

PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) AJUSTADO COM O CADE. CRITÉRIOS DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL: OS "SISTEMAS DE REFERÊNCIA EXTRA CONTRATUAIS" ("CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO") E SUA FUNÇÃO NO QUADRO SEMÂNTICO DA CONDUTA DEVIDA. PRINCÍPIO DA UNIDADE OU COERÊNCIA HERMENÊUTICA E "USOS DO TRÁFEGO". ADIMPLEMENTO CONTRATUAL



PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) AJUSTADO COM O CADE. CRITÉRIOS DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL: OS "SISTEMAS DE REFERÊNCIA EXTRA CONTRATUAIS" ("CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO") E SUA FUNÇÃO NO QUADRO SEMÂNTICO DA CONDUTA DEVIDA. PRINCÍPIO DA UNIDADE OU COERÊNCIA HERMENÊUTICA E "USOS DO TRÁFEGO". ADIMPLEMENTO CONTRATUAL



Revista dos Tribunais | vol. 852/2006 | p. 87 - 126 | Out / 2006
DTR\2006\785

Judith H. Martins Costa

Professora Livre-Docente e Doutora pela USP. Professora da Faculdade de Direito da UFRGS.

Área do Direito: Civil; Financeiro e Econômico

Sumário:

CONSULTA

O ilustre Colega, Dr. Marco Antonio de Gregório, do Departamento Jurídico da Companhia Souza Cruz S.A., honra-me com consulta formulada nos seguintes termos:

"Em 1998 a empresa "Gramadense" protocolou na SDE representação contra a Souza Cruz solicitando investigação de condutas que entendia anti-concorrenciais nas relações com as distribuidoras de cigarros. No curso do Processo Administrativo então aberto, a Souza Cruz celebrou perante o CADE, em 13.09.2000, Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) visando "manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais no mercado de distribuição de cigarros", contendo uma série de obrigações positivas e negativas a vigorarem pelo período.

Por esse TCC foi suspensa a continuidade do Processo Administrativo 08012.003303/98-25, assumindo a Souza Cruz, entre outras, as seguintes obrigações:

" *Cláusula segunda - do objeto:*

O presente Termo de Compromisso de Cessação tem por objeto a cessação de práticas relacionadas à celebração de acordos de exclusividade de vendas de cigarros, de qualquer forma manifestados, expressos ou tácitos, entre a compromissária e quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles estabelecimentos expressamente indicados nas cláusulas seguintes, bem como a proibição da celebração de acordos de tal natureza com os mesmos tipos de estabelecimentos que possam vir a comercializar cigarros ."

Na cláusula terceira foram assumidas obrigações de abstenção, como segue:

" *Cláusula terceira - das obrigações principais negativas*

Para a consecução do objeto deste instrumento, a compromissária assume, a partir da assinatura deste Termo de Compromisso, de forma definitiva, independentemente do prazo de vigência constante na cláusula nona, as seguintes obrigações de não-fazer:

3.1 Abster-se de exigir ou celebrar, por qualquer meio, expresso ou tácito, verbalmente ou por escrito, qualquer tipo de contrato ou acordo que contenha qualquer disposição ou combinação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shoppings centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários, e

ainda, os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S. A.

3.2 do TCC e a caracterização da "situação de confiança"

3.3 Não praticar qualquer ação que resulte em boicote dos seus produtos aos clientes varejistas que desejarem adquirir para revenda outras marcas de cigarros produzidas por seus concorrentes legalmente estabelecidos no território brasileiro.

3.4 No que se refere à proibição e/ou restrições à comercialização de produtos, abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas e/ou verbalmente pactuadas, com os pontos de venda, bem como abster-se da cobrança de eventuais multas por inadimplemento, e de aplicar quaisquer cominações, inclusive as de caráter rescisório, durante o prazo que antecede a rescisão formal, ou até que seja tornado sem efeito os acordos, ou as condições contratuais impeditivas da comercialização de produtos concorrentes ."

Na cláusula quarta, assumiu a Souza Cruz obrigações positivas que, embora ditas "principais" são, na verdade, acessórias à obrigação principal posta na cláusula segunda antes transcrita. Para o que aqui importa consignou a cláusula:

" *Clausula quarta - das obrigações principais positivas*

A compromissária assume, ainda, as seguintes obrigações positivas :

(...)

4.3 Inserir nos contratos de exclusividade de *merchandising* que contenham cláusulas de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique expressamente que a exclusividade de merchandising não importa a exclusividade de venda de produtos, no mesmo prazo estabelecido na cláusula 4.1. ¹

4.4 Incluir nos contratos de merchandising que vierem a ser firmados, a mesma disposição contratual prevista na subcláusula 4.3."

Em cumprimento ao pactuado no TCC, a Souza Cruz rescindiu as cláusulas dos contratos em que era ajustada a exclusividade de venda, satisfazendo diligentemente com as demais obrigações, assim sendo reconhecido pelo próprio CADE, por intermédio das NT 96/2001 e 08/2002 da CAD/CADE, que integraram Despachos da Presidência unanimemente homologadas pelo Plenário daquela autarquia.

Importa sublinhar que o CADE, no uso de suas atribuições e deveres, fiscalizou e analisou o cumprimento do TCC, para tanto realizando diversas diligências (por intermédio da CAD/CADE) que nada aduziram quanto a incorreções no cumprimento do pactuado. Assim, exemplificativamente:

(i) o Ofício CADE 2955/2000 encaminhado à Souza Cruz, em 10.10.2000, acompanhado de NT CAD/CADE s/n., sugerindo alterações na minuta de extrato do Termo de Compromisso apresentado pela Souza Cruz para publicação em jornais de circulação nacional;

(ii) o Ofício CADE 3130/2000 encaminhado à Souza Cruz, em 22.10.2000, solicitando encaminhamento das cópias das correspondências contendo a declaração de recebimento ou, na ausência desta, a cópia do AR;

(iii) Ofício CADE 3398/2000 encaminhado ao Diário Oficial em 21.11.2000, solicitando republicação no DOU do Termo de Compromisso de Cessação;

(iv) Ofício CADE 3518/2000 encaminhado à Souza Cruz, em 29.11.2000, solicitando encaminhamento das cópias das correspondências contendo a declaração de recebimento ou, na ausência desta, a cópia do AR;

(v) Ofício CADE 1682/2001 encaminhado à Souza Cruz, em 29.05.2001, solicitando o envio das cópias autênticas dos aditivos com a revogação da cláusula de exclusividade de venda de algumas empresas listadas;

(vi) NT CAD/CADE 96/2001 e Despacho Gb 17/2002 atestando o cumprimento pela Souza Cruz de quase todas as obrigações previstas no TCC, determinando apenas alterações terminológicas na cláusula 3.2 do contrato de fornecimento com a empresa Makro; e atestando o cumprimento parcial da cláusula 4.3, justificado pela impossibilidade material de cumprimento em alguns casos (encerramento de atividades do varejista, ou recusa em assinar o termo aditivo, ou, ainda, alienação do ponto de venda, entre outros eventos).

(vii) a NT CAD/CADE 08/2002 e Despacho Gb 43/2002 atestando o cumprimento pela Souza Cruz até o momento de todas as obrigações previstas no TCC, bem como o cumprimento da determinação relativa ao contrato com a Makro contida na NT 96/2001.

Todavia, em 25.03.2003, a empresa "Gramadense", concorrente da Souza Cruz, novamente denunciou ao CADE desta vez para acusar que o contrato de exclusividade de *merchandising* celebrado entre a Souza Cruz e a rede Ipiranga AM/PM antes mesmo do TCC, bem como análogo contrato celebrado posteriormente com a Infraero, estariam violando a cláusula 3.2 do TCC. Isto porque (embora a exclusividade de *merchandising* tenha sido expressamente permitida no TCC) tais contratos dispunham que o *merchandising* seria realizado por meio de "exclusividade de exposição" (dos produtos).

Desde então o CADE realizou quatorze (14) novas diligências ²(sempre por intermédio da CAD/CADE) visando apurar eventual descumprimento do TCC, tal qual denunciado pela empresa concorrente.

Como resultado de todas essas diligências e das que se lhe antecederam, bem como da cuidadosa análise do material, concluiu a CAD/CADE em sua NT 89/2004, o que segue:

(i) o objeto do TCC, em vista do qual fora firmado consiste na prática de exclusividade de venda, afirmando textualmente aquele órgão: "A questão da exposição *não foi objeto central* do processo administrativo que ensejou o TCC, que se concentrou no problema da exclusividade de vendas" (grifamos);

(ii) referentemente àquele objeto comprovou-se que a Souza Cruz não mais exige ou pratica exclusividade de venda, restando, em consequência, adimplido o objeto central do TCC, *in verbis*: "Desta forma, concluímos que a Compromissária tem cumprido a cláusula 4.1 do TCC, uma vez que nos contratos solicitados foi observado que cláusulas que dispunham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de exclusividade de *merchandising*, ou em quaisquer outros acordos que contenham tais cláusulas, foram revogados. Mesmo em contratos onde não constavam cláusulas de exclusividade a serem rescindidas, a Compromissária providenciou a remessa de correspondência esclarecendo que o contrato de *merchandising* não compreendia a exclusividade de vendas" (grifamos);

(iii) quanto à questão da exclusividade de *merchandising* em relação à exclusividade de exposição, objeto dos contratos celebrados entre a Souza Cruz e a rede Ipiranga AM/PM e a Infraero concluiu a CAD/CADE que teria havido, descumprimento da cláusula 3.2 do TCC, porém sem efeitos anticoncorrenciais. Isto porque, conforme é reconhecido pelo CAD/CADE na NT 89/2004, *in verbis*: a) problemas de exposição e de vendas relacionados a contratos de *merchandising* não foram discutidos no processo administrativo e, portanto, não são objeto do TCC; b) não houve instrução específica e contraditório sobre a matéria durante toda a análise do processo administrativo, seja pela SDE ou pelo CADE; e c) em que pese haver dúvidas sobre o alcance do conteúdo da cláusula 3.2, é fato inconteste que não se verificou qualquer dano concorrencial decorrente de eventuais "restrições à visibilidade nos aeroportos e nas lojas de conveniências" dos produtos da concorrência. Ao contrário, houve significativo ganho de participação de mercado pela "Gramadense" em contraposição a perda de participação da Souza Cruz, concluindo a CAD/CADE que: "Não existem elementos suficientes que sejam capazes de demonstrar que se não existissem estas cláusulas de exposição, os efeitos do TCC seriam significativamente distintas. (...) Os dados de venda entre 2001 e 2004 apresentados pela Souza Cruz e pela "Gramadense" permitem concluir que, na verdade, a queda das participações da Souza Cruz foi mais forte exatamente nos aeroportos, o que mais uma vez sugere que estas cláusulas da Infraero não ocasionaram qualquer dano concorrencial." (grifamos).

Essa Nota Técnica não foi acolhida pela Presidência, nem submetida ao Plenário. A Presidência do CADE decidiu encaminhar o processo para a Procuradoria (ProCADE), indagando-a sobre a aplicabilidade de eventual multa à Souza Cruz.

No Parecer ProCADE 716/2004 a Procuradoria acentuou que o objeto principal do TCC estava delimitado à prática de exclusividade de venda (tal qual dissera a NT 89/2004), endossando, de resto, *in totum* o entendimento segundo o qual a obrigação fora cumprida pela compromissária Souza Cruz, mas sugerindo a aplicação de multa diária de 10.000 UFIR em razão do "descumprimento da cláusula 3.2 do TCCP", bem como o arquivamento do processo (após o pagamento da multa) "por se considerar cumprido o principal e adequadamente sancionado o descumprimento parcial das obrigações secundárias".

Em síntese: após exaustivas investigações, procedimentos e exames dúvida restou apenas quanto à extensão e à exação do cumprimento da cláusula 3.2 do TCC, sendo indubitável, porém, que a obrigação principal, em vista da qual fora o TCC pactuado, havia sido integralmente adimplida.

Tanto assim que a Procuradoria do CADE sugeriu (no Parecer ProCADE 716/2004) além da medidas acima já referida (isto é, "arquivamento do processo (após pagamento de multa), por se considerar cumprido o principal e adequadamente sancionado o descumprimento parcial das obrigações secundárias"):

"(...) b) tornar sem efeito a suspensão do processo, retomando-se seu curso normal em relação aos pontos inadimplidos do TCC, julgando-se a Representada por conduta não cumprida, desde que devidamente instruídos os autos nesse sentido";

c) reconhecer o cumprimento das obrigações principais e determinar à SDE abertura de novo processo, para a apuração das condutas objeto das obrigações secundárias, não devidamente instruídas no processo principal; ou, finalmente;

d) tornar sem efeito a suspensão do processo, restituindo-se os autos à SDE, "a fim de que se complemente a instrução, nos limites da Portaria de instauração".

Surpreendentemente foi proferida uma nova Nota Técnica (NT 09/2005) pelo mesmo órgão CAD/CADE, acolhida integralmente pelo Despacho Gb 10/2005, bem como pelo Eg. Plenário do CADE que em 19.01.2005, homologou o Despacho Gb 10/2005 da Presidência acolhendo a NT 09/2005, exarada com o objetivo central de "avaliar o cumprimento das obrigações firmadas em Termo de Compromisso de Cessação de Prática - TCC, firmado em 13.09.2000 por Souza Cruz S.A. (Compromissária) perante o CADE".

O conteúdo da NT 09/2005 - proferida sem que tenha sido realizada qualquer diligência adicional para fundamentar o novo entendimento - passa ao largo da questão relativa à delimitação do objeto do TCC, voltando atrás em relação a decisões anteriores, consolidadas e reiteradas do órgão. ³Conquanto aprovada pela Presidência do CADE e homologada pelo Plenário, ignora a problemática - verdadeiramente central - relativa ao fato de a discussão sobre exclusividade de exposição e sua relação com exclusividade de *merchandising* não ter sido abordada no processo administrativo que deu origem ao TCC.

Mais ainda: a NT 09/2005 não se atém ao fato de o objeto principal do TCC ser a exclusividade de venda (cláusula segunda), muito embora, em relação a esta obrigação tenha havido comprovadamente cumprimento certo, conforme reconheceram a NT 89/2004 e o Parecer ProCADE 716/2004. Além do mais, não se considera que, conquanto pudesse ter havido descumprimento, (numa leitura estrita e formal) da cláusula 3.2 do TCC, não teria se verificado qualquer dano ao mercado ou à concorrente "Gramadense", pois houve inclusive o incremento da presença dessa empresa no mercado. Por fim, das sugestões do Parecer ProCADE, rejeita aquelas conducentes ao arquivamento do feito, sugerindo a aplicação de multa diária e a continuidade do Processo Administrativo, além da sua distribuição a um novo Conselheiro-Relator.

A Souza Cruz, reiteradamente, tem peticionado para demonstrar que as suas ações não importaram em descumprimento ao TCC, tudo residindo no adequado discernimento dos sentidos do termo "exposição" constante nos contratos de exclusividade de *merchandising* pactuados com a Infraero e com a Rede Ipiranga AM/PM: sustenta-se que o CADE sempre teve ciência desses contratos e a eles assentiu (ainda que pelo silêncio) até porque a "exposição" a que se refere a cláusula 3.2 do TCC é a exposição informativa e não a exposição com caráter de *merchandising* (ou "exclusividade de exposição de produto"), já que essa integra a permissão conferida à Souza Cruz pela cláusula quarta do mesmo TCC.

