



Fique informado e participe dos debates sobre contratação pública. Siga a Zênite nas redes sociais:

 <http://www.zenite.blog.br>  [@zenitenews](#)  [/zeniteinformacao](#)  [/zeniteinformacao](#)

 [/zeniteinformacao](#)

OS CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS E A SUJEIÇÃO AO DIREITO PRIVADO: PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Data	Maio de 2024
Autores	Ricardo Alexandre Sampaio.

Administração indireta – Estatais – Lei nº 13.303/2016 – Contrato – Direito privado – Boa-fé objetiva

OS CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS E A SUJEIÇÃO AO DIREITO PRIVADO: PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

RICARDO ALEXANDRE SAMPAIO

Advogado. Consultor na área de licitações e contratos. Integrante da Equipe de Consultores da Zênite. Colaborador da obra Lei de licitações e contratos anotada (6. ed. Zênite, 2005). Autor de diversos artigos jurídicos.

A OPÇÃO ADOTADA PELA LEI Nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016 definiu um novo conjunto de normas, princípios e regras, aplicado à contratação de prestação de serviços, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, quando celebradas pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, tanto aquelas que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que essa atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, quanto aquelas que prestam serviços públicos.

Uma das principais novidades - senão a principal - foi a subordinação dos contratos firmados pelas empresas estatais às regras de direito privado. Rompendo com a tradição até então vigente e estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, segundo a qual os contratos firmados pelas empresas estatais sofriam influência dos preceitos de direito público, a Lei das Estatais deixa claro no seu art. 69 que “Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”.

A opção de sujeitar os contratos das empresas estatais a preceitos de direito privado, deslocando-os do regime jurídico de direito público, que disciplina as contratações dos

órgãos e entidades que integram a Administração Pública direta, autárquica e fundacional (Lei nº 14.133/2021), fica clara quando se observa que a Lei nº 13.303/2016 aboliu a aplicação das chamadas “cláusulas exorbitantes” nos contratos das estatais.

Trata-se de uma verdadeira quebra de paradigma, afinal, até a entrada em vigor da Lei nº 13.303/2016, as estatais aplicavam o mesmo regime jurídico de contratação pública destinado a reger as contratações dos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, o qual é caracterizado por consagrar em favor da Administração contratante a prerrogativa de intervir unilateralmente na relação contratual, sobretudo com o objetivo de modificá-la e extingui-la. É nesse sentido que se formava o art. 58 da Lei nº 8.666/93 e que agora se forma o art. 104 da Lei nº 14.133/2021.

Essa “verticalidade”, traço típico do direito público e que coloca a Administração contratante em condição privilegiada (de supremacia) na relação jurídica, não se coaduna com as regras e preceitos de direito privado que, diversamente, organizam-se a partir da noção de autonomia privada e, por conseguinte, de presumida “igualdade” contratual. Em outros termos, os contratos regidos pelo direito privado não admitem a existência de regras jurídicas consagradoras de poderes unilaterais a uma das partes da relação contratual. Sua noção central é a da “horizontalidade”, em que as partes possuem liberdade para definir os termos da relação jurídica em igualdade de condições.

Justamente por isso Maria Sylvia Zanella Di Pietro define as cláusulas exorbitantes como “aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”¹.

Sobre o tema, convém destacar a síntese realizada por Guilherme A. Vezaro Eiras:

“Como se vê, a novidade ficou a cargo da previsão de que os contratos celebrados com base na Lei das Estatais serão regidos 'pelos preceitos de direito privado'; ao passo em que o regime geral (art. 54 da Lei 8.666/1993) prevê que os contratos serão regidos 'pelos preceitos de direito público', aplicando-se apenas supletivamente as 'disposições de direito privado'.

Trata-se de inovação de extrema relevância, especialmente considerando as chamadas prerrogativas unilaterais que são atribuídas à Administração nas avenças celebradas com base no regime geral de contratação, em decorrência do regime jurídico de direito público. Agora, com a Lei 13.303/2016, e a aplicação do regime jurídico de direito privado, não há mais espaço para o exercício de tais poderes unilaterais.

