um “abuso de direito”, contrário à boa fé”.

Como exemplo prático do Direito Civil poderíamos imaginar a seguinte hipótese: em contrato de mandato para aquisição de um bem, as partes celebram o negócio através de instrumento particular, quando a lei exige instrumento público para convalidá-lo; em seguida, o mandatário, ao argumento de que o contrato não se reveste por instrumento válido, recusa-se a transferir as vantagens que auferiu para o seu mandante. Não o fará sem exercer de maneira inadmissível esta posição jurídica.

Não parece defensável admitir que esta espécie de abuso de direito ocorrerá por parte da Administração Pública, pois a forma, assim como o conteúdo, é componente indissociável da substância do ato administrativo, a tal ponto que a não observância compromete a sobrevivência do ato no mundo jurídico.

Com efeito, a regra geral é de que todo ato administrativo é formal<sup>58</sup>, sendo certo que a inexistência da forma, enquanto um dos seus requisitos, induzirá a inexistência do próprio ato<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Interpretação que reproduz a conclusão do acórdão pela ausência de má-fé.

<sup>57</sup> “Tratado V”, p. 299.

<sup>58</sup> HELY LOPES MEIRELLES, *idem*, p. 148: “(...) O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podemos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é a regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal.”

<sup>59</sup> *Idem*.

Desta feita, fica difícil imaginarmos que a exteriorização de um ato pretensamente administrativo, desvestido de sua forma legal, possa gerar legítima confiança na contraparte e, por via de consequência, abuso de direito em seu desfavor por parte da administração pública.

Portanto, salvo melhor juízo, sendo a forma um dos requisitos de validade e existência do ato administrativo, é impossível de se cogitar a hipótese de inalegabilidade formal por atuação de um ente da administração pública.

#### 4.5.5. *Desequilíbrio no exercício*

A figura do “desequilíbrio no exercício” é a mais residual<sup>60</sup> do Abuso de Direito, dada a extensão de atuações inadmissíveis que é capaz abrigar, as quais têm em comum o descompasso entre a atuação posta em xeque e as consequências dela advindas.

No âmbito do Direito Administrativo a sua internalização é sobremaneira pertinente, uma vez que os atos estatais estão adstritos aos limites da boa-fé objetiva, não podendo fundir-se ao exercício inadmissível de uma dada posição jurídica, sob pena de incorrer em abuso.

Esta modalidade de exercício inadmissível de posição jurídica apresenta-se em três variantes: i) o exercício danoso inútil; ii) o dolo *agit qui petit quod statim redditurus est*; iii) a desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem<sup>61</sup>.

A primeira das modalidades, qual seja o exercício danoso inútil, consiste em uma atuação sem qualquer proveito ao agente, mas que enseja prejuízos a terceiros. De acordo com Menezes Cordeiro<sup>62</sup>, as modificações econômico-sociais desde o último século, tornaram esta hipótese de exercício inadmissível de difícil casuística, o que inclusive justifica a ausência de trabalho jurisprudencial a respeito do tema, notadamente no âmbito específico do Direito Administrativo.

Não obstante, esta hipótese se concretiza quando na esfera de atuação da administração pública, dentre várias possibilidades que a lei lhe reserva discricionariedade para decidir, o agente elege justamente aquela que resulta prejuízo ao administrado. Não o fará sem incorrer em Abuso de Direito pelo resultado danoso inútil que leva a efeito.

<sup>60</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado V*, p. 341.

<sup>61</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado V*, p. 341.

<sup>62</sup> *Idem*, pp. 342-343.



No que pertine ao segundo item, traduz-se no sentido de que “*age com dolo aquele que exige o que deve restituir logo em seguida*”<sup>63</sup>; esta hipótese contempla casuística ainda menor, inversamente proporcional à dificuldade de conformação no âmbito do Direito Administrativo.

Tal modalidade é mais comum em contratos imobiliários de Direito Privado, como a locação por exemplo, cujo regime não adere a Administração Pública.