A NT 09/2006, datada de 16.01.2006, acolhe, no fundamental, essas razões ao reconhecer, com todas as letras que a Nota Técnica exarada em 19.02.2002 e homologada, por unanimidade, pelo Plenário do CADE, de fato permitiu, expressamente, a manutenção, no contrato firmado entre a Souza Cruz e a empresa Makro, a prática de exclusividade de exposição de produto.

Da mesma forma, reconhece a NT 09/2006, que outro ato administrativo - a NT 96/2001 "já tinha sinalizado tal entendimento ao declarar: "Destá forma, concludo que a compromissária tem cumprido com quase todas as obrigações previstas no TCC, devendo apenas realizar as alterações na cláusula 3.2 do contrato (que se refere à substituição dos termos "Locadora" por "Makro" e "Locatária" por "Souza Cruz").

Com base nesses elementos e nos "princípios máximos que regem e devem pautar a Administração Pública, da segurança jurídica e da boa-fé", a NT 09/2006 aceita a tese segundo a qual a compromissária Souza Cruz sentiu-se "autorizada a aplicar a exclusividade de exposição de produtos em outras relações contratuais".

Enviado o processo à Procuradoria, foi emitido o parecer ProCADE 160/2006 (aprovado pelo Desp. 67/2006/PG/CADE) conclusivo do descumprimento do TCC, opinando-se pela aplicação da multa contratual integral (nos termos da cláusula 8.1 do TCC) e pelo prosseguimento do processo administrativo que havia sido suspenso com aquele Termo.

A fundamentação do mencionado parecer volta-se notadamente a atacar a ocorrência de "conduta segundo a boa-fé" por parte da Souza Cruz, averbando-se:

"83. (...) c. Não houve boa-fé objetiva da Souza Cruz ao celebrar contrato com exclusividade de exposição de produtos, visto que suas manifestações nos autos, inequívocas e mesmo após a pretensa autorização para a utilização da cláusula com tal conteúdo não se coadunam com os elementos essenciais à caracterização da boa-fé objetiva".

Além do mais, entende não se ter caracterizado o *venire contra factum proprium* por parte do CADE nem a "justa expectativa" por parte da Souza Cruz. Isso porque, afirma-se, a Compromissária, "deveria demonstrar, além da manifestação inequívoca de que acreditava na autorização do Conselho, por período de tempo reiterado, a renúncia do CADE ao direito que lhe fora estabelecido no contrato, ou seja, determinar a Souza Cruz que não criasse obstáculos à exposição de marcas dos concorrentes".

Assim, conclui o Parecer, não há um "perfeito encaixe" das exigências para a "verificação da boa-fé objetiva".

Esse Parecer foi aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do CADE que, aludindo às lições de MENEZES CORDEIRO, argumenta não se ter verificado, no caso, o "investimento de confiança" que seria necessário para a criação de uma "legítima confiança" por parte da Souza Cruz em firmar contratos com cláusula de exclusividade de exposição de produtos.

Em 10 de maio próximo passado, finalmente, a Souza Cruz peticionou visando demonstrar que a argumentação não procedia, pedindo a oportunidade de sustentar as objetivas razões pelas quais se caracterizara a "situação de confiança". Nos termos do despacho do Senhor Procurador-Geral "nada impede" que a Presidência da autarquia ou o Plenário, "para formação de seu convencimento, entenda necessário colher nova manifestação da petionária", ainda mais "considerando a complexidade da matéria e para evitar futuros questionamentos".

Assim sendo, a Senhora-Presidente do CADE, acolhendo a manifestação, oportunizou à Souza Cruz "manifestar-se sobre todo o conjunto probatório e em especial sobre o parecer da ProCADE, no prazo de 05 (cinco) dias" (grifamos).

Diante desses fatos, apresentamos a V. Senhoria os seguintes quesitos:

1. Quais são os "elementos caracterizadores" do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro?
2. Na espécie, o "caso Makro", o contrato com a Rede AM/PM (antecedente ao próprio TCC), o contrato com a Infraero e as centenas de contratos de análogo teor, aprovados pelo CADE, bem como a aceitação, pela autarquia, da interpretação conferida à expressão "exclusividade de exposição" como análoga à expressão "exclusividade de *merchandising*" como se infere das NT 96/2001; 08/2002 e o Despacho 43/2002 seriam suficientes para ensejar a "situação de confiança" apta a invocar a proibição contida no *venire contra factum proprium*?
3. Na espécie, o voltar atrás da Administração, notadamente na NT 09/2005 e nos atos que a aprovaram, bem como no Parecer ProCADE 160/2006 caracterizaria o *venire contra factum proprium*?
4. Diante do cumprimento da obrigação principal, de modo integral e indiscutível, justifica-se a aplicação da multa contratual em sua totalidade?

Passo a exarar, em separado, o meu parecer.

PARECER

O Parecer ProCADE 160/2006 centra a análise da conduta da consulente - concluindo pelo descumprimento contratual e a aplicação *in totum* da multa - no princípio da boa-fé objetiva,

adentrando em princípios e regras do direito das obrigações. Assim sendo, o exame da matéria deve iniciar com o desvelamento da noção que aquele princípio tem no ordenamento jurídico brasileiro bem como das peculiaridades que o mesmo adquire quando num dos pólos da relação jurídica está pessoa integrante da Administração Pública. Subsequentemente, será hora de ver, no caso concreto, com base em fatos e declarações que me foram alcançadas, se foi verificada a "situação de confiança" que é um dos elementos da espécie de ilicitude civil conhecida como *venire contra factum proprium*, averiguando-se, por fim, se ocorreu, ou não (ou em que medida) o adimplemento contratual com o que estarei apta a responder sinteticamente os quesitos propostos (Conclusão).

1. A CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA LIGAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Para qualificar juridicamente fatos é necessário distinguir entre conceitos. Distinguir é alcançar a qualificação determinando, portanto, a *eficácia jurídica* de certas palavras. Essa atividade se torna particularmente importante quando estamos em presença de termos ou expressões semanticamente vagos, como "boa-fé" ou "confiança", que não têm sempre o mesmo significado jurídico nem idêntica atuação funcional, muito embora a sua evidente ligação etimológica e finalística (1.1). Realizadas as distinções, caberá examinar o perfil especial do princípio da confiança legítima nas relações em que é parte pessoa integrante da Administração Pública, bem como a sua eficácia sancionadora da contraditoriedade desleal de condutas (1.2).

1.1 Os princípios da boa-fé objetiva e da confiança legítima: distinções necessárias

1. Quando se está a tratar do princípio da boa-fé objetiva a primeira tarefa é distingui-la da chamada boa-fé subjetiva.

1.1 Muito embora ambas as expressões encontrem unidade no *princípio geral da confiança* que domina todo o ordenamento, cada uma desempenha, dogmaticamente, distintos papéis. A boa-fé subjetiva (ou "boa-fé psicológica") traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios. Manifesta-se, também, pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica.

1.2 Diferentemente, a expressão *boa-fé objetiva* designando princípio atuante no domínio do direito das obrigações, exprime o standard de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade - enfim, o civiliter agere que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito. Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atue, concomitantemente, como (i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção); (ii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal; e (iii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos, tríplice função hoje perfeitamente discernida nos arts. 113; 187; e 422 do CC brasileiro. ⁴Nas relações obrigacionais (notadamente as relações contratuais), o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, ⁵e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos cooperativos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé. ⁶

É, aliás, de intuitiva percepção a diferença no sentido das expressões "agir de boa-fé" (isto é: agir com convencimento subjetivo, ainda que errôneo, agir *de boa-fé* subjetiva) e "agir segundo a boa-fé" (vale dizer: comportar-se segundo uma norma de conduta, um parâmetro, advindo do exterior do sujeito, a saber, a boa-fé objetiva). ⁷

2. A *confiança*, por sua vez, também atua multifuncionalmente, seja como (i) princípio geral, seja como (ii) matriz ou fundamento da ação segundo a boa-fé, seja, enfim, (iii) autonomamente, como fonte direta de direitos e deveres. Com efeito, embora a ligação até mesmo etimológica entre boa-fé (*bona fides*) e confiança (*cum fides*), ambas as expressões designam, no direito das obrigações, realidades funcionais diversas, ainda que conexas.

Detenhamo-nos sobre essas realidades funcionais distintas.

3. Se as relações obrigacionais são, como vimos, "relações de cooperação" a boa-fé é o princípio que informa o *modo* pelo qual tal cooperação será devida, ⁸norteando "o teor geral dessa colaboração intersubjetiva" ⁹que não está limitada ao campo contratual, espraiando-se em todas as relações obrigacionais. Tal qual fez o Código Civil (LGL\2002\400) alemão (BGB) que instalou a boa-fé "en la cúspide del derecho de obligaciones", de modo a subordinar a esse princípio

"todas las relaciones obligacionales" ¹⁰(contratuais ou não, apanhando também as relações pré e pós-contratuais, as derivadas de negócios unilaterais e mesmo as de fonte delitual), assim também a boa-fé é princípio fundamental do direito privado brasileiro. Mesmo ainda na vigência do Código Civil de 1916 (LGL\1916\1), conquanto a escassez do texto escrito ¹¹a boa-fé já vigorava no Direito positivo, seja por força do art. 131 do CCom, seja por ter sido largamente acolhida por via jurisprudencial pois é axiomático que o Direito deve tutelar as condutas segundo a boa-fé. ¹²

4. Já o princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com (i) à proteção das expectativas; atuando ainda (ii) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.

Sintetizemos, brevemente, esse duplo aspecto da confiança.

(i) confiança e proteção das legítimas expectativas

4.1 A proteção jurídica da confiança foi primeiramente revelada pela Sociologia, como relevantíssimo fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, sendo o sistema normativo a *garantia das expectativas* geradas nas (e pelas) interações sociais. ¹³

4.1.1 Também a Economia se ocupa da confiança, visualizando-a como elemento básico de um dos ramos mais modernos da doutrina econômica: a chamada *Nova Economia Institucional* (NEI).

Segundo essa doutrina o desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade é determinado pelo modo de ser das suas instituições. São as instituições determinantes para o desenvolvimento social justamente porque são elas que norteiam as *relações de cooperação entre os indivíduos*, haja vista reduzirem a chamada "insegurança estratégica", considerando-se como tal a condição em que se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas conseqüências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos.

4.1.2 Daí decorrer a seguinte equação: quanto maior o grau dessa insegurança estratégica, menor será a cooperação entre os indivíduos. Conseqüentemente, quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento. Cabe às instituições, portanto, - no que se incluem naturalmente os canais reconhecidos de expressão do Direito, como a jurisprudência e a doutrina - a tarefa de reduzir a insegurança e *promover a confiança*. ¹⁴

É o que já assegurara MIGUEL REALE, ao qualificar a confiança como um valor dotado de realizabilidade, um "bem cultural" dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, ¹⁵isto significando dizer que, em cada ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como *fundamento de um conjunto de princípios e regras*.

4.1.3 Não por outra razão uma jurista francesa, HELENE AUBRY afirma - ao se referir ao Direito Comunitário europeu - ser a confiança acolhida como princípio e como fonte no "quadro comum de referência europeu", integrando certas características novas do direito obrigacional. ¹⁶Para outra importante autora francesa, SYLVIA CALMES, a proteção da confiança indica que "o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, relativamente ao qual ele deve poder dirigir a sua confiança". ¹⁷

4.1.4 Trata-se, evidentemente, de uma confiança adjetivada - a confiança legítima (também dita "expectativa legítima").

O qualificativo "legítima" apostado à idéia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas. O termo "legítima" explica AUBRY, aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente aos quais o sujeito é considerado como estando "em bom direito", cabendo aos juizes determinar o que é ou não conforme ao "bom direito" *segundo os elementos circunstanciais e contextuais*. ¹⁸Assim, por exemplo: declarações pré-contratuais; eventuais peças publicitárias; a destinação do bem; os usos habituais, as informações acaso prestadas; contratos anteriores ou posteriores, ou quaisquer tipos de atos ou de atividades que confirmem o sentido conferido a declarações, pactuações ou a expressões em contextos anteriores ou circundantes, etc.

4.1.5 No plano exclusivamente eficaz a expressão "princípio da confiança (legítima)" indica o

limite ao exercício de direitos e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada e/ou a fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no alter, pela própria conduta.

(ii) confiança como "fundamento" e como "fonte"

4.2 Já como "fundamento" e explicação da vinculabilidade os negócios jurídicos ("confiança como fundamento dos negócios" ou "Teoria da Confiança") a doutrina civilista preme sintetizar uma espécie de ponto de equilíbrio entre a "Teoria da Vontade" e a "Teoria da Declaração".¹⁹

4.2.1 Primeiramente, a declaração passou a ser vista de modo autônomo, adquirindo, aí - como observa MOTA PINTO - quase que um valor equivalente ao que tinham as palavras no formalismo arcaico do Direito Romano. À declaração negocial passou a ser imputado, em suma, um sentido *objetivo e geral*, isto é, abstratizante. Porém, "tamanho formalismo não se compactua com as necessidades sociais, que o Direito visa proteger".²⁰

4.2.2 Assim é que, expurgados também esses excessos passou a ser conferida à declaração negocial um *valor autônomo*, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor "objetivo e geral",²¹ sim aquele que o declaratório podia retirar da declaração, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade.²²

4.2.3 Mesmo então se trata, na verdade, de uma especificação da confiança como proteção das expectativas assinalando MOTA PINTO que, conquanto tenha raízes já nos autores dos finais do séc. XIX, o deslizamento em direção à confiança firmou-se, nos finais do séc. XX pela idéia de a responsabilidade do declarante ser *ligada à geração de expectativas*, constituindo "papel fundamental do direito (...) assegurar a protecção de expectativas".²³

5. Distinguem-se, pois, os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primariamente, ao *dever geral de cooperação*, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (civiliter agere); esta, a confiança, prende-se, primariamente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).

6. Percebida essa distinção compreende-se que haverá grande número de situações em que os deveres derivados da boa-fé - como os deveres de informação, esclarecimento, proteção da pessoa ou do patrimônio da contraparte, consideração aos legítimos interesses do parceiro etc - atuam independentemente do grau de confiança ou de expectativa despertada na contraparte.

Um comprador pode ter, por exemplo, *nenhuma expectativa* acerca dos riscos ou dos vícios envolvidos em certo produto, pode ter, até mesmo, expectativas negativas: mesmo assim, haverá, para o vendedor, o dever de informar e esclarecer como imperativo da boa-fé, inclusive para lograr o consentimento informado. Como esclarece CARNEIRO DA FRADA, em sua exaustiva monografia,

"Não interessa portanto por si [n: para a incidência do princípio da confiança] aquilo em que a vítima da violação da regra da boa-fé acreditou. Quando muito, pode ser de averiguar se ela *devia poder confiar* no comportamento do outro. Mas as expectativas neste sentido "razoáveis" ou "legítimas" de um sujeito não são senão uma projecção de exigências objectivas de comportamento impostas pela ordem jurídica. Por outras palavras: a tutela das expectativas mediante a regra de boa-fé é apenas reflexa. Releva somente no quadro das exigências de probidade e equilíbrio de conduta que aquela veicula".²⁴

7. Discernido o campo de atuação específico do princípio da confiança - vale dizer, o seu campo de autonomia, onde não necessita estar coligada com a boa-fé para ter eficácia jurídica - cabe observar que ambos os princípios podem também interagir, *atuando conjuntamente*.