Passa-se a aplicar, a não ser no que sejam conflitantes com a própria Lei 13.303/2016, as regras de direito privado sobre contratos. Com isso, não se admitirá, por exemplo, nenhuma modificação contratual unilateral, mesmo sob a justificativa de suposto atendimento ao 'interesse público'. Nesse caso, a avença será modificada tão somente se a contraparte concordar com a alteração (art. 72).

Tal sistemática vai ao encontro das necessidades das empresas estatais de se inserirem nos seus respectivos setores como verdadeiros atores competitivos na lógica de mercado, o que pressupõe igualdade de condições entre as partes nas contratações.

Em tais ambientes, a existência de cláusulas exorbitantes, nos moldes das previstas

no regime geral de contratações administrativas (Lei 8.666/1993), muitas vezes é tida como um entrave para a celebração de contratos essenciais para o funcionamento e o atendimento das necessidades da empresa”.²

Portanto, um efeito prático imediato da opção adotada pela Lei nº 13.303/2016 é que resta vedado o estabelecimento de cláusulas exorbitantes nos contratos firmados pelas estatais, na medida em que estes contratos estão subordinados às regras e preceitos de direito privado. Disso decorre, inclusive, a impossibilidade de se estabelecer cláusulas exorbitantes por meio de previsão regulamentar e/ou contratual, uma vez que sendo contrárias aos preceitos de direito privado – regidos pela noção de consenso, tais cláusulas seriam abusivas e, nessa condição, manifestamente nulas.

Isso equivale a dizer que quaisquer cláusulas contratuais que busquem fixar em favor da empresa estatal contratante a possibilidade de realizar ingerências unilaterais no contrato serão de todo questionáveis, uma vez que são contrárias aos preceitos fundamentais que limitam a definição das cláusulas e obrigações contratuais, no caso, o direito privado.

Até porque, não faria sentido reconhecer a subordinação dos contratos das empresas estatais ao regime de direito privado para, então, defender a possibilidade de fixar através de cláusulas contratuais o exercício de prerrogativas exorbitantes, próprias do regime jurídico de direito público. Ao revés, a opção legislativa pelo direito privado instituiu um regime de presumida simetria e paridade contratual, de modo que qualquer alteração ou modificação do cenário estabelecido inicialmente pelas partes contratantes pressupõe a existência de acordo nesse sentido, refutando quaisquer cláusulas contratuais que destoem dessa realidade.

O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO

Logo, na medida em que os contratos celebrados pelas empresas estatais em atenção ao disposto na Lei nº 13.303/2016 se submetem ao regime jurídico de direito privado, é forçoso reconhecer que esses contratos deverão observar os princípios gerais aplicados aos contratos privados, dentre os quais se pode fazer alusão ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, da força vinculante, da relatividade, do consensualismo, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e do adimplemento substancial.

Essa realidade faz com que a solução de uma série de questões envolvendo o desenvolvimento das relações contratuais travadas pelas empresas estatais, sob a incidência do regime jurídico instituído pela Lei nº 13.303/2016, devam ou possam ser resolvidas pela aplicação de preceitos de direito privado.

Disso decorre, então, não ser possível enfrentar as relações contratuais que se desenvolvem sob o regime da Lei nº 13.303/2016 aplicando os mesmos princípios, diretrizes e bases que conformam o regime jurídico instituído pela Lei nº 14.133/2021 para reger as contratações dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Exemplo claro disso decorre da previsão contida no parágrafo único do art. 421 do Código Civil, que estabelece que “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Essa previsão foi incorporada no Código Civil pela Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ao estabelecer normas de proteção à livre

iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Essa mesma lei também inseriu no Código Civil o art. 421-A, que se alinha e complementa a disciplina do parágrafo único do art. 421:

“Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Os contratos celebrados pelas empresas estatais, pessoas jurídicas no exercício de suas atividades e objetos sociais, com outras pessoas jurídicas em condição similar de atuação, caracterizam a celebração de contratos empresariais.