Por fim, no que tange ao item iii, este sim perfeitamente oponível aos entes públicos, o mesmo se verifica quando há uma desproporção entre o exercício de um direito e o sacrifício imposto à contraparte.

A fim de ambientarmos o instituto num contexto, lembremos de um caso noticiado na imprensa<sup>64</sup> portuguesa em outubro de 2014:

*(...) Ana Dias (nome fictício) deve 1.900 euros ao Fisco, de Imposto Único de Circulação (IUC), porque há cerca de cinco anos mandou abater os dois carros da família e não deu baixa nas Finanças. “Eu sei que a culpa é minha, que devia ter dado baixa dos carros nas Finanças. Mas na altura nem me lembrei disso, não tive o cuidado de pedir os papéis na sucata. Não foi por mal”, justifica. Às dívidas do IUC, não mais de 500 euros, somam-se agora as coimas avultadas. Diz que não tem ninguém que lhe possa emprestar esse dinheiro. Ana Dias tem 52 anos, é viúva e mãe de seis filhos. A casa, onde vive com três dos filhos e mais duas netas, é posta à venda hoje às 10 horas. A notícia chegou-lhe há um mês. Ana Dias tem o salário penhorado há cinco meses. Além disso, tem feito entregas semanais no serviço de Finanças da sua residência, de 50 ou 100 euros, conforme pode. É técnica de seca de bacalhau e ganha o salário mínimo. Antes disso estava desempregada, tal como os filhos. “Nas Finanças, o que me dizem é que como não tenho hipóteses de pagar me vão vender a casa”. A “casa” é na verdade um pequeno casal, situado numa colónia agrícola, o que significa que também todo o terreno será vendido. Ora, nesse terreno está ainda construída a casa do sobrinho de Ana Dias, incluída no lote em venda. A casa vai hoje a leilão, avaliada em 19.500 euros, dez vezes mais do que a dívida que tem com as Finanças. Ana Dias é apenas uma dos 59.590 contribuintes portugueses a quem o Fisco já iniciou processos de venda de imóveis este ano. Tantas quanto as iniciadas nos dois anos anteriores – 27.995 em 2013 e 27.902 em 2012 – e mais do dobro das marcações de venda de veículos (27.745) realizadas este ano.*

<sup>63</sup> *Idem*, p. 344.

<sup>64</sup> [http://economico.sapo.pt/noticias/fisco-vende-hoje-casa-de-familia-por-divida-de-1900-euros\\_204786.html](http://economico.sapo.pt/noticias/fisco-vende-hoje-casa-de-familia-por-divida-de-1900-euros_204786.html)

*O comportamento da Administração Pública:* Iniciou processo de venda de imóvel da contribuinte no valor de 19.000 Euros a fim de realizar um crédito fiscal no valor de 1.900 Euros.

*Circunstâncias do caso:* O “casal” a ser vendido abriga uma família de baixa renda com mais de 6 integrantes.

*Observações:* Se por um lado pesa o poder-dever do fisco de buscar o adimplemento do crédito fiscal, por outro fazê-lo ao desalijo de uma família miserável com mais de 6 integrantes parece refletir um exercício desmesurado de direito, notadamente se considerarmos que o valor do crédito é equivalente a um décimo do preço do imóvel.

Diante de situação tão específica, que inclusive transcende a legalidade, além de não se compatibilizar com a boa fé, o Poder Público deveria se valer de medida mais compatível com a modicidade do seu crédito, que não a venda de um imóvel, sob pena de incorrer em Abuso de Direito.

Não obstante, até mesmo se considerarmos o ponto de vista exclusivo do interesse público, o prejuízo de 1.900 Euros pode e deve ser ponderado ante a provável repercussão do ato ao próprio erário, tais como o custo financeiro para manutenção destas pessoas, que certamente recorrerão a programas assistenciais, além do custo social de colocar uma família com mais de 6 integrantes em situação de mendicância.