7.1 É indiscutível que nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas que a boa-fé traduz se insere a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no alter.²⁵

Isso se verifica principalmente quando entre os sujeitos da relação há uma *assimetria de poder* (jurídico ou fático) tendo, pois, exponencial importância quando em um dos pólos está a

Administração Pública com a presunção de legalidade e de legitimidade a revestir os seus atos administrativos .

8. Pois bem: é incontroverso que o TCC firmado entre a consulente (Souza Cruz) e o CADE conforma um acordo, caracterizado (como todos os pactos) (i) estruturalmente , pela presença de dois ou mais contraentes ligados por uma expectativa de confiança, legitimamente amparada em dados fáticos e jurídicos decorrentes de um ato comunicativo, no sentido de que tal arranjo de interesses deve ser cumprido segundo sua função e sua finalidade concreta; e (ii) pela eficácia geradora da vinculabilidade das partes à manutenção do que pactuaram.

8.1 Ora, os acordos, pactos, contratos e quaisquer atos comunicativos dessa natureza, convocam, normalmente, no espírito dos seus partícipes, "um conjunto de condições e formas de interação que não se esgota nos deveres negocialmente assumidos aquando da sua celebração. *Ele emerge no seio de uma teia de expectativas* mais ou menos institucionalizadas, que constituem como que sistemas de referência (extracontratuais) do programa contratualmente estabelecido". ²⁶

Esse "sistema de referência extracontratual" pode consistir em representações ligadas a eventos anteriores, paralelos ou similares; ou a pessoa ou a conduta do contraente; ou a afirmações por ele produzidas ou suscitadas por sua conduta; ou nas condições efetivas de inteligibilidade plena e adequada. Podem também consistir em "pressuposições ligadas às circunstâncias ambientais do negócio, gerais ou particulares, susceptíveis de interferir com a sua execução"; ²⁷os usos do local da contratação; certas características subjetivas dos contraentes; a conduta pré-contratual das partes, a função econômico-social do negócio etc.

8.2 É por essa razão que o Código Civil (LGL\2002\400) adota como pressuposto fático-normativo da interpretação dos contratos "as circunstâncias do caso", ²⁸pois rejeita a possibilidade de pensar-se o contrato como uma operação jurídica e econômica bastante em si mesma, atinente, exclusivamente, a dois pólos contratantes e desligada de um contexto. Como há décadas esclareceu PONTES DE MIRANDA: em cada acordo contratual o intérprete "está diante de manifestação de vontade de A e de manifestação de vontade de B, cercado pelo modo de conduzir-se de A e de B e pelas circunstâncias". ²⁹

Por isso mesmo, como observa MARCOS DE CAMPOS LUDWIG, a atividade de interpretar não se restringe ao que consta no eventual instrumento contratual. O intérprete deve ter presente que o negócio jurídico "jamais é formado tão-somente por manifestações de vontade, nem mesmo apenas por condutas, mas igualmente por determinadas circunstâncias que o cercam", tudo conformando uma *totalidade negocial*. ³⁰Como veste jurídica das operações econômicas ³¹os contratos estão fortemente atados às exigências práticas, por isso estando ligados aos dados contextuais, alguns deles extrajurídicos, atinentes aos interesses empresariais estratégicos e econômicos que o ajuste visou instrumentalizar. É o que assegura CARNEIRO DA FRADA, para quem "o contrato cria uma ordem específica que se insere, por conseguinte, em coordenadas mais gerais da pragmática da acção humana e das esperanças que a acompanham, incentivam e delimitam. Nesse sentido, existem expectativas que completam o quadro semântico da conduta humana, mesmo que não integrem formalmente o conteúdo do acordo. É o background constituído por esses 'pressupostos extracontratuais do contrato' que desvenda de modo completo esse acordo na sua especificidade e sentido concretos para os sujeitos". ³²

8.3 Os "pressupostos extracontratuais do contrato" constituem, justamente, as "circunstâncias do caso" - ora valorizadas sobremodo pelo Código Civil (LGL\2002\400) - que atuam como verdadeiro postulado normativo ³³da hermenêutica contratual. Assim dispõe o art. 113 do CC determinando sejam os negócios jurídicos "interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

8.3.1 Trata-se, bem entendido, de uma atuação dos usos como elementos para interpretação dos negócios jurídicos, valendo recordar a distinção tradicional entre os "usos negociais" e os "usos normativos" (ou usos como fonte de produção jurídica direta). ³⁴O art. 113 do CC direciona, porém, aos usos como critério hermenêutico , significando a prática habitualmente seguida, ou os hábitos vigorantes em certo setor da experiência social.

Nesta perspectiva, a expressão "usos" abrange, para os efeitos do art. 113 do CC, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia

ou "ramos do comércio" ou por categorias profissionais, ³⁵etc.

8.3.2 Os usos estão vinculados, na dicção do art. 113 do CC com a boa-fé, como, aliás, também estava no Código Comercial de 1850. ³⁶Isto significa dizer que antes, como agora, a boa-fé hermenêutica é uma boa-fé a ser mensurada segundo os *mores*, consoante a concreta configuração do contexto contratual em causa e, de modo especial, com a função econômico-social do negócio (no caso, permitir a livre concorrência, telos das normas que disciplinam condutas anti-concorrenciais). Como observei de outra feita, em face desse critério hermenêutico, deve o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual. ³⁷

9. Além do mais, o exame das "circunstâncias do caso" em face dos "usos" - isto é, da prática habitualmente seguida em certo setor - implica na consideração do *inteiro comportamento dos contraentes* avaliando-se inclusive efeitos que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior. Como referi em outra sede, ³⁸é também importante atentar para outros atos, atividades, comportamentos ou circunstâncias que tenham conexão finalística com o negócio, considerado em sua funcionalidade econômico-social (princípio da utilidade), circunstâncias que conforma o contexto da declaração negocial.

10. Postos esses elementos que permitem uma adequada visualização das características que revestem os princípios da boa-fé e da confiança no direito obrigacional brasileiro, é imperioso retomar um tema acima aventado, qual seja, a da especificidade adquirida por esses princípios quando é parte na relação jurídica pessoa integrante da Administração Pública.

Esse exame deve, logicamente, anteceder a análise em concreto das circunstâncias ou os "pressupostos extracontratuais do contrato" que foram, no caso, aptos a suscitar a legítima expectativa da consulente a uma determinada interpretação (significado e alcance) da expressão "exclusividade de exposição", como examinarei oportunamente. ³⁹

1.2 Boa-fé, confiança e administração pública

11. Na relação entre particulares e a administração pública a conjugação entre os princípios da boa-fé e confiança opera em elevado grau, em razão da (i) assimetria de poderes entre os partícipes da relação, marcadas por intrínseca verticalidade e, (ii) da presunção de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos, ambos elementos hábeis à geração de confiança. À "lealdade e cooperação" como notas características do conceito de boa-fé operante nas relações interprivadas, agregam-se com força exponencial os elementos "crença e confiança" como elementos da segurança jurídica.

Assim sendo, no direito público se amalgamam (ora sob a denominação "boa-fé", ora sob o nome "confiança") os deveres positivos de lealdade e honestidade e os deveres negativos de não frustrar (ou de não suscitar levianamente) as legítimas expectativas do administrado.

Se pode assim afirmar que o que vigora nessa seara é uma particular especificação da boa-fé, em que os aspectos da "confiança legítima" são dominantes.

Essas notas de "crença e segurança" que resultam da imissão entre lealdade-honestidade/proteção das legítimas expectativas são claramente denotadas em observação do administrativista italiano Francesco Manganaro ⁴⁰acerca da jurisprudência do seu país, na qual se encontra, *in verbis*: "cada vez mais freqüentemente afirmada a exigência de tutelar, no âmbito de tais relações, a boa-fé dos sujeitos interessados, ainda quando a Administração age em setores geralmente considerados âmbitos privilegiados do exercício autoritário do poder".

12. Não só na Itália, mas em vários países, e inclusive no Brasil, crescente produção literária ⁴¹e também legislativa ⁴²e jurisprudencial ⁴³vem atestando o crescimento da importância do princípio da boa-fé e confiança na seara do Direito Público. No plano doutrinário é o que assinalam, por exemplo, o espanhol Luciano Parejo Alfonso ⁴⁴e entre nós Almiro do Couto e Silva, ⁴⁵José Guilherme Giacomuzzi ⁴⁶e Edilson Pereira Nobre, ⁴⁷entre outros, que visualizam na boa-fé (como lealdade e dever de atender às legítimas expectativas) uma expressão do princípio constitucional da moralidade administrativa, ⁴⁸razão pela qual, *in verbis*:

"Da moralidade inculpada no art. 37 da Constituição Federal de 1988 se deve - não só, mas sobretudo - extrair deveres objetivos de conduta administrativa a serem seguidos, proibindo-se a contradição de informações, a indolência, a leviandade de propósitos".⁴⁹

A jurisprudência, sobretudo, tem evidenciado o papel dos princípios da confiança/boa-fé como fonte produtora de deveres jurídicos e de direitos subjetivos no campo do Direito Público. Essa percepção vem provocando, inclusive, nas últimas décadas, uma releitura do poder da Administração de desfazer seus próprios atos. Sem negar-se o teor da Súmula 473 (MIX\2010\2197) do STF, vem-se conferindo a essa Súmula uma interpretação harmônica com a proteção da legítima confiança, *considerada elemento de concreção do princípio da segurança jurídica*.

12.1 No STF o Min. Gilmar Ferreira Mendes já observou que a trajetória da boa-fé como limite ao poder do Estado de revogar e de anular atos provém da experiência comparatista, nomeadamente, o Direito administrativo germânico, *in verbis*:

"O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados".⁵⁰

Com efeito, desde a Constituição Federal de 1988 - que, marcando o declínio do período ditatorial, deu novo *essor* às garantias democráticas - vem o STF concretizando, passo por passo, o princípio da boa-fé como proteção à confiança dos administrados e concretização da segurança jurídica mesmo diante de leis e atos administrativos inválidos e ilegais.

Em outros arestos, a confiança é invocada como "necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente",⁵¹ perfazendo a "presença de um componente de ética jurídica" nas relações de direito público. Afirma-se, mesmo, que o "*princípio da confiança* [constitui] elemento do princípio da segurança jurídica",⁵² a tal ponto que pode justificar até mesmo a eficácia de lei inconstitucional, como, por exemplo, no RE 434.222 AgRg-AM;⁵³ aceita-se a Teoria da Convalidação dos Atos Nulos,⁵⁴ formulada na célebre decisão Dame Cachet do Conseil d'État francês pela qual se logrou, ainda no séc. XIX, compreender a necessidade - por critério de justiça - de se convalidar atos e procedimentos administrativos nulos.⁵⁵ Em outras ocasiões deu-se eficácia a contrato de prestação de serviços nulo "em atenção à boa-fé do prestador de serviços".⁵⁶

12.2 O STJ tem, reiteradamente, acentuado a valência do princípio.⁵⁷ Em decisão de 2005, consignou-se, a propósito de contrato entre particular e a Administração Pública, no qual fora debatida justamente a legítima expectativa contratual, *in verbis*:

"A recorrente firmara com a Administração contrato de concessão de direito real de uso, com opção de compra do terreno, obrigando-se a começar a construir o imóvel em trinta e seis meses, *incentivada que fora pela previsão de significativa redução do preço*. Ocorre que a Administração, valendo-se de decreto editado após a assinatura do contrato administrativo, modificou unilateralmente a avença, ao alterar radicalmente o prazo para o início das obras, diminuindo-o para sessenta dias. Diante disso, a Turma, sem negar que a Administração pode promover a modificação do contrato administrativo, entendeu, lastreada em precedente, que, sem a prévia consulta ao contratante, essa alteração desvantajosa não se mostra razoável ou compatível com os postulados da ampla defesa e boa-fé, sobretudo quando a modificação acarrete prejuízo ao particular e haja a previsão de prévio acordo entre as partes em razão do instrumento utilizado. Precedente citado: RMS 1.603-TO, DJ 29.03.1993. RMS 14.924-DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.09.2005.⁵⁸

13. O acórdão por último referido é exemplar pois demonstra a complexa relação entre o poder da Administração de revogar seus próprios atos (por conveniência e oportunidade) e de anulá-los (quando ilegais) e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes que confiaram na presunção de validade e de legitimidade da ação administrativa.

14. Pois bem: esse conjunto de arestos indica o sentido dado ao princípio da boa-fé/confiança naquelas relações em que é parte a Administração Pública. Como contrapartida necessária ao maior poder da Administração e à presunção de legalidade e legitimidade que reveste seus atos,

impõe-se, concomitantemente, ao Poder Público: (i) um acréscimo nos deveres de lealdade, correção, probidade, honestidade, derivados do princípio da boa-fé objetiva, quando mantém relação obrigacional com particulares e; (ii) um aumento no dever de respeitar-se as legítimas expectativas criadas por quaisquer de seus atos (ou omissões), para assim concretizar-se o princípio maior da segurança jurídica, cuja realização torna efetivo o Estado de Direito.

14.1 É o que disse o STF, ao julgar lide apelando à boa-fé e à confiança do administrado e estabelecendo a ligação entre esses princípios e os da segurança jurídica e do Estado democrático de Direito, *in verbis*:

"Considera-se, hodiernamente, que o tema [n. proteção da boa-fé e da confiança] tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei 9.784, de 29.01.1999 (*v.g.* art. 2.º).

Em verdade, a segurança jurídica, como sub-princípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material".⁵⁹

Em comentário a essa decisão, observamos:

"A confiança dos cidadãos é *constituente* do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado do Direito".⁶⁰

14.2 É o que, em outras palavras, diz o ilustre Professor ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO em recente parecer em que examina a aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. Examinando caso em que ocorrera alteração de jurisprudência consolidada em matéria fiscal, averba:

"Ademais, considerando a reiterada jurisprudência favorável ao contribuinte, acrescentamos que uma reviravolta (*revirement*) nas decisões não deve apanhar fatos anteriores a ela e, da mesma forma, a administração pública não pode ir contra os próprios atos; seria venire contra factum proprium, quebrando a regra da boa-fé, que é obrigada a respeitar".⁶¹

15. Como conseqüência lógica desse posicionamento, tem-se que o uso das competências e poderes administrativos, uma vez harmonizados com a tutela da confiança coíbem o *venire contra factum proprium* que consiste na contraditoriedade desleal como ocorre quando alguém dá a entender que determinando contrato é lícito (ou que certa interpretação é adequada) e depois volta atrás em sua conduta, em detrimento da contraparte.