Sendo assim, na medida em que as partes contratantes se presumem em condição de paridade e simetria, compreende-se prevalecer a autonomia da vontade dessas partes para contratar, razão pela qual eventual intervenção estatal seria nociva a liberdade econômica, além de conferir insegurança jurídica para o desenvolvimento das atividades negociais.

Essa mesma condição deve ser observada, portanto, nos contratos das empresas estatais, não se justificando a intervenção de órgãos de controle externo, por exemplo, com base em mera presunção de dano ao interesse público, desprovida de fundamentos que, de fato, motivem essa intervenção.

Mais do que a mera presunção, a intervenção requer a presença de elementos concretos que demonstrem a pertinência e necessidade dessa ação, afinal, sendo as partes contratantes livres para determinarem seus rumos e celebrarem seus contratos, não podem esses ajustes ficar à mercê da intervenção estatal que anule essa liberdade.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Outro dispositivo do Código Civil que produz efeito concreto sobre os contratos das empresas estatais é art. 422, segundo o qual “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Ainda que a literalidade da norma faça remissão apenas aos momentos da celebração e execução do contrato, é pacífico atualmente que o princípio da boa-fé objetiva, exige, em todas as fases da contratação, até mesmo na fase pós contratual, conduta leal dos contratantes, os quais devem observar os deveres anexos ou laterais de conduta, a fim de manter a confiança e as expectativas legítimas do negócio Jurídico.

Disso resulta que a relação contratual se tornou mais complexa, superando a noção imposta pelo modelo meramente estrutural e abstrato, segundo o qual a obrigação seria simplesmente o vínculo jurídico formado entre credor e devedor em torno de um dever de prestação e contraprestação, conferindo espaço e lugar para uma concepção complexa e dinâmica da relação obrigação, na qual se constata a convivência, ao lado dos deveres inerentes à prestação e contraprestação, tidos como deveres principais, outros deveres

denominados como laterais ou anexos, os quais impõem às partes contratantes a obrigação de, em todas as fases da relação contratual, adotarem comportamentos coerentes, transparentes, leais e, principalmente, colaborativos.

Nesse ambiente, a mera execução da prestação principal não é mais suficiente para dar conta, por si só, do interesse objetivo e concreto do credor e aos interesses metaindividuais tangenciados. A sua satisfação pressupõe, igualmente, a observância dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, a exigir não apenas que o devedor atue no sentido de executar a prestação principal, mas também, e com a mesma intensidade, que o devedor se comporte de acordo com os outros deveres.

Sob esse enfoque, o direito privado contratual passa a valorizar, com maior importância, a tutela da confiança, isto é, a preservação das legítimas expectativas das partes envolvidas na relação jurídica, adaptando-se o vínculo de forma dinâmica sempre que necessário, conforme e consoante o comportamento das partes.

Isso significa que o desenvolvimento da relação contratual passa a se revestir de maior complexidade, na medida em que a conduta esperada das partes não se restringe apenas à regular e pontual execução das prestações principais por cada qual assumidas. Para além disso, impõe o dever de ambas observarem os deveres de conduta leal e transparente, conferindo a essa relação obrigacional complexidade na medida de reciprocidade de deveres de probidade e boa-fé.

A aplicação prática desse panorama delineado pelo direito privado impõe ao intérprete, justamente, dar concretude à tríplice função da boa-fé objetiva: interpretativa dos negócios (art. 113, do Código Civil), limitativa de comportamentos abusivos das partes (art. 187, do Código Civil) e geradora de deveres anexos (art. 422, do Código Civil).

A função interpretativa da boa-fé serve como instrumento hábil ao preenchimento de lacunas que possam ser encontradas nos negócios jurídicos, além de também servir de parâmetro para o esclarecimento de possíveis obscuridades ou para definir a melhor solução para eventuais contradições ou ambiguidades de cláusulas contratuais. Para tanto, o art. 113 do Código Civil define que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A função limitadora de condutas abusivas, a nosso ver, é a mais importante, e tem a finalidade de coibir abusos de direito. O art. 187 do Código Civil prevê que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Já a terceira função, diz respeito ao papel criador de deveres anexos aos contratos, determinando a observância de regras de conduta que não precisam estar explicitamente previstas no contrato celebrado para exercerem força vinculante, uma vez que a própria lei exige que as partes atendam aos princípios da boa-fé e da probidade (art. 422 do Código Civil).