Diante da factualidade acima exposta, é de rigor reconhecer que a atuação estatal está sujeita a sindicância do artigo 334 do Código Civil Português, o mesmo se aplicando ao análogo artigo 187 do Código Civil Brasileiro<sup>65</sup>, tendo em vista a desproporcionalidade do seu exercício ao resultado atingido.

## 5. Conclusão

O presente estudo procurou abalar proposições no sentido de regras de Direito Civil serem intransponíveis ao Direito Administrativo e, por conseguinte, aprimorar a dinâmica do instituto da boa fé neste ramo juspublicista.

<sup>65</sup> Não é demais lembrar que os dispositivos que tratam do Abuso de Direito visam a proteção dos fins sociais e econômicos, os quais não deixam de estar abrangidos pela boa-fé, cujos padrões de comportamento exigem a lealdade e honestidade, o que não se pode afirmar perante a situação em voga.

De fato, embora a *bona fides* seja considerada e positivada na doutrina e legislação dos ordenamentos jurídicos aqui analisados, sua reduzida dogmática no campo administrativo ainda está confinada a servir de dado principiológico, situação que ainda mais se agrava se considerarmos o inóspito terreno da estrita legalidade imposto por este ramo específico de Direito Público.

No entanto, o desenvolvimento deste trabalho demonstrou que a proteção da boa fé sem a função repressora do Abuso de Direito é mera panaceia, inócua, de maneira que as relações havidas entre entes públicos e particulares ressentem-se de um instituto capaz de condenar os comportamentos antijurídicos divorciados da boa-fé, notadamente os comportamentos contraditórios, tema este muito caro ao estudo das Ciências Jurídicas em geral.

Assim, foram apontados exemplos práticos onde a Administração Pública incorreu em condutas juridicamente inadmissíveis, em manifesto Abuso de Direito que não poderia estar isento de repressão direta e imediata.

Em síntese comparativa dos ordenamentos jurídicos aqui analisados, percebemos uma densa doutrina administrativista em ambos os países quanto à proteção da boa fé, no entanto com pouca ou nenhuma adesão ao Abuso de Direito<sup>66</sup>.

No que pertine à jurisprudência pesquisada, a de Portugal, embora admita em tese o abuso de direito por parte da Administração Pública não revelou nenhum caso concreto neste sentido.

Ao revés, a jurisprudência brasileira mostrou farta casuística, principalmente nas figuras do *venire contra factum proprium*, *tu quoque* e *supressio/surrectio*, o que não afirma, mas dá indícios de um cenário de desprestígio ou indiferença aos limites da boa fé objetiva por parte dos entes públicos, pelo menos em relação ao que acontece em Portugal, sendo esta, talvez, a causa da inexistência de julgados que tratem o Abuso de Direito pelos entes públicos.

A reprodução do desequilíbrio no exercício ficou por conta de uma situação de fato ocorrida em terras lusitanas, dada a inexistência de jurisprudência a respeito em ambos os países.

Em que pese à inalegabilidade formal, o entendimento defendido é que esta modalidade, salvo melhor juízo, não apresentou evidências de que se pode ser reconhecida no âmbito do direito administrativo, onde a forma constitui, via de regra, requisito imprescindível à validade e existência da manifestação administrativa.

Não obstante a necessidade de aprimoramento dogmático acerca da utilização do Abuso de Direito e suas figuras no âmbito do Direito Administrativo,

<sup>66</sup> Em França o tema é enfrentado por LOUIS DUBOIS in “*La Theorie de L’abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*”, Paris, 1962.

ambos os ordenamentos jurídicos apresentam terreno fértil a sua assimilação, o que é salutar diante da necessidade de se garantir aos administrados a segurança jurídica necessária para orientar suas ações principalmente no trato com os entes públicos.

Enfim, afirma-se positivamente a possibilidade de oposição do Abuso de Direito em face dos entes da Administração Pública, tanto no âmbito do Direito Português quanto no Direito Brasileiro.