15.1 A expressão *venire contra factum proprium* traduz princípio geral que tem por antijurídico o rompimento injustificado e/ou abrupto com uma conduta que, dada as suas características aptas a induzir a confiança em sua regularidade, tenha pautado o comportamento alheio.⁶² Assim, incorre na proibição do venire quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o factum proprium) contrariado pelo segundo.⁶³

Tal instituto (conhecido nos autores de cultura espanhola pelo nome de " *Teoria de los Actos Propios*") tem como escopo tutelar "situações de confiança" e vedar o comportamento contraditório quando, pela própria conduta, despertou-se, no alter ou em terceiros, a legítima confiança de que a palavra seria mantida ou o comportamento seguido seria observado.

15.2 Constituem seus elementos, segundo abalizada doutrina,⁶⁴ a existência de uma "situação de confiança", a boa-fé, o "investimento de confiança e a imputabilidade da confiança ao responsável.

A "situação de confiança" é configurada pelo comportamento anterior do agente, isto é, o " *factum proprium*". Esse comportamento anterior, bem como o comportamento posterior (contraditório com o anterior) deve ser imputável ao agente. A boa-fé caracteriza-se pelo fato de o prejudicado ter confiado na situação criada pelo ato, declaração ou comportamento anterior. O "investimento de confiança" caracteriza-se, segundo MOTA PINTO, pelo "tipo de disposição levada a cabo", caracterizando-se, pois, por "uma confiança subjetiva, objetivamente verificada".⁶⁵

15.3 A contraditoriedade pode surgir de um ato ou de uma omissão.⁶⁶ Veda-se, com isso, não a

liberdade de agir conforme os desígnios próprios, mas sim o causar danos ao *alter* pelo fato deste ter confiado na conduta do agente titular do direito ou faculdade. ⁶⁷Daí estabelecer-se a relação entre o venire, boa-fé objetiva e o princípio da confiança, e não com a boa-fé subjetiva, pois a vedação ao venire prescinde da atenção aos aspectos psicológicos, não pressupondo, necessariamente, a errônea crença, nem a má-fé ou a negligência culpável como elementos da expectativa criada na contraparte. Esclarece FRANZ WIEACKER:

"La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino - como en la moderna teoría de la validez de la declaración de voluntad - el no separarse del valor de significación que a la propia conducta, puede serle atribuido por la otra parte". ⁶⁸

15.3.1 Nessa perspectiva, o princípio não consubstancia uma específica proibição da má-fé e da mentira, ⁶⁹mas, verdadeiramente, uma aplicação do princípio da confiança no tráfico jurídico, sendo, por isso, na Alemanha, associado ao instituto da *Verwirkung*, criação jurisprudencial que abrange várias hipóteses, mas cujo efeito geral consiste na paralisação do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade. ⁷⁰Assim sendo, mesmo que o direito subjetivo exista, segundo as regras legais, o seu exercício é vedado, paralisado, pois alegar a norma legal quando se agiu deslealmente, importa em atentar contra a boa-fé e lesar a confiança no tráfico jurídico.

15.3.2 Evidentemente, a contraditoriedade, em si mesma, não é sancionada, não havendo um dever de coerência absoluta que possa ser apreciado *in abstracto*. Como escrevi em outra ocasião, ⁷¹a coibição é a deslealdade impregnada no ato contraditório e o telos é a proteção da parte que confiou fundamentadamente na primeira conduta (o factum). Se a parte lesada tem ciência que a primeira conduta (factum proprium) pode ser contrariada, ou se há permissão legal para a contraditoriedade (como ocorre com as regras permissivas da revogação de declarações negociais, por exemplo), ou se as circunstâncias sociais de conhecimento de ambos os figurantes levam a aceitabilidade da contradição, não há deslealdade, pois não terá havido a confiança fundada da parte que alega o prejuízo. Por isso mesmo, constitui requisito inafastável - nuclear à própria existência do instituto - a contraditoriedade da conduta quando implicar deslealdade à parte que confiou na ação primitiva.

15.4 *Em suma*: A inadmissibilidade do venire é produzida objetivamente, prescindindo do grau de consciência ou conhecimento que tenha tido o agente ao atuar, ⁷²pois a proteção é a quem confiou, fundadamente, na primeira conduta, caracterizadora do factum proprium. Como observa ANA I. PIAGGI, "lo decisivo es la desarmonia objectiva con el standard de conducta concretado". ⁷³Tal desarmonia pode decorrer de palavras, atos, gestos, omissões, silêncios ou de quaisquer formas de comportamentos concludentes, bastando que tenham valor de declaração. ⁷⁴

16. O Direito Público constitui fértil campo de aplicação do *venire contra factum proprium*, uma vez que a Administração, valendo-se (por vezes de forma inadmissível) de sua posição de superioridade e da presunção de legalidade dos atos administrativos, fere direitos subjetivos dos particulares ou atropela as legítimas expectativas dos particulares que confiaram, justamente, naquela presunção de legalidade.

17. A jurisprudência brasileira tem aplicado essa emanção da confiança em variadas situações de fato.

17.1 Exemplificativamente, no REsp 47.015-SP⁷⁵ decidiu-se que a alegação, pela Administração Pública, de nulidade de título de propriedade outorgado a particular pelo Poder Público por meio de "funcionário de alto escalão" era inadmissível, caracterizando-se o cabimento da ação de indenização por desapropriação indireta, na forma de precedentes do STF e do STJ. E, na própria ementa do acórdão, invocou o STJ o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* que, para recente doutrina, tem fundamento constitucional, ⁷⁶sendo incontestável sua incidência à Administração Pública ⁷⁷ainda de forma mais intensa que nas relações interprivadas em razão das presunções de legalidade e legitimidade que revestem os atos administrativos e da inegável assimetria de poderes existente na relação Administração-administrado.

17.2 Em outro aresto do STJ foi expressamente invocada a Teoria dos Atos Próprios para impor à Administração Pública o dever de não *venire contra factum proprium*, na medida em que: "a Teoria dos Atos Próprios impede que a Administração Pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento". ⁷⁸

17.3 A mudança na interpretação de lei ou de qualquer regra jurídica, por parte da Administração, não pode vir em desfavor do particular que confiou na primitiva exegese. O TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), em exemplar julgado não acolheu a pretensão do Fisco que, em razão da mudança no entendimento jurisprudencial acerca do fato gerador de tributo, queria fazer retroagir a jurisprudência nova para fatos ocorridos no passado, em detrimento da confiança dos cidadãos que haviam confiado no entendimento até então seguido, averbando configurar-se "hipótese em que a conduta anterior do Fisco criara, no contribuinte, legítima expectativa quanto à correção do creditamento realizado".⁷⁹

18. Essas indicações doutrinárias e jurisprudenciais, apontando ao *sentido da boa-fé/confiança* já permitem que, com os olhos voltados para as "circunstâncias do caso" (isto é, para o "sistema de referências extracontratuais" configurador da ambiência na qual firmado e desenvolvido o TCC) possamos examinar a seguinte hipótese: (i) a Consulente poderia - agindo conformemente à boa-fé e investindo na confiança - sustentar que o significado da expressão "exclusividade de exposição" insere-se no âmbito de permissão alcançado pela expressão "exclusividade de merchandising", tal como se poderia deduzir dos termos (e da aprovação pelo CADE) do aditivo ao "contrato Makro"? (ii) essa foi a razão pela qual firmou com aquele conteúdo os contratos que agora são tidos pelo CADE como configuradores do descumprimento do TCC? (iii) é essa, exatamente, a "situação de confiança" frustrada?

2. AS RAZÕES DA "EXPECTATIVA DE CONFIANÇA" DEPOSITADA PELA SOUZA CRUZ E O ADIMPLEMENTO DO TCC

Todo contrato está submetido ao *princípio da unidade hermenêutica*, isso querendo significar que deve formar um todo coerente do qual se possa, razoavelmente, extrair determinando sentido apto a aclarar as suas expressões eventualmente ambíguas ou contraditórias. Se o sentido daí extraído é confirmado pela ação e/ou omissão da contraparte e pelos "elementos contextuais extracontratuais" ou "circunstâncias do caso", não age culposamente a parte que crê ser esse o sentido adequado. Os documentos que examinei expõem os elementos de fato que tornam concreta e objetivamente averiguável essas circunstâncias (A). Por outro lado, pactuada multa para o descumprimento de obrigações, também a sua fixação obedece aos postulados da razoabilidade e da proibição do excesso, pois sendo incontroverso o cumprimento da obrigação principal ajustada no TCC, não pode a Administração Pública, sob pena de violar a boa-fé, fazer incidir multa contratual como se nenhum cumprimento tivesse ocorrido (B).

2.1 A interpretação contextual da cláusula 3.2 do TCC e a caracterização da "situação de confiança"

19. Como observou excelentemente o ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. em parecer acostado aos autos a pedido da ora Consulente, a interpretação das particulares cláusulas contratuais se deve fazer em vista do conjunto e em vista da finalidade econômico-social do negócio que, na espécie é o de "manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais no mercado".⁸⁰Essa finalidade econômico-social marca o elemento teleológico que, como escreveu MIGUEL REALE "é o núcleo por excelência da exegese contratual, visto que ele surge porque as partes visaram atingir, *finalisticamente*, algo".⁸¹

19.1 Com efeito, tal qual já assinalara POTHIER em suas célebres "Doze Regras para a Interpretação Contratual", num contrato uma cláusula se interpreta pelas outras",⁸²uma vez consistir em uma "unidade normativa". Assim o magistério de REALE, *in verbis*:

"Todo o contrato deve ser visto como *uma unidade normativa resultante da concreta valoração dos fatos* feita pelos contraentes, motivo pelo qual a interpretação sistemática e teleológica se impõe de maneira irrefragável".⁸³

19.2 Essa "unidade normativa" tem uma moldura, traçada pelas circunstâncias circundantes antes, durante e após a execução contratual. Assim assegura BETTI no seu clássico *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridico* quando averba não ser a vontade das partes in abstracto que deve ser considerada, nem as palavras, isoladamente compreendidas,

"mas a declaração ou o comportamento, enquadrados na moldura das circunstâncias que lhes confere significado e valor".⁸⁴

20. Apliquemos essas lições doutrinárias ao caso:

20.1 Não há dúvidas que o TCC foi firmado com o fim principal de assegurar a *não-exclusividade*

de vendas de cigarros, sendo esse o seu objeto. A cláusula segunda estampa o que a doutrina chama de "obrigação primária" de prestação, assim compreendida aquela marca o tipo negocial, apontando à precípua finalidade do negócio e em relação à qual todas as demais obrigações e deveres assumidos se põem como secundárias, anexas, laterais ou instrumentais.⁸⁵

20.2 Também não há dúvidas de que foi assegurado à Souza Cruz a exclusividade de *merchandising*, devendo fazer inserir nos contratos de exclusividade de *merchandising* que contivessem cláusulas de exclusividade de venda em disposição contratual que indicasse, expressamente, "que a exclusividade de *merchandising* não importa a exclusividade de venda de produtos" (cláusulas 4.3, com extensão à cláusula 4.4).

20.3 Por outro lado, é certo que a empresa assumiu a obrigação de abstenção consistente em não "criar obstáculos para que os estabelecimentos (...) comercializem ou venham a comercializar, ou exponham ao consumidor, marcas concorrentes de cigarros". (grifei).

20.4 Informam os ilustres advogados da Consulente,⁸⁶ secundados em *expertise* publicitária, que a expressão "exposição" (de produto) possui ao menos dois significados: (i) exposição informativa, por exemplo, acerca da marca \perp e (ii) exposição como espécie de *merchandising*.

20.5 Documentos indicam ter a Souza Cruz diligenciado em comunicar às empresas com as quais contratara que deveria haver a comercialização de produtos de marcas concorrentes.⁸⁷

20.6 Documentos referidos na NT 09/2006 e no Parecer 160/2006 da Procuradoria, bem como no seu Despacho aprobatório pelo Senhor Procurador-Geral do CADE confirmam que a autarquia não apenas tivera ciência, mas aprovara "centenas" de contratos firmados entre a Souza Cruz e distribuidores nos quais constava similar teor.

21. Em vista desses elementos, e considerando que:

(i) a cláusula 3.2 alude expressamente aos obstáculos à exposição de "marcas concorrentes de cigarros", não empregando a palavra "produtos";

(ii) as cláusulas 4.3 e 4.4 permitem a exclusividade de *merchandising*, uma das formas sendo feita pela exposição do produto;

(iii) a exclusividade na exposição do produto, como forma de *merchandising*, não impediu a comercialização de produtos concorrentes nem a exposição informativa acerca de marcas concorrentes e nem mesmo a exposição informativa de produtos da concorrência;⁸⁸

Tem-se como perfeitamente razoável e juridicamente sustentável a interpretação (teleológica e sistemática) dada pela Consulente ao conteúdo do contrato.

22. Aliás, como está no parecer ProCADE 160/2005 ao transcrever trecho do depoimento de representantes da Souza Cruz, *in verbis*:

"A "Gramadense" afirmou, em seguida que a Souza Cruz proibiria a exposição ou venda de marcas concorrentes em lojas localizadas em aeroportos. Segundo acusação do Sr. Gilson Pontes (...) Novamente a afirmação é absolutamente falsa!!! Apesar de o ônus da prova recair sobre a própria denunciante, pela indagação que a leviandade dessa assertiva causou à Souza Cruz, trazemos em anexo fotos de estabelecimentos nos principais aeroportos do país (cf. doc. 8 A/I, fotos de estabelecimentos em aeroportos e notas fiscais da compra de Marlboro nesses estabelecimentos), onde se vê que as marcas da "Gramadense" são expostas \perp Esses estabelecimentos comercializam regularmente as marcas "Gramadense", o que se comprova pelas notas fiscais que acompanham as fotos" - *item 39 Parecer ProCADE*.

Esse trecho, ao meu juízo, não depõe contra a Souza Cruz, antes reforça a convicção de ser esse o entendimento que havia retirado do TCC e dos atos subseqüentes (contratos e despachos) que tiveram a chancela do CADE acerca da dupla dimensão técnico-semântica do termo "exposição". Assim, ao invés de pontuar a ausência de expectativa de confiança por parte da Consulente, mostra, justamente, um elemento de legitimidade da confiança depositada na regularidade de sua própria conduta acerca da interpretação conferida aos limites da proibição imposta na cláusula 3.2.

23. A legitimidade da confiança depositada pela Souza Cruz na interpretação da citada cláusula 3.2 é reforçada por dados contextuais de que dão conta os ilustres patronos da Consulente. Com efeito, referem na petição de 10 de maio passado que, após a publicação do TCC na imprensa, diversos pontos de venda (PDV) e estabelecimentos distribuidores de cigarros continuaram a

celebrar com a Consulente contratos de exclusividade de *merchandising*, incluindo-se nesses o uso do termo "exposição", tal qual modelo de contrato do Makro já em 2000. E asseguram dado da maior relevância hermenêutica:

"Nenhum PDV ou estabelecimento, conhecedor do TCC, entendeu que a celebração de tais contratos significaria ofensa ao Termo de Compromisso, mormente à sua cláusula 3.2. A Souza Cruz continuou celebrando contratos com esse teor, convicta de que o CADE não impedira tais contratos, e os pontos de venda, por seu turno, nunca duvidaram desta possibilidade, comprovando o entendimento geral (e, especialmente do CADE!) de que a cláusula 3.2 do TCC não permite transgressão à exclusividade de *merchandising*, tratando de mera exposição informativa".