FIGURAS QUE DECORREM DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Nesse giro, torna-se possível apontar as principais figuras jurídicas associadas à boa-fé objetiva que representam comportamentos dos contratantes, que, sob o prisma da boa-fé, atraem tratamento especial do direito, servindo de fundamento para solução de situações práticas que também envolvem os contratos celebrados pelas empresas estatais. São elas:

SUPRESSIO: PERDA DO DIREITO OU DA FACULDADE DE EXERCÊ-LO

O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contraentes o dever de respeitar as expectativas geradas na outra parte em razão de seu comportamento. Impõe-se, assim, respeitar a confiança legitimamente depositada pela outra parte em razão do comportamento adotado pela contraparte. Em razão disso, o comportamento deve ser coerente e transparente, pois o vínculo jurídico não pode ser considerado estático. Ao invés disso, como bem apontou Clóvis do Couto e Silva, o vínculo jurídico deve ser enfrentado como um processo contínuo composto de sucessivos comportamentos que devem ser analisados pelo jurista, a fim de estabelecer se ainda se legitimam as regras inicialmente pactuadas.³

Nesse contexto, a figura da *supressio* serve para proteção da confiança do contratante, evitando que seja surpreendido injustamente por um comportamento desleal da outra parte. Uma situação envolvendo os contratos das empresas estatais que pode ser resolvida com a aplicação dessa figura envolve a não aplicação de multas pelo inadimplemento recorrente da contratada, por exemplo.

Imagine-se um contrato de execução continuada, o qual prevê que o atraso na entrega da documentação que mensalmente deverá ser apresentada pela contratada à estatal contratante ensejará a aplicação de multa moratória.

Ocorre que, mês a mês a contratada atrasa a entrega dessa documentação e, não obstante esse inadimplemento recorrente, ao longo dos dez primeiros meses do contrato a estatal contratante não instaura o processo administrativo para apuração da responsabilidade da contratada. No décimo primeiro mês a contratante decide adotar essa conduta.

Ainda que a aplicação da aludida multa conste expressamente do contrato e que no caso constitua um dever para a estatal contratante instaurar processo administrativo para apurar a responsabilidade da contratada, o fato é que a reiterada omissão na adoção dessa providência cria na contratada a legítima expectativa de que não será surpreendida com a aplicação dessa multa.

A figura da *supressio*, nesse caso, serve para proteção da confiança do devedor, evitando que este seja surpreendido por um comportamento desleal da contratante que voltasse a exigir os exatos termos do contrato, impondo a sanção em razão do atraso na entrega da documentação.

Ainda que se possa alegar que por força do art. 37, *caput* da Constituição Federal, em razão dos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, a aplicação de sanções constitui um dever e não uma faculdade para os órgãos e entidades que integram a Administração Pública direta e indireta, o qual alcança as empresas estatais⁴, fato é que os contratos das empresas estatais são regidos por preceitos de direito privado, o que exige, portanto, o exercício desse dever em vista do princípio da boa-fé objetiva, sob pena de um regime (público) anular totalmente o outro (privado).⁵

Alinhada com essa orientação, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.841.683/SP, a Corte Superior reconheceu:

“2. Como é cediço na jurisprudência do STJ, o instituto da *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa”.

Outra situação que também pode ser resolvida pela aplicação da figura da *supressio* envolve a ausência de pagamento da correção monetária e de juros moratórios no caso de pagamento em atraso pela empresa estatal.