Isso significa dizer que o sentido dado pela Consulente (e pelo CADE, originalmente!) à expressão "exposição", distinguindo entre "exposição informativa" e "exposição do produto como forma de *merchandising*" era um sentido consensual, isto é: de acordo com o que o mercado "habitualmente compreende", ou segundo ao que "normalmente se verifica", isto significando um sentido conforme os usos que - como antes vimos - constituem importantíssimo elemento de concreção do princípio da boa-fé.

24. Ainda mais reforça essa conclusão a atitude do CADE, indutora da confiança .

24.1 É a própria NT 09/2006 a alinhar com correção os elementos indicativos da confiança suscitada pelo CADE na consulente acerca da regularidade de sua conduta ao manter a exclusividade de exposição de produto como forma do *merchandising* que lhe fora assegurado pelo TCC de forma exclusiva. Na Nota Técnica exarada em 19.02.2002 e homologada pelo Plenário do CADE à unanimidade permitiu-se num caso específico ("caso Makro") a exclusividade na exposição de produto.

Esse caso é exemplar como *elemento de pré-compreensão*.⁸⁹ Como tal, projeta efeitos verdadeiramente condicionantes na interpretação do TCC podendo, sim, legitimamente, suscitar a confiança da consulente. É que o Contrato com o Makro, firmado em março de 1998, foi aditado em 15.09.2000 - dois dias, apenas, após a conclusão do TCC, que é de 13 de setembro - justamente para ajustá-lo ao Termo de Compromisso, como explicitam os seus consideranda.

24.2 Ora, não seria razoável que a Souza Cruz, quarenta e oito horas após ter assumido compromisso com o CADE sob a cogência de pesada multa, tenha modificado o contrato pré-existente com o Makro justamente para fraudar aquele compromisso! Menos crível ainda é que o CADE, por suas mais relevantes instâncias (inclusive a composição plenária) não se tivesse dado conta que tal contrato infringia o TCC! E não tivesse se dado conta também ao aprovar outras "centenas" de contratos com similar conteúdo!

24.3 As NT 96/2001 e 08/2002 aprovaram contratos de exclusividade de *merchandising* contendo a palavra "exposição". E os contratos AM/PM e Infraero, contendo os mesmos termos - significativos de "exposição como forma de *merchandising*" - também foram aprovados.

24.4 O próprio Senhor Procurador-Geral do CADE reconhece, no Despacho 067/2006/PG/CADE ter havido decisão do CADE " *que aprovou centenas de contratos* e ficou silente a respeito da irregularidade em alguns" (item 31), reconhecendo expressamente, no item 32, "que a decisão do CADE, em tese, poderia despertar na Souza Cruz uma razoável expectativa de que estava autorizada a impor a seus pontos de venda cláusulas de exclusividade de exposição de produtos em novos contratos, o que atenderia ao requisito subjetivo do instituto do venire contra factum proprium"(grifei).

Nos parágrafos antecedentes alinhara, contudo, o Senhor Procurador-Geral, os fatos pelos quais, no seu entendimento, a Souza Cruz não poderia ter confiado nessa autorização do CADE.

24.5 Ora, são justamente *os fatos arrolados* nesse Despacho, no Parecer 160/2006 e na NT 9/2006 que me convencem da inteira aplicabilidade do venire. Basta que os leiamos à luz da pré-compreensão formada dois dias após a assinatura do TCC por ocasião do "contrato Makro", aprovado pelo Plenário do CADE; das "centenas de contratos" posteriormente aprovados; e da distinção, essencial, entre "exposição para fins informativos (que permite a exposição da marca e pode permitir a exposição do produto em certos locais) e "exposição publicitária (que conduz, no mais das vezes, à exposição do produto em locais determinados).

26. Se utilizadas essas chaves de leitura - que me parecem, sem dúvida, apropriadas, pois conformam as "circunstâncias do caso" - restam realizadas perfeitamente as condições do

venire, inclusive tais quais arroladas no trecho de MENEZES CORDEIRO transcrito pelo Senhor Procurador-Geral. Nessas chaves de leitura encontraremos o "sistema de referência extracontratual", inclusive o sistema semântico que permitirá compreender o texto da cláusula 3.2 e das afirmativas da Souza Cruz em seu adequado contexto.

27. Observa-se assim que, embora havendo outras Notas Técnicas que questionaram o descumprimento da cláusula 3.2, alegando o inadimplemento, *já havia sido fixada, no momento imediatamente posterior à assinatura do TCC, a pré-compreensão*, tudo se resumindo, a partir daí, a debater acerca do modo de ser da conduta devida. Entre duas interpretações possíveis à citada cláusula - uma que eliminaria em grande parte a permissão de exclusividade de merchandising, outra que, garantindo-a, permitiria a exposição informativa das marcas concorrentes, não criando (dentro dos limites traçados pelo próprio TCC) "obstáculos à concorrência" - escolheu a consulente a interpretação harmônica com a totalidade do acordo.

Essa escolha não foi arbitrária ou irrazoável. Amparou-se na confiança legitimamente suscitada em razão dos atos e condutas do CADE acima mencionados.

27.1 Tanto assim é que a Souza Cruz não "escondeu" ao CADE que era essa a interpretação que conferira à cláusula 3.2. Não apenas explicitou nas cartas aos lojistas que o *merchandising* não deveria impedir a comercialização de outras marcas - e, inclusive, produtos - quanto disse em depoimento prestado ao CADE:

"Hoje, todos os vencedores da Souza Cruz conhecem com clareza e detalhe o conteúdo do TCC e, mais importante do que isso, os pontos de venda, locadores de espaço publicitário para a Souza Cruz, estão *cientes, pois foram exaustivamente informados, de sua liberdade em comercializar marcas concorrentes e em expô-las, em caráter informativo (não publicitário), a seus consumidores.*" Fls. 11.897 - grifos não existentes no original ⁹⁰

27.2 Mais ainda: o próprio parecer ProCADE 160 transcreve depoimento da consulente que estampa a linha de continuidade e coerência da interpretação que dera à cláusula 3.2 em razão da ambigüidade técnica do termo "exposição", tudo em harmonia com a pré-compreensão derivada da aprovação, pelo CADE, do contrato Makro. Veja-se o trecho:

"Ficou claro, ademais que a "Gramadense" tem desvirtuado e utilizado o referido TCC como instrumento de pressão sobre os varejistas, além de aproveitar a ambigüidade do termo "exposição" para transformar a exposição do seu produto em *merchandising*, em evidente ardil para aumentar a onerosidade do TCC" Fls. 11.898.

27.3 Não há "contradição" (como se poderia inferir do item 60 da NT 9/2006), mas efetiva congruência no comportamento da Consulente em (i) afirmar que interpretara desse modo o termo "exposição" referido na cláusula 3.2 e (ii) argumentar com o "caso Makro": aí se casam o entendimento subjetivo da empresa com a expectativa objetivamente criada pela autarquia federal ao confirmar, por seus atos, aquela primeira interpretação!

28. Não parece haver suporte nos elementos fáticos, portanto, as conclusões segundo as quais a conduta da Souza Cruz - segundo revelam as suas manifestações perante o CADE - se afastaria do princípio da boa-fé. Se foi pactuada a exclusividade na exposição de produtos é porque tinha elementos subjetivos e objetivos para acreditar ser essa conduta compatível com a permissão de exclusividade de *merchandising* que lhe fora assegurada. Diante da ambigüidade técnico-publicitária do termo "exposição" e da conduta do CADE, seja no "caso Makro", seja na aprovação de outras "centenas de contratos" com teor similar, a SOUZA CRUZ tinha elementos razoáveis para crer que essa era a forma de conjugar os ditames da cláusula 3.2 com os da cláusula 4.3 e 4.4, em nada desviando essa interpretação a finalidade econômico-social do negócio estampada na cláusula 2.

29. Sinale-se, demais disso, que é o próprio Parecer ProCADE 160/2006 a reconhecer, com todas as letras a existência de outros contratos - e não apenas o contrato com a empresa Makro, que, "aprovados pelo Plenário", continham "cláusulas de exclusividade de exposição do produto, o que poderia gerar na Souza Cruz a idéia de que a mesma estaria autorizada celebrar contratos com o mesmo conteúdo (...)" ⁹¹Conquanto tenha o Senhor Procurador considerado ser "diferente" a "verdade dos autos, pelo comportamento da empresa", ⁹²vimos que, pelas próprias passagens que utilizou para sustentar a "diferença" de tal comportamento, confirma-se, ao contrário, objetivamente, a *legitimidade da expectativa* em que, em todos os contratos firmados com base no mesmo TCC, o CADE mantivesse o entendimento que exarara para alguns.

30. Ao mesmo tempo, confirma-se a incursão, pelo CADE, no vedado *venire contra factum proprium* que, atingindo a legítima confiança, reflete-se no próprio princípio da segurança jurídica, em sua acepção material.

30.1 Relembre-se o que acima referi acerca das características do *venire*: a sua inadmissibilidade é produzida objetivamente, prescindindo do grau de consciência ou conhecimento que tenha tido o agente ao atuar, pois a proteção é a quem confiou, fundadamente, na primeira conduta, caracterizadora do *factum proprium*. Não se está, pois, a dizer que a ação do CADE foi maliciosa, mas, apenas, que foi contraditória, e deslealmente contraditória, a deslealdade estando marcada pela contraposição entre a situação de confiança criada pelo CADE em que a primitiva interpretação da cláusula 3.2 não tinha máculas, podendo vigorar para todos os contratos, e o "voltar atrás" nessa interpretação, pelo mesmo CADE, acompanhando de sanções à Consulente.

30.2 Estão realizados, pois, no meu modo de ver, todos os requisitos para a aplicação da regra *nemo potest venire contra factum proprium*, a saber:

(i) a existência de um comportamento anterior do agente (o *factum proprium* a que se refere a expressão) que foi suscetível de fundar uma

(ii) *situação objetiva de confiança* isto é: que a interpretação dada à cláusula 3.2 que está subjacente ao aditivo contratual com a empresa Makro e embasa outras "centenas de contratos", uma vez conhecida e não contestada pelo CADE, era a correta, devendo valer para todos os casos, e não só para alguns. Está também comprovada (inclusive pelo reconhecimento feito pela ProCADE).

(iii) a *imputabilidade da confiança* ao CADE, pelo nexos entre a "situação objetiva de confiança" e a ação e a omissão do CADE (ação de aprovar certos contratos; omissão em desaprovar aqueles mesmos contratos, acaso entendesse que eram incompatíveis com a cláusula 3.2 do TCC). Por fim, comprovou-se a razoabilidade do (iv) "investimento de confiança" depositado pela Souza Cruz seja porque suas declarações nos autos têm por base a distinção técnico-semântica entre os dois modos de "exposição", seja porque não havia porque desconfiar que o CADE teria agido, ao aprovar as "centenas de contratos" de que fala o Senhor Procurador, apenas por "incúria" (e, se o fosse, também assim não estaria eximida a responsabilidade pela confiança suscitada pela autarquia federal).

Em face das cartas dirigidas pela Souza Cruz aos distribuidores, referindo que a exclusividade de *merchandising* a si concedida não deveria impedir nem a comercialização nem a exposição (informativa) das marcas (e até dos produtos!) concorrentes, atesta, ao meu juízo, o cumprimento dos deveres anexos, a que se obrigou no TCC e a conduta segundo a boa-fé, informando com lealdade aos varejistas os limites a que estava adstrita.

31. Assim sendo, pelos elementos de fato que me foram alcançados, e com base nas jurídicas razões antes expostas, posso concluir ter tido a Consulente razões para, legitimamente, confiar em que a interpretação que dera à cláusula 3.2 fora a mais adequada. A ação administrativa, ao modificar a interpretação dada à cláusula, e imputar o ônus dessa mudança à Consulente é que é violadora da confiança (como legítima expectativa) e dos deveres de lealdade e consideração impostos pelo princípio da boa-fé.

32. Acresce que a Administração não apenas mudou o seu entendimento, mas pretende aplicar à Consulente a *integralidade da multa contratual* ajustada para o caso de inadimplemento. Devemos, pois, examinar ainda esse aspecto.

2.2 Da aplicação da multa contratual - Resposta aos quesitos propostos - Síntese do parecer

33. Na NT 09/2005 observa-se "Quadro Resumo do Cumprimento do TCC" elaborado pela Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE (CAD/CADE). Esse quadro distingue entre o cumprimento das "obrigações principais positivas" (Cláusulas 4.1 a 4.5) e "acessórias de informação ao CADE" (Cláusulas 4.6, 6.1 a 6.3), bem como a "obrigação principal negativa" da Cláusula 3.3, atestando que tais obrigações foram integralmente cumpridas.

33.1 Quanto às demais "obrigações principais negativas", concluiu a CAD/CADE, por um lado, pelo "cumprimento incerto" da cessação da prática de "exclusividade de venda" prevista nas Cláusulas 3.1 e 3.4 do TCC, e, por outro, pelo "descumprimento" da Cláusula 3.2 do TCC.

34. É esse "descumprimento" que suscitou a recomendação, na mesma NT 09/2005, das

seguintes penalidades contra a compromissária:

(i) a aplicação de multa no valor de 900.000 (novecentas mil) UFIR, especificamente pelo descumprimento da Cláusula 3.2 do TCC; e

(ii) a reabertura do processo administrativo 08012.003303/98-25, anteriormente suspenso por força da celebração do TCC (v. art. 53, caput e § 2.º, da Lei 8.884/1994 c/c Cláusula 7.ª do TCC).

35. Já o Parecer ProCADE 160/2006 e o Despacho que o aprovou opinam pela aplicação da multa prevista no item 8.1 do contrato, no valor de 10.000 (dez mil) Unidades Fiscais de Referência (itens 67-77) perfazendo o total de 1.095 dias; pela reabertura e julgamento do processo administrativo (item 85).

35.1 O cerne das razões da Procuradoria para recomendar a aplicação da multa está nos itens 65 e 66, *in verbis*:

"65. Verificado que houve o descumprimento do contrato, urge apontar-se qual a sanção devida para o caso.

68. Como já observado, o TCC só pode ser considerado cumprido quando *todas as obrigações forem satisfeitas*, o que não foi o caso presente".(grifos originais).

36. É bem verdade que o adimplemento é a prestação satisfativa pela qual se cumpre, ponto por ponto, todas as obrigações assumidas ("princípio da pontualidade" ou da "exatidão").⁹³ Porém é também verdade que, em atenção ao princípio da boa-fé, admite-se considerar determinado ajuste *substancialmente cumprido* quando apenas um pequeno ponto faltou para se chegar ao adimplemento total.

É a chamada Teoria do Adimplemento Substancial (*Substantial Performance*), de plena aceitação doutrinária⁹⁴ e jurisprudencial.⁹⁵

36.1 A *substantial performance*, ensina COUTO E SILVA, constitui o "adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão-somente o pedido de indenização",⁹⁶ suposta, naturalmente, a execução. Isto significa dizer que o essencial da prestação foi cumprido,⁹⁷ sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor.