Imagine-se, por exemplo, que o contrato traga cláusula prevendo que no caso de pagamento em atraso incidirá a correção monetária, para recompor o poder aquisitivo original da moeda, corroído pelos efeitos da inflação, nada acrescentando ao valor a ser pago, e juros moratórios, que têm o papel de indenizar o credor pelo atraso no pagamento da dívida.

Contudo, não obstante a estatal contratante reiteradamente efetue o pagamento em atraso, o faz sem aplicar a cláusula contratual que assegura a incidência da correção monetária e de juros moratórios sobre o valor a ser pago, sem que haja qualquer oposição da contratada.

Prolongando-se ao longo do tempo a adoção desse comportamento, de modo a gerar a confiança na contratante de que essa será a “nova” condição ajustada, mais uma vez, pode-se aventar a aplicação da figura da *supressio*, a fim de “suprimir” a cláusula contratual em razão do comportamento adotado pela contratada, o que lhe impediria de cobrar “os atrasados” ou mesmo passar a exigir a incidência da correção monetária e de juros moratórios sobre novos valores pagos em atraso.

Exatamente nesse sentido e com base nesse fundamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do Recurso Especial nº 1.202.514/RS que “o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão de exigir retroativamente a correção monetária dos valores que era regularmente dispensada, pleito que, se acolhido, frustraria uma expectativa legítima construída e mantida ao longo de toda a relação processual, daí se reconhecer presente o instituto da *supressio*”.

SURRECTIO: SURGIMENTO DE UM DIREITO OU FACULDADE PARA UMA DAS PARTES CONTRATANTES

Esta figura é oposta à *supressio*, ou seja, determina o surgimento de um direito para uma das partes, ainda que não previsto contratualmente, em razão da legítima expectativa formada em razão do comportamento adotado ao longo da relação contratual.

Nesse sentido, imagine-se, por exemplo, que para assegurar a melhor execução do objeto ajustado a contratada aloque equipamentos que não estavam previstos na formação do preço. Não se tratava, portanto, de uma obrigação convencionada entre partes, mas, ainda assim e mesmo sem a formalização de um aditivo contratual, a contratada decidiu incluir esses equipamentos na execução do objeto.

Posteriormente, a contratada surpreende a estatal contratante apresentando requerimento para pagamento pela alocação desses equipamentos.

Tendo em vista o comportamento da contratada, é possível cogitar que a figura da *surrectio* determina a formação do direito de a contratante de receber a prestação sem a obrigação de remunerar a contratada pela disponibilização desses equipamentos.

Exatamente nesse sentido, formou-se a manifestação do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 2.071.861/SP:

“3. A doutrina e a jurisprudência desta Corte, à luz do dever de boa-fé objetiva e à proteção da confiança, reconhece a existência do instituto da *surrectio*, o qual permite aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente

despertada por ação ou comportamento”.

NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM: PROIBIÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Tendo em vista ser dever de conduta imposto às partes contratantes observar a boa-fé objetiva e respeitar a confiança depositada pela outra parte, não se revela compatível com esse dever a adoção de comportamentos contraditórios, que não guardem a devida coerência e transparência, provocando prejuízos em razão da mudança repentina, o que viola a ideia de uma relação regida pela ética.

Conforme orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.143.216/RS, “O princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos”.

Em razão disso, a Corte Superior concluiu que “o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*”.

A aplicação dessa figura pode resolver situação envolvendo a perda do direito à repactuação quando o contratado não apresenta o pedido dentro da vigência contratual e aceita prorrogar a vigência do contrato para um novo período.

No âmbito administrativo, a solução para essa situação envolveu reconhecer a preclusão do direito à repactuação, tal como concluiu o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.827/2008 – Plenário, cujo Enunciado assim se formou:

“Nos contratos referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, o prazo dentro do qual poderá o contratado exercer perante a Administração seu direito à repactuação contratual estende-se da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato a ser repactuado até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que se não o fizer de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar”.

Nos contratos das empresas estatais, regidos por preceitos de direito privado, a solução mais adequada parece ser reconhecer a aplicação da figura do “*Nemo potest venire contra factum proprium*”, ou seja, a proibição ao comportamento contraditório.

Isso porque, nos contratos de prestação de serviços contínuos, cada prorrogação caracteriza, em verdade, a celebração de um novo contrato (renovação contratual) e não simplesmente o elástico do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste.

Assim, ao concordar com a celebração deste “novo contrato” pelo valor até então praticado, sem requerer a repactuação, a contratada gera para a empresa estatal a legítima expectativa de que esse novo contrato será executado por este valor.

Se posteriormente à assinatura do termo aditivo a contratada requer a repactuação, que como consequência determinará a alteração do valor ajustado, este comportamento revela-se flagrantemente contraditório com aquele por meio do qual havia concordado em manter o valor praticado.

Em razão disso, uma vez assinado o termo aditivo de prorrogação sem requerer o pagamento da repactuação, cujo direito já havia surgido anteriormente, a figura do “*Nemo potest venire contra factum proprium*” determina a perda do direito à repactuação.

A esse respeito, vale registrar que o Enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal formou-se de modo a reconhecer a incidência dessa figura:

“362 – Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

TU QUOQUE: VEDAÇÃO AO USO DE DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS NA APRECIÇÃO DE SITUAÇÕES IGUAIS

Esta figura pode ser compreendida como uma espécie de *venire contra factum proprium*, porém mais específica, na medida em que veda comportamento que implique em valorações distintas de duas situações idênticas ou semelhantes. Significa dizer, não se admite que a parte adote comportamento contrário ao seu próprio, quando imputa a outra parte conduta contratual inadequada, valendo-se assim de dois pesos e duas medidas.

Exemplo de situação que pode ser resolvida por esta figura envolva a estatal contratante que, mesmo estando inadimplente no cumprimento de suas obrigações, pretende exigir coercitivamente o cumprimento das prestações devidas pela contratada.

Em alinhamento com essa racionalidade, no seu art. 476, o Código Civil estabelece que “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Vale registrar que, assim como em relação às demais figuras, no julgamento do Recurso Especial nº 1.902.410/MG, o Superior Tribunal de Justiça também reconhece a aplicação desta:

“8. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos '*tu quoque*' e '*venire contra factum proprium*', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”.

CONCLUSÕES

Com base nessas considerações, tendo em vista a opção adotada pela Lei nº 13.303/2016 de submeter os contratos das empresas estatais aos preceitos de direito privado, fica clara a necessidade de os agentes que lidam com esses ajustes terem a exata dimensão do que isso implica.

Para tanto, faz-se imprescindível reconhecer que a sujeição desses contratos aos princípios que são próprios do direito privado, em especial ao princípio da boa-fé objetiva, impõe a essas relações uma maior complexidade, na medida em que a satisfação das obrigações impostas às partes contratantes não se restringe mais apenas a execução da prestação principal, mas exige também a necessidade de observarem os deveres de

conduta leal e transparente, em consonância com a probidade e boa-fé.

Como consequência, o efeito prático que decorre disso envolve, justamente, a construção de soluções jurídicas adequadas para as diversas situações que decorrem dessas contratações, que ao invés de recorrer a aplicação de figuras próprias do direito público (supremacia e indisponibilidade, por exemplo), estejam alinhadas com o princípio da boa-fé objetiva e as figuras que dele decorrem.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 253.

² EIRAS, Guilherme A. Vezaro. As regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do Estatuto. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 481 e seguintes.

³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 36.

⁴ São inúmeros os julgados do Tribunal de Contas da União nesse sentido, podendo citar: Acórdãos nº 1.632/2009; nº 3.738/2007 e nº 1.793/2011, todos do Plenário.

⁵ A solução, nesse caso, implicaria reconhecer a supressão da cláusula de penalidade, mas apurar a responsabilidade do agente que deu causa a essa condição ao deixar, reiteradamente, de cumprir o dever de instaurar o processo administrativo para apuração da responsabilidade da contratada.

Como citar este texto:

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Os contratos das empresas estatais e a sujeição ao direito privado: princípio da boa-fé objetiva. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 10 mai. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.