Admite-se, assim, com base no princípio da boa-fé,⁹⁸ em sua funcionalidade limitativa do exercício de direitos subjetivos, a eficácia do cumprimento mediante prestação parcial, desde que a finalidade econômico-social a que estava predisposto o negócio tenha sido substancialmente atingida.

37. A mesma *ratio* aí subjacente informa a regra hoje exposta no art. 413 do CC, referente à cláusula penal, segundo o qual, *in verbis*:

"Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

38. Informa, igualmente, a orientação legal,⁹⁹ jurisprudencial e doutrinária que conforta os poderes do julgador para reduzir o valor das *astreintes*, fixadas em título judicial ou extrajudicial,¹⁰⁰ quando excessivo, considerada a extensão do inadimplemento, assegurando ARAKEN DE ASSIS:

"Evidentemente, ao juiz da execução é dado reduzir o valor da pena se excessivo, compreendendo o valor diário e seu montante geral, após o início de sua fluência, conforme a nova disposição dos parágrafos únicos dos arts. 644 e 645[CPC (LGL\1973\5)]".¹⁰¹

E ainda:

"Conquanto indicado algum valor no título, o juiz poderá ignorá-lo, e, se for o caso, reduzi-lo e aumentá-lo, na hipótese de título judicial (art. 644, *caput*, [CPC (LGL\1973\5)]); e apenas reduzi-lo, no caso de título extrajudicial (art. 645, parágrafo único [CPC (LGL\1973\5)]".¹⁰²

39. É que em tema de multas contratuais (cláusulas penais ou multas, como a *astreinte*), conquanto a diversidade funcional e finalística que possam guardar entre si, a boa-fé leva a considerar dois topoi da maior relevância, qual seja, o da razoabilidade (como equivalência) e o

da proporcionalidade (como vedação ao excesso). ¹⁰³ Isso para que instrumentos úteis e em si mesmos legítimos, como o são as cláusulas penais e as multas contratuais em geral, não se transformem em instrumento de ilegítimo exercício do maior poder contratual, ou via para o enriquecimento injustificado, ou para a consagração da injustiça contratual.

40. Por isso entendemos que, seja no caso de adimplemento substancial, seja no de adimplemento insatisfatório, ¹⁰⁴ impõe-se, em atenção à boa-fé, a redução da multa que será excessiva se não considerar o adimplemento (parcial, ou da obrigação primária de prestação) efetivamente ocorrido.

41. Em conclusão: mesmo que tivesse havido descumprimento da cláusula 3. 2 *imputável* à Souza Cruz (e não o houve; ou, ao menos, não foi imputável à consulente que se apoiou em razões objetivamente sindicáveis para adotar como conduta devida a conduta efetivamente seguida), mesmo assim não poderia haver a aplicação da multa na sua integralidade.

RESPOSTA AOS QUESITOS PROPOSTOS

42. Posso, assim, responder, sinteticamente, aos quesitos propostos, como segue:

1. Quais são os "elementos caracterizadores" do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro?

R. Os princípios da boa-fé objetiva guardam, no Direito brasileiro, relação de escalonamento por conexão e por autonomia, isto é: não se subsumem, mas podem atuar coligadamente. A boa-fé objetiva indica, primariamente, o *civiliter agere* traduzido na conduta reta, honesta, proba e leal.

¹⁰⁵ O princípio da confiança denota, primariamente, o dever de atender às legítimas expectativas criadas pela própria conduta. ¹⁰⁶ Por vezes as esferas de um e outro princípio estarão autonomizadas ¹⁰⁷ mas, por outras, haverá eficácia reflexa de um no outro, ¹⁰⁸ pois integra a boa-fé, numa relação obrigacional, não fraudar as expectativas legítimas suscitadas pela própria conduta, ou não suscitar, irresponsavelmente, tais expectativas. No caso específico da Administração Pública, vigora uma particular especificação da boa-fé em que os aspectos da "confiança legítima" são preponderantes, o que se explica pela assimetria estrutural de posições e poderes jurídicos na relação Administração-administrado e nas presunções de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos. ¹⁰⁹

2. Na espécie, o "caso Makro", o contrato com a AM/PM (antecedente ao próprio TCC), com a Infraero e as centenas de contratos de análogo teor, aprovados pelo CADE, bem como a aceitação, pela autarquia, da interpretação conferida à expressão "exclusividade de exposição" como análoga à expressão "exclusividade de *merchandising*" como se infere das NT 96/2001; 08/2002 e o Despacho 43/2002 seriam suficientes para ensejar a "situação de confiança" apta a invocar a proibição contida no *venire contra factum proprium*?

R. Sim. Constituem "elementos" do *venire contra factum proprium* a existência de uma situação de confiança, a boa-fé, o investimento de confiança e a imputabilidade da confiança ao responsável. ¹¹⁰ O objetivo é a proteção de expectativas de um comportamento conseqüente. No caso, a situação de confiança dirigiu-se à permanência de uma atitude (interpretação do sentido da expressão "exposição" para os efeitos da cláusula 3.2 do TCC) assumida num caso paradigmático (Makro), e paradigmático porque formador da pré-compreensão. ¹¹¹ A interpretação acolhida nesse caso, ademais, foi repetida em outras "centenas de contratos" ¹¹² aprovados pelo CADE. Todos esses fatores se mostram aptos, razoavelmente, para levar a Souza Cruz a acreditar ser essa uma interpretação idônea.

3. Na espécie, o voltar atrás da Administração, notadamente na NT 09/2005 e nos atos que a aprovaram, bem como no Parecer ProCADE 160/2006 caracterizaria o *venire contra factum proprium*?

R. Sim, conforme a resposta *supra*. O "voltar atrás" na interpretação conferida pelo CADE ao significado e alcance da expressão "exposição" - cobrando o que não cobrara antes, ao aprovar os contratos que continham a cláusula de exclusividade de exposição como integrante da permissão de *merchandising* - caracteriza o *revirement* apontado pela doutrina, ¹¹³ isto é, o segundo fato que contradiz o *factum proprium* e marca a contraditoriedade desleal. ¹¹⁴

4. Diante do cumprimento da obrigação principal, de modo integral e indiscutível, justifica-se a aplicação da multa contratual em sua totalidade?

R. Não. Como demonstrado acima, o ordenamento jurídico incorpora, nessa matéria, os postulados normativos da razoabilidade (como equivalência) e da proporcionalidade (como proibição de excesso) ¹¹⁵que ingressam nas relações obrigacionais por via do princípio da boa-fé como regra de probidade. Institutos diversos, como o adimplemento substancial, a cláusula penal e as *astreintes*, revelam uma mesma e idêntica ratio, qual seja, a de não permitir (pela adstrição àqueles postulados) que institutos úteis e legítimos se transformem em instrumentos de ilegítimo exercício de posição jurídica, consagrando a injustiça contratual. ¹¹⁶

É o meu parecer.

De Porto Alegre para Brasília, 22 de maio de 2006.

Judith Martins-Costa

SÍNTESE DO PARECER

A Consulta apresenta os seguintes quesitos:

(1) Quais são os "elementos caracterizadores" do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro?

(2). Na espécie, o "caso Makro", o contrato com a Rede AM/PM (antecedente ao próprio TCC), o contrato com a Infraero e as centenas de contratos de análogo teor, aprovados pelo CADE, bem como a aceitação, pela autarquia, da interpretação conferida à expressão "exclusividade de exposição" como análoga à expressão "exclusividade de *merchandising*" como se infere das Notas Técnicas 96/2001; 08/2002 e o Despacho 43/2002 seriam suficientes para ensejar a "situação de confiança" apta a invocar a proibição contida no venire contra factum proprium?

(3) Na espécie, o voltar atrás da Administração, notadamente na NT 09/2005 e nos atos que a aprovaram, bem como no Parecer ProCADE 160/2006 caracterizaria o *venire contra factum proprium*?

(4) Diante do cumprimento da obrigação principal, de modo integral e indiscutível, justifica-se a aplicação da multa contratual em sua totalidade?

Estrutura e conteúdo do parecer

a) Após arrolar a documentação que me foi alcançada passei a examinar o tema, distinguindo, primeiramente, entre a boa-fé subjetiva e o princípio da boa-fé objetiva para, subsequentemente, marcar os pontos de distinção e de aproximação entre a boa-fé objetiva e o princípio da confiança legítima (item 1.1).

A conclusão desse primeiro item é que proteção da confiança - primeiramente revelada pela Sociologia e hoje inclusive analisada pela Nova Economia Institucional (NEI) como um dos seus mais importantes ramos - cabe ao Direito como "instituição social". Competindo às instituições nortear as *relações de cooperação entre os indivíduos* e reduzir a chamada "insegurança estratégica", tem-se que: (i) quanto maior o grau dessa insegurança estratégica, menor será a cooperação entre os indivíduos; e, inversamente, (ii) quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento. Daí que:

a.1) Cabe às instituições, portanto, - no que se incluem naturalmente os canais reconhecidos de expressão do Direito, como a jurisprudência e a doutrina - não apenas a tarefa de reduzir a insegurança, mas, basicamente, a de *promover a confiança*.

a.2) No direito das obrigações essa tarefa promotora da confiança é assegurada por um conjunto de princípios e regras, cada um deles atuando com distintos perfis funcionais. Ao princípio da boa-fé cabe, primariamente, informar o modo pelo qual é devida a cooperação intersubjetiva (marca típica das relações obrigacionais) Já o princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com a *proteção das expectativas* e como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos.

a.3) Porém, conquanto a atuação funcional distinta, ambos os princípios se coligam no seguinte ponto: é indiscutível que nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas que a boa-fé traduz se insere a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no alter. Isso se verifica principalmente quando entre os sujeitos da relação há uma assimetria de poder (jurídico ou fático) tendo, pois, exponencial importância quando em um dos pólos está a

Administração Pública com a presunção de legalidade e de legitimidade a revestir os seus atos administrativos.

b) No segundo item (1.2) da primeira parte examinei uma atuação específica da boa-fé e da confiança, a nota da especificidade sendo dada pelo fato de num dos pólos da relação estar pessoa integrante da Administração Pública. Após demorado exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de alguns Tribunais de Justiça estaduais e da doutrina, nacional e estrangeira, cheguei à *segunda conclusão*, como segue:

b.1) Na relação entre particulares e a Administração Pública a *conjugação* entre os princípios da boa-fé e confiança opera em elevado grau, em razão da (i) assimetria de poderes entre os partícipes da relação, marcadas por intrínseca verticalidade e, (ii) da presunção de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos, ambos elementos hábeis à geração de confiança. À "lealdade e cooperação" como notas características do conceito de boa-fé operante nas relações interprivadas, agregam-se com força exponencial os elementos "crença e confiança" como elementos da segurança jurídica.

b.2) Assim sendo, no Direito Público se amalgamam (ora sob a denominação "boa-fé", ora sob o nome "confiança") os deveres positivos de lealdade e honestidade e os deveres negativos de não frustrar (ou de não suscitar levianamente) as legítimas expectativas do administrado.

b.3) Se pode assim afirmar que o que vigora nessa seara é uma particular especificação da boa-fé, em que os aspectos da confiança legítima são dominantes.

b.4) Por essa razão, não são raros os casos em que a jurisprudência decide acerca do *venire contra factum proprium* (uma das projeções do princípio da confiança) em relações em que é parte a Administração Pública. Examinei os elementos do instituto, a saber, a existência de uma "situação de confiança", a boa-fé, o "investimento de confiança" e a imputabilidade da confiança ao responsável.

c) Bem delineados os aspectos teóricos passei a examinar, em concreto, os fatos e argumentos desdobrados na causa (2).

c.1) Para tanto, meu pressuposto foi o de que o documento firmado em setembro de 2000 entre a consulente e o CADE conforma um acordo, caracterizado (como todos os pactos) (i) estruturalmente pela presença de dois ou mais contraentes ligados por uma *expectativa de confiança*, legitimamente amparada em dados fáticos e jurídicos decorrentes de um ato comunicativo, no sentido de que tal arranjo de interesses deve ser cumprido segundo sua função e sua finalidade concreta; e (ii) pela eficácia geradora da vinculabilidade das partes à manutenção do que pactuaram.

c.1.1) Considerarei que os acordos (pactos, contratos) jamais podem ser compreendidos de forma atomística e desvinculada de circunstâncias concretas, uma vez emergirem *no seio de uma teia de expectativas* mais ou menos institucionalizadas, que a doutrina chama de "sistemas de referência (extracontratuais) do programa contratualmente estabelecido". Entre os elementos desses "sistemas de referências extracontratuais" podem estar (entre outros elementos), afirmações produzidas ou suscitadas por um dos contraentes; pressuposições ligadas às circunstâncias ambientais do negócio; os usos do local da contratação; a conduta pré-contratual das partes, a função econômico-social do negócio etc. É por essa razão que o Código Civil (LGL\2002\400) adota como pressuposto fático-normativo da interpretação dos contratos "as circunstâncias do caso", rejeitando a possibilidade de pensar-se o contrato como uma operação jurídica e econômica bastante em si mesma, atinente, exclusivamente, a dois pólos contratantes e desligada de um contexto.

c.2) Com base no sentido adotado em nossos tribunais e em nossa doutrina para os princípios da boa-fé e da legítima confiança e com os olhos voltados para as "circunstâncias do caso" (isto é, para o "sistema de referências extracontratuais" configurador da ambiência na qual firmado e desenvolvido o TCC) passei a examinar a seguinte hipótese: (i) a Souza Cruz *poderia* - agindo conformemente à boa-fé e investindo na confiança - sustentar que o significado da expressão "exclusividade de exposição" insere-se no âmbito de permissão alcançado pela expressão "exclusividade de merchandising", tal como se poderia deduzir dos termos (e da aprovação pelo CADE) do aditivo ao "contrato Makro"? (ii) essa foi a razão pela qual firmou com aquele conteúdo os contratos que agora são tidos pelo CADE como configuradores do descumprimento do TCC? (iii) é essa, exatamente, a "situação de confiança" frustrada?

c.3) Os documentos me fizeram chegar à conclusão que havia, no caso, marcante elemento de

"pré-compreensão", isto é, fator condicionante do *processo de compreensão* de um determinado problema jurídico. Esse fator de pré-compreensão é o contrato com a empresa Makro. Firmado em março de 1998, foi aditado em 15.09.2000 - dois dias, apenas, após a conclusão do TCC, que é de 13 de setembro - justamente para ajustá-lo ao Termo de Compromisso, como explicitam os seus consideranda.

c.3.1) Considerarei que não seria razoável que a Souza Cruz, quarenta e oito horas após ter assumido compromisso com o CADE sob a cogência de pesada multa, tenha modificado o contrato pré-existente com o Makro justamente para fraudar aquele compromisso. Menos crível ainda é que o CADE, por suas mais relevantes instâncias (inclusive a composição plenária) não se tivesse dado conta que tal contrato infringia o TCC. E não tivesse se dado conta também ao aprovar outras "centenas" de contratos com similar conteúdo!

Assim, conclui que esse contrato, *mais* a aprovação dada pelo CADE suscitaram na Souza Cruz "situação de confiança legítima". Lembre-se que é a própria NT 09/2006 a alinhar com correção os elementos indicativos da confiança suscitada pelo CADE na consulente acerca da regularidade de sua conduta ao manter a exclusividade de exposição de produto como forma do merchandising que lhe fora assegurado pelo TCC de forma exclusiva. Na Nota Técnica exarada em 19.02.2002 e homologada pelo Plenário do CADE à unanimidade permitiu-se justamente a exclusividade na exposição de produto.

c.3.2) E os contratos AM/PM e Infraero, contendo os mesmos termos - significativos de "exposição como forma de *merchandising*" - também foram aprovados, sendo que o contrato AM/PM é anterior ao próprio TCC. Assim, tudo indica que a "ambigüidade" da expressão "exposição" que tem a Souza Cruz alegado ao longo do processo, era mesmo consensual, segundo os usos (isto é: o que regularmente acontece) naquele setor.

c.3.3) A legitimidade da confiança depositada pela Souza Cruz na interpretação da citada cláusula 3.2 é reforçada por dados contextuais de que dão conta os ilustres patronos da consulente na petição de 10 de maio passado ao referirem que, após a publicação do TCC na imprensa, diversos pontos de venda (PDVs) e estabelecimentos distribuidores de cigarros continuaram a celebrar com a consulente contratos de exclusividade de *merchandising*, incluindo-se nesses o uso do termo "exposição", tal qual modelo de contrato do Makro já em 2000. O dado de relevância hermenêutica está em que o sentido dado pela consulente (e pelo CADE, originalmente!) à expressão "exposição", distinguindo entre "exposição informativa" e "exposição do produto como forma de merchandising" era um sentido consensual, isto é: de acordo com o que o mercado "habitualmente compreende", ou segundo ao que "normalmente se verifica", isto significando um sentido conforme os usos que - como antes vimos - constituem importantíssimo elemento de concreção do princípio da boa-fé.

c.4) Considerando ser objetivo da vedação ao *venire contra factum proprium* a proteção de expectativas de um comportamento conseqüente entendi que, no caso, a situação de confiança dirigiu-se à permanência de uma atitude (interpretação do sentido da expressão "exposição" para os efeitos da cláusula 3.2 do TCC) assumida num caso paradigmático (Makro), e paradigmático porque formador da pré-compreensão.¹¹⁷ A interpretação acolhida nesse caso, ademais, foi repetida em outras "centenas de contratos"¹¹⁸ aprovados pelo CADE. Todos esses fatores se mostram aptos, razoavelmente, para levar a Souza Cruz a acreditar ser essa uma interpretação idônea.

c.5) A *quarta conclusão* a que cheguei foi, portanto, que a atitude do CADE foi indutora da confiança, havendo elementos objetivos e racionalmente constatáveis para justificar o "investimento de confiança" por parte da Souza Cruz, que - assinale-se - cumpriu com os deveres de boa-fé, ao informar aos distribuidores de cigarros as limitações a que estava adstrita.

c.5.1) Com efeito, o "voltar atrás" na interpretação conferida pelo CADE ao significado e alcance da expressão "exposição" - cobrando o que não cobrara antes, ao aprovar os contratos que continham a cláusula de exclusividade de exposição como integrante da permissão de *merchandising* - caracteriza a contraditoriedade, isto é, o segundo fato que contradiz o "factum proprium" e marca a contraditoriedade desleal.

c. 6) Também examinei os princípios da hermenêutica contratual, aplicando-os aos caso. Em face do princípio da unidade (ou coerência) hermenêutica, já sinalizado no parecer do ilustre ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, e considerando que:

(i) a cláusula 3.2 alude expressamente aos obstáculos à exposição de " *marcas* concorrentes de cigarros", não empregando a palavra "produtos";

(ii) as cláusulas 4.3 e 4.4 permitem a exclusividade de *merchandising*, uma das formas sendo feita pela exposição do produto;

(iii) a exclusividade na exposição do produto, como forma de *merchandising*, não impediu a comercialização de produtos concorrentes nem a exposição informativa acerca de marcas concorrentes e nem mesmo a exposição informativa de produtos da concorrência;

Concluí ser perfeitamente razoável e juridicamente sustentável a interpretação (teleológica e sistemática) dada pela consulente ao conteúdo do contrato. Assim, não se configurou, no meu modo de ver, o alegado inadimplemento, seja porque a interpretação é de per si razoável, seja porque a Souza Cruz teve razões para acreditar (" *legítima confiança*") ser aquela uma interpretação aceita pelo CADE que agiu, no caso, como indutor da confiança e por isso não pode, agora, venire contra factum proprium.

d) Por fim, detive-me quanto à multa contratual e lembrei a teoria do adimplemento substancial. Examinando os princípios e regras legais sobre *astreintes* e institutos afins, como a cláusula penal, pude observar que o ordenamento jurídico traça lindes à fixação do seu valor, no caso de ter havido cumprimento parcial. Esses limites derivam dos postulados da razoabilidade (como equivalência) e da proporcionalidade (como proibição de excesso) impedindo que institutos úteis e legítimos se transformem em instrumento de ilegítimo exercício de posição jurídica, consagrando a injustiça contratual.

(1) *In verbis*: "4.1. Rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de *merchandising*, ou em quaisquer outros acordos que contenham tais cláusulas, celebrados com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da assinatura deste termo . O disposto nesta subcláusula não se aplica aos contratos de exclusividade de venda ou as cláusulas de exclusividade acessórias aos contratos de *merchandising* desde que estejam presentes, cumulativamente, as seguintes características (...)"

(2) Como segue: (i) Ofício CAD/CADE 732/2003; (ii) Ofício CAD/CADE 937/2003; (iii) Ofício CAD/CADE 2078/2003; (iv) Ofício CAD/CADE 2174/2003; (v) Ofício CAD/CADE 2187/2003; (vi) Ofício CAD/CADE 2188/2003; (vii) Ofício CAD/CADE 2226/2003; (viii) Ofício CAD/CADE 2813/2003; (ix) Diligências CAD/CADE em vistoria a pontos de venda localizados em *Shopping Centers*, redes AM/PM e aeroportos do Brasil (Infraero); (x) Nota Técnica CAD/CADE 23/2004 concluindo pela necessidade de maior instrução para análise do cumprimento do TCC; (xi) Ofício CAD/CADE 1650/2004 encaminhado à Souza Cruz solicitando a apresentação de todos os contratos de fornecimento e/ou *merchandising* celebrados entre a Souza Cruz e os pontos de venda vistoriados pela CAD/CADE para análise do cumprimento da cláusula 3.1 do TCC, isto é, abster-se de celebrar contratos de exclusividade de venda; (xii) Ofício CAD/CADE 2322/2004 encaminhado à Souza Cruz solicitando apresentação dos valores anuais de vendas (volume/valor), desde o ano de 2000, para os principais aeroportos do Brasil, objetivando aferir a ocorrência de dano concorrencial em razão do contrato de exclusividade de *merchandising* celebrado com a Infraero, objeto da denúncia da "Gramadense" em março de 2003; (xiii) Ofício CAD/CADE 2323/2004 encaminhado à "Gramadense" solicitando apresentação dos valores anuais de vendas (volume/valor), desde o ano de 2000, para os principais aeroportos do Brasil, também objetivando averiguar a ocorrência de dano concorrencial em razão do contrato de exclusividade de *merchandising* celebrado entre a Souza Cruz e a Infraero;

(3) V.g a NT 89/2004 da CAD/CADE, acolhida pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu Despacho 0012/2005.

(4) *In verbis*: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; "Art. 187. 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"; "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

- (5) Por todos, BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. T. I onde expõe a sua conhecida distinção entre as relações de direito real e as relações de direito obrigacional, as primeiras destinadas a resolver um problema de *atribuição* de bens, enquanto nas relações de direito obrigacional, resolve-se um problema de *cooperação ou de reparação* nas hipóteses de responsabilidade civil.
- (6) Permito-me reproduzir o que escrevi em Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). *A reconstrução do direito privado*. - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 612.
- (7) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 410 e ss.
- (8) Explica Menezes Cordeiro: "Se em toda a ordem jurídica a cooperação é pressuposto abstrato e geral, no Direito das Obrigações, centrado na noção de prestação como *conduta humana devida*, a cooperação é nuclear, pois através da relação obrigacional "o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da conduta doutra pessoa" de modo que a "colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional - a colaboração intersubjetiva - é uma constante intrínseca das situações"(MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 142 e ss).
- (9) MENEZES CORDEIRO, A. M. Op. cit., p. 143.
- (10) MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. T. I. Trad. espanhola de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 74-75, grifo do autor.
- (11) Para a trajetória do princípio no Direito brasileiro anteriormente à vigência do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, v. COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 58 e ss.; MOREIRA ALVES, José Carlos. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. *Revista Roma e América*, v. 7, Roma, 1999, p. 194; e os nossos: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 287-296 e 411 e ss. Ainda: A boa-fé como modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro). *Revista Roma e America - diritto romano comune*, Roma: Mucchi Editore, 2002, pp. 71-98, ora também em *Diretrizes fundamentais do novo Código Civil* (LGL\2002\400). São Paulo: Saraiva, 2002 e *Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400)- do direito das obrigações - do adimplemento e da extinção das obrigações . 2. ed. FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp 51 et seq.
- (12) Indicações de jurisprudência em *Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400) ...cit., ibidem.
- (13) Por todos, LUHMANN. Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.
- (14) Cf. VOIGT, Stefan. *Institutionenökonomik*. München: Wilhelm Fink, 2002, pp. 32-33. Por "insegurança estratégica" compreende-se a posição que se encontra alguém quando o resultado da sua conduta não depende apenas da sua ação, mas também da ação de pelo menos um outro ator. Esta, sublinhe-se, é posta, pelos adeptos da NEI, como base geral do desenvolvimento econômico.
- (15) REALE, Miguel. Invariantes axiológicas .*Revista Brasileira de Filosofia*, v. XXXIX, n. 167, São Paulo, p. 232, ao acentuar que é da essência do valor a sua realizabilidade.
- (16) AUBRY, Hélène. Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente legitime. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2. Paris, 2005, p. 628.
- (17) CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 31, em tradução livre.

(18) AUBRY, Hélène. Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente legitime. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2. Paris, 2005, p. 634.

(19) Designações para variados pontos de vista que, sobretudo no Direito alemão vieram, a partir da obra de JHERING, já nos finais dos Oitocentos, atender à necessidade de proteção dos interesses do declaratório e também de terceiros.

(20) MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26.

(21) V. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14: "Constitui a teoria da confiança abrandamento da *Erklärungstheorie*, que concede primazia da declaração sobre a vontade, sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade. (...) Protege-se, desse modo, oferecendo-se maior segurança ao comércio jurídico, ao destinatário da relação jurídica, mas sob outros fundamentos que não os da *Erklärungstheorie*". Essa é hoje a Teoria que embasa o Direito brasileiro. Ao modificar o teor do art. 85 do Código de 1916 e introduzir no art. 112, que lhe corresponde, a expressão "intenção nelas consubstanciada" (referindo-se às declarações de vontade negocial) o Código de 2002 não acolheu nem a Teoria da Vontade nem a Teoria da Declaração, mas a Teoria da Confiança que decorre de um amoldamento conferido à Teoria da Declaração. No mesmo sentido é também o entendimento de LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. CAMBLER, Everado. (coord.) V. 1, Parte Geral. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 231 e ss. Diversamente da Teoria da Declaração, polarizada por um princípio objetivo e generalizante, como anota MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 27

(22) Por todos, MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26 e ss. Como sinaliza MENEZES CORDEIRO, o fundamento do reconhecimento e da tutela do negócio jurídico não pode ser visto apenas na autonomia privada. Fosse esse o caso, observa, o "negócio" cessaria logo que o declarante mudasse de opinião. Por isso é que "O Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes da comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele." (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Tratado de direito civil português*. Parte geral . T. I, 2. ed. Coimbra: Almedina: 2000, p. 305).

(23) MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26.

(24) CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 454, grifos originais.

(25) Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 467.

(26) CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. op. cit., p. 455, grifei.

(27) CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. op. cit., p. 456.

(28) Permito-me reenviar para o meu O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil (LGL\2002\400). In: DELGADO, Mario Luis e ALVES, Jones Figueiredo (org.). *Novo Código Civil (LGL\2002\400)- questões controvertidas no direito das obrigações e nos contratos* . v. 4 . São Paulo: Método, pp. 127-156. O Código Civil (LGL\2002\400) emprega as expressões "circunstâncias do caso" "costume", "usos", reiteradamente, cabendo lembrar os arts . 24, 138, 151, parágrafo único, 152, 156, parágrafo único, 233; 311; 320, parágrafo único; 327; 500, § 1.º; 569, I; arts. 113, 445, § 2.º; 529; 628, parágrafo único; 658; 695, *caput* e parágrafo único; 699; 700; 701; 724; 753, § 1.º; 869, § 1.º; 869, § 1.º; . 953, parágrafo único; 566, I; art. 569, I; art. 569, III; art. 1.297, § 1.º.

(29) PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, § 4.202, 1. t. 38, Rio de Janeiro: Borsói,

1962.

(30) LUDWIG, Marcos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

(31) ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução portuguesa. Coimbra: Almedina, 1989.

(32) CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 456, grifei.

(33) Postulados normativos são normas que "estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras" isto é: ao invés de promoverem, como os princípios, um determinado fim, os postulados não impõem a promoção de fins, mas "estruturam a aplicação do dever de promover um fim", prescrevendo - ao invés de comportamentos - "modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos", como explica AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 88-90.

(34) V. LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 141.

(35) ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L'interpretazione del contratto - orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001, p. 158-159.

(36) Código Comercial, arts. 130 e art. 131.

(37) MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil (LGL\2002\400). In: DELGADO, Mario Luis e ALVES, Jones Figueiredo (org.). *Novo Código Civil (LGL\2002\400)- questões controvertidas no direito das obrigações e nos contratos*, v. 4. São Paulo: Método, p. 143.

(38) MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil (LGL\2002\400). Op. cit., p. 144.

(39) Ver *infra*, item 2.

(40) MANGANARO, Francesco: *Princípio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1995, p. 5, tradução minha.

(41) Consulte-se, entre outros, COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da legalidade e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63; COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1997, v. 209: 43-70; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública - o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002; PEREIRA NOBRE Jr, Edílson. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. E os nossos: MARTINS-COSTA, J. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do RGS*, v. 22, Porto Alegre, pp. 228 a 257, 2002 e A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito da confiança. *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciário do Conselho da Justiça Federal*, v. 27, ano VIII, Brasília, dez. 2004, pp. 110-120. No direito comparado, veja-se, exemplificativamente: FORSTHOFF, E. *Tratado de derecho administrativo*. Tradução espanhola. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 242; KNAPP, Blaise. La bonne foi dans les relations entre l'État et les particuliers. La Bonne Foi. *Journées louisianaises de l'Association Henri Capitant*. Paris: Litec, 1992, T. XLIII, p. 467. MERUSI, Fabio. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 2 e ss. GONZÁLES PÉREZ, Jesus. *El Principio generall de la buena fe em el derecho administrativo*, 3. ed. Ampliada. Madri: Civitas, 1999. DALLA VIA, Alberto Ricardo. La buena fe y los abusos em el derecho publico. In CORDOBA, M., CORDOBERA, L. e KLUGER, V. (org.) *Tratado de la buena fe em el derecho*. 2 es. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 913 e ss. CASTILLO BLANCO, Federico. *La protección de la confianza en el derecho*

administrativo. Madri: Marcial Pons, 1998; com ampla bibliografia de direito europeu e norte-americano; MANGANARO, Francesco: *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1995; RACCA, Gabriella: *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles: Jovene, 2000.

(42) Cf. Lei Federal 9.784, de 29.001.1999, que regula o processo administrativo, teve o mérito de introduzir, no universo da Administração Pública, de forma expressa, o princípio da boa-fé, no inciso IV do parágrafo único do art. 2.º, constando o dever da Administração de atuar segundo os "padrões éticos da probidade, decoro e boa-fé".

(43) Ver referências adiante.

(44) Prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998 p. 9.

(45) COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63.

(46) GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública - o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.

(47) PEREIRA NOBRE JR, Edílson. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

(48) Para JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI a moralidade administrativa prevista no art. 37 da Constituição Federal (LGL\1988\3) é, verdadeiramente, "veiculadora do princípio da boa-fé objetiva no Direito Administrativo e [...] impositora do dever de probidade do administrador público". (GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública - o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 224 e ss). Para a mesma ligação, v., pioneiramente, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, pp. 70. Do mesmo autor, v. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59. Mais recentemente PEREIRA NOBRE JR, Edílson. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 174 e ss. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 73.

(49) GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública - o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 270, grifei.

(50) Assim trecho da fundamentação do voto do Ministro Relator no Pet 2900 QO-RS,. rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003. 2aT. DJ 01.08.2003.

(51) STF, MS 24.268-MG, rel. Min. Ellen Gracie, rel. Acórdão, Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004. Tribunal Pleno. DJ 17.09.2004. Ementa: Mandado de Segurança. (...) 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. (...) 9. *Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica*. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF/88 (LGL\1988\3), art. 5.º, LV). (grifei).

(52) STF, MS 24.268-MG, acima indicado.

(53) STF, RE 434.222 AgR-AM - Ag no RE. rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.06.2005. 2aT. DJ 01.07.2005 Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público. (...). Inconstitucionalidade frente à CF (LGL\1988\3)/1967, art. 102, § 2.º. Efeitos do ato: sua manutenção. I. - A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos,

em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé. (...).

(54) Essa doutrina foi exposta em REALE, Miguel. *Revogação e anulamentodo ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 1980, p. 47 e ss, e também em COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84, São Paulo, ambos citados no *leading case* do STF mencionado na nota de rodapé 53, *supra*, que comentei em MARTINS-COSTA, Judith: A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito da confiança. *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciário do Conselho da Justiça Federal*, v. 27, ano VIII, Brasília, dez. 2004, pp. 110-120.

(55) STF, MS 22.357-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 05.11.2004 LJSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 135-148.

(56) STF, AgIn no AgRg-RJ125.262, rel. Min. Moreira Alves, j. 14.06.1988. 1aT. DJ 21.10.1988.

(57) V.g. STJ RE em MS 6.183-MG, STJ, 4a. T. rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 14.12.1995, DJ 08.12.1995.

(58) Informativo do STJ 259 (período de 5 a 9 de setembro de 2005).

(59) Pet (MC) 2.900-RS. Pet 2900 QO-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003. 2aT. DJ 01.08.2003. Grifos nossos. Similar entendimento está consagrado, por exemplo, na Corte de Justiça das Comunidades Europeias que vem recepcionando o princípio da segurança (como proteção a confiança legítima), nos últimos anos, " *como um mosaico formado peça por peça*, merecedor, no quadro dos demais princípios, de uma " *manifestação verdadeiramente particular e significativa*"(as expressões entre aspas são de HUBEAU, F., *Le principe de la protection de la confiance legitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes* e de MENGOZZI, P. *Evolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime: de la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases*, ambos os autores tendo sido citados e transcritos por CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand; communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 27 e p. 28, nota 125).

(60) MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos (a segurança como crédito de confiança). *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - vol. 27*. Brasília, dez. 2004, pp. 116.

(61) AZEVEDO, Antonio Junqueira. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público. Parecer. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, v. 24. Rio de Janeiro, 2005, p. 171, grifei.

(62) A jurisprudência brasileira acolhe o brocardo, como oportunamente referirei. O *leading case* está em acórdão do STF, da lavra do Ministro Leitão de Abreu (STF, RE 86.787-2, RS, j. em 20. 10. 1978, unânime, publicada in *RTJ* 90/3, p. 968).

(63) Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 745. Também VILLARREAL, Martha Lucia Neme. *Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Libro en homenaje a Fernando Hinestrosa - 40 años de Rectoria 1963-2003. T. II. Universidad Externado de Colômbia, 2004, pp. 21-24 e PUENTE Y LAVALLE, Manuel de. La doctrina de los actos propios. *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Libro en Homenaje a Fernando Hinestrosa - 40 años de Rectoria 1963-2003. T. I. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 355.

(64) MOTA PINTO, Paulo. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. Volume comemorativo do 75.º tomo do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 1-54), com apoio no magistério de CANARIS, o autor que mais aprofundou o exame do tema em *Die vertrauenshaftung im deutschen privatrecht*.

Munchen, 1971.

(65) MOTA PINTO, Paulo. Op. cit .

(66) PIAGGI, Ana I. Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fé y los actos propios. In: CORDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana (orgs.). *Tratado de la buena fé en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 125.

(67) Para indicações o nosso *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 462 e ss.; BORDA, Alejandro. *La teoria de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3. ed. atual. e ampl., 2000, pp. 13-15 e SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

(68) WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de Jose Luis CARRO, Madri: Civitas, 1982, p. 61.

(69) WIEACKER, Franz. Idem, p. 62.

(70) BOHEMER, Gustav. *El derecho a través de la jurisprudencia - su aplicación y creación* . Tradução espanhola de PUIG BRUTAU, J., Barcelona: Bosch, 1959, p. 247, grifos originais. Esclarece o autor: " La Verwirkung opera con eficacia negativa: deniega la existencia de un derecho al impedir que se realice a pesar de que todavía subsiste según las normas legales".

(71) MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel, REALE JR, Miguel e FERRARI, Eduardo Reale (orgs.) *Experiência do direito*. Millenium: São Paulo, 2004, pp. 40-42.

(72) PIAGGI, Ana I. Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fé y los actos propios. In: CORDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana (orgs). *Tratado de la buena fé en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 112.

(73) Idem, ibidem.

(74) Acerca do "valor de declaração" imputado a tais condutas v. MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

(75) STJ, REsp 47.015-SP, rel. Min. Adhemar Maciel. 2aT., j. 16.10.1997. DJ 09.12.1997, p. 64.655 (idem em RT 754/225). Invocado como precedente o REsp 39.842-SP.

(76) Assim, SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 101.

(77) MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. Experiência do Direito . In: REALE, Miguel; REALE JR., Miguel e FERRARI, Eduardo Reale (orgs). São Paulo: Millenium, 2004, pp. 40-42. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 202-208, com indicações de jurisprudência.

(78) STJ, REsp 141.879-SP, 4aT. rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 17.03.1998, assim ementada: Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios . Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/1979. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Recurso não conhecido".

(79) TJRS. ApCív 70005342373, 2a. Câ. Civ. rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 12.03.2003. Ementa: Mandado de Segurança. Tributário. ICMS. Lançamento. Glosa de créditos. Operação de saída de embalagens personalizadas. Operação sujeita ao ICMS. Aplicação de

jurisprudência superveniente ao fato gerador. Impossibilidade. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*. 1. O lançamento rege-se pela lei vigente à data da ocorrência do fato gerador. Art. 144 do CTN (LGL\1966\26). Jurisprudência superveniente ao entendimento adotado pelo Fisco é inaplicável aos fatos geradores anteriores. 2. Se, ao tempo do aproveitamento de créditos de ICMS oriundo da aquisição de embalagens personalizadas, entendia o Fisco que a operação estava sujeita ao ICMS, é ilegal a glosa dos créditos aproveitados pelo adquirente fundada em decisão judicial superveniente ao fato gerador no sentido da não sujeição da saída dos referidos produtos ao ICMS. 3. Exigir o Fisco o estorno de créditos de ICMS aproveitados, oportunamente, pelo contribuinte, quando, à época da escrituração, entendia que as operações que os originaram estavam sujeitas ao ICMS, viola o princípio da boa-fé objetiva, porquanto constitui *venire contra factum proprium*. Hipótese em que a conduta anterior do Fisco criaria, no contribuinte, legítima expectativa quanto à correção do creditamento realizado. Recursos desprovidos.

(80) Assim os *consideranda* do TCC.

(81) REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5:

(82) "On droit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précédent ou qu'elles suivent". POTHIER, R. J. *Traité des obligations*. Paris, 1835, pp. 53-54, n. 91 e ss. As regras a seguir transcritas estão em ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L'interpretazione del contratto - orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 2. ed., 2001, pp. 16-20.

(83) REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

(84) BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridico*. Milão, 1949, p. 89, apud REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2. grifei.

(85) Para estas distinções permito-me remeter ao meu *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 437 e ss, com indicações de doutrina.

(86) Petições dos advogados Drs. Carlos Francisco de Magalhães, Nelson Nery Junior, Gabriel Nogueira Dias, Paulo Todescan Lessa Mattos, Lucia A. L. Magalhães Dias e Thiago F. da Silva Brito, procuradores da Souza Cruz.

(87) Cartas dirigidas aos distribuidores. Aliás, trechos dessas missivas estão transcritos no mencionado Parecer ProCADE 160/2006 indicando, ao meu juízo (e ao contrário do ali mencionado) que a Souza Cruz não "mudou de posicionamento". O que se vê nessas cartas é apenas a afirmação da Souza Cruz de que a exclusividade de *merchandising* se mantém, abrangendo a exposição dotada de caráter publicitário, afirmando-se que, em virtude do TCC, a Souza Cruz não criaria qualquer obstáculo à exposição de produtos da concorrência, obviamente, em caráter informativo.

(88) Comunicação da Souza Cruz transcrita no Parecer ProCADE 160/2006 (item 40) que refere o entendimento da Consulente ao pedir a colaboração dos distribuidores e marcar, claramente, com lealdade, os limites impostos pelo TCC, indo inclusive além, pois a Clausula 3.2 alude à criação de obstáculos a marcas, mas a Souza Cruz avisa os distribuidores que não devem ser criados obstáculos à exposição de "produtos da concorrência". Anexo ao próprio TCC está minuta de carta a ser encaminhada aos pontos de venda para informar sobre a possibilidade de comercializar outras marcas de cigarros. Essas cartas foram comprovadamente encaminhadas, conforme orientação do CADE, incluindo-se nesses pontos de vendas e estabelecimentos o Makro, a AM/PM e a Infraero, que já possuíam contratos de exclusividade de *merchandising* com a Compromissária onde constava o termo " *exposição*".

(89) O termo "pré-compreensão" indica o fator (ou conjunto de fatores), que *condiciona, como momento inicial de uma projeção de sentidos, todo o processo de compreensão* de um determinado problema jurídico. Nas palavras de Gadamer a pré-compreensão constitui o *âmbito*

que delimita o fluxo da interpretação (GADAMER, H. G. *Verdad y metodo*. Tradução espanhola de Ana Agud APARICIO e Rafael de AGAPITO. Salamanca: Sigueme, 1991, pp. 331-332).

(90) Cf. "Tabela comparativa" elaborada pelos advogados da Consulente com base em transcrições que se encontram nos autos.

(91) Item 54 do mencionado Parecer ProCADE.

(92) Idem.

(93) Seja-nos consentido remeter para MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400). Do direito das obrigações. Do Adimplemento e da extinção das obrigações. Arts. 304 a 388. v. 5, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135

(94) O tema já foi reiteradamente julgado no STF. Vejam-se, exemplificativamente, as seguintes decisões: REsp 469.577-SC; 4aT. rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr, j. 25.03.2003, DJ 05.05.2003 (também em RNDJ v. 0043, p. 00122 .) Ementa: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora". Também o REsp 415.971-SP; 3aT., rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJ 24.06.2002 (idem, RSTJ v. 00158, p. 00321 e RT 806/156), j. 14.05.2002. Ementa: Civil. Art. 1.450 do Código Civil (LGL\2002\400). Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora". Vide ainda: REsp 272.739; REsp 113.710 e REsp 76.362.

(95) COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. Ora In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58; BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 9, 1993, p. 60-70; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 109-113.

(96) COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. Ora In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

(97) Não se confunda o adimplemento substancial com o "inadimplemento fundamental", como esclareci ao comentar o art. 389 do Código Civil (LGL\2002\400) em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400). Do direito das obrigações. Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420. v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145 e ss.

(98) LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: EDERSA, 1958. T. I. p. 254.

(99) CPC (LGL\1973\5), art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo. (Incluído pela Lei 8.953, de 13.12.1994).

(100) CPC (LGL\1973\5), art. 287: Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4.º, e 461-A); "art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da

obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". E "art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo".

(101) ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL\1973\5). v. 6, arts. 566 a 645. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 423, com fartas indicações de doutrina e da jurisprudência do STJ.

(102) ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL\1973\5). v. 6, arts. 566 a 645. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 425, grifei.

(103) Cf. Humberto Avila, a razoabilidade é postulado que "estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras". Três acepções se destacam, quais sejam, (i) a razoabilidade como equidade; (ii) como congruência; e, (iii) como equivalência. O autor distingue, assim, a razoabilidade da proporcionalidade (que conteria a proibição do excesso), como alude Canotilho que desdobra a proporcionalidade nos princípios de adequação de meios; da necessidade; e da proporcionalidade em sentido estrito. (v. AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 89-108, e CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, 6. ed. p. 382 e ss.).

(104) O adimplemento insatisfatório, também dito "adimplemento ruim", ou "cumprimento defeituoso", é espécie de inadimplemento, que *não diz respeito à hipótese de parte da prestação não ter sido cumprida* (inadimplemento parcial), mas à *espécie de dever descumprido*. Em outras palavras, a prestação foi cumprida, mas defeituosamente, ou seja, insatisfatoriamente. (Cf melhor explicitarei em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil* (LGL\2002\400). Do direito das obrigações. Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420. v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155, com indicações de doutrina e jurisprudência.

(105) V. itens 1.2 e 3; *supra*.

(106) V. itens 2, 4, 4.1 *usque* 5, *supra*.

(107) V. itens 5 e 6, *supra*.

(108) V. item 7, *supra*.

(109) V. itens 11-14, *supra*

(110) V. itens 15 *usque* 19, *supra*.

(111) Ver item 24.1, *supra*.

(112) Expressão contida no Parecer ProCADE ver item 34.4, *supra*.

(113) Ver item 14.2, *supra*.

(114) Cf itens 15.1 *usque* 16, *supra*.

(115) Vide item 39, *supra*.

(116) Cf. itens 36 *usque* 39.

(117) Ver item 24.1, *infra* .

(118) Expressão contida no Parecer ProCADE 160/2006 .