

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CAROLINE KRUGER DE LIMA LEOPOLDO

**NORMATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO
TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIO E POSTULADO**

**Porto Alegre
2016**

ANA CAROLINE KRUGER DE LIMA LEOPOLDO

NORMATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO

TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIO E POSTULADO

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de doutora, sob a orientação do professor Luiz Felipe Silveira Difini.

Porto Alegre
2016

LEOPOLDO, Ana Caroline Krüger de Lima.

Normatividade da boa-fé objetiva no direito tributário: Princípio e Postulado/ Ana Caroline Kruger de Lima Leopoldo. Porto Alegre: UFRGS, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

Orientador: Luiz Felipe Silveira Difini.

Tese (Doutorado) – Porto Alegre: UFRGS, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

1. Direito Tributário. 2. Direito Constitucional. 3. Princípio implícito. 4. Boa-fé objetiva. 5. Estado de Direito. 6. Postulado.

ANA CAROLINE KRUGER DE LIMA LEOPOLDO
NORMATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO
TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIO E POSTULADO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de doutora, sob a orientação do professor Luiz Felipe Silveira Difini.

Defendida e aprovada em de de 2016.

LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI

Doutor

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Professor:

Titulação: Doutor

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Professor:

Titulação: Doutor

Instituição:

Professor:

Titulação: Doutor

Instituição:

Professor:

Titulação: Doutor

Instituição:

*À minha família, especialmente Caio, meu filho,
inspiração diária da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, em primeiro lugar, porque dá sentido ao viver e cuida de mim.

Agradeço à minha família, porque é, de fato, a base de tudo. Especialmente: ao meu filho Caio, pela compreensão demonstrada mesmo sendo ainda tão novo; aos meus pais José e Iolanda, pelo incondicional amor de tantas formas demonstrado; a Vera Lúcia e Letícia, pelo importante apoio logístico nos cuidados com o Caio; e, finalmente, aos meus irmãos Roger e Helder e meu primo Felipe, pelo incansável incentivo.

Agradeço aos amigos pela paciência, orações e motivação, o que faço representativamente em nome de Natália, Tatiana, Ananda, Alessandra e Ana Lúcia, cujas presenças em minha vida viabilizaram a realização deste trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Luiz Felipe da Silveira Difini, por acreditar em meu potencial, pelos preciosos conselhos e pela oportunidade de concretizar esse projeto.

Agradeço, enfim, à equipe que faz admirável o funcionamento da Pós-Graduação da UFRGS, o que faço em nome de Rose e Denise, sempre gentis e prontas para auxiliar.

“Amarás o Senhor, teu Deus, de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu entendimento. Este é o grande e primeiro mandamento. O segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo.”

Mateus 22:37 a 39.

RESUMO

Este trabalho teve como finalidade analisar a operabilidade da boa-fé objetiva no Direito Tributário, área na qual o instituto desempenha importantes funções como princípio e postulado.

A primeira parte do estudo se propôs a trazer a noção geral da boa-fé objetiva no âmbito do Direito Tributário. Iniciou-se o trabalho com a apresentação histórica da boa-fé, seguindo-se a apresentação do seu núcleo semântico conforme a aplicação jurisprudencial da norma, enfatizando-se por fim sua relação com a Ética. Então, em um segundo momento, foram entabulados critérios objetivos de distinção entre a boa-fé em sua forma objetiva e a subjetiva. Seguiu-se a apresentação da consagração da norma no Direito Tributário, o que ocorreu na forma de princípio. E, finalmente, prestou-se o trabalho à distinção entre os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança.

Então, delineado o contorno do instituto em exame, a segunda parte do estudo se dedicou a analisar especificamente a sua normatividade, isso é, a sua aplicabilidade como norma jurídica. O tema foi introduzido estabelecendo-se a premissa referente ao que se entende como norma jurídica e suas espécies, quais sejam: as regras, os princípios e os postulados. A seguir, foram abordadas as funções da boa-fé objetiva como princípio no Direito Tributário (limitadora do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas, criadora de deveres jurídicos e interpretativa) bem como foi realizada análise sobre a razão de se entender o instituto como princípio. E, arrematando o estudo, passou-se ao desenvolvimento da tese de que a boa-fé objetiva possui, além das funções tradicionais compreendidas como funções principiológicas, funções tipicamente pertinentes aos postulados normativos aplicativos: função de padronização e a função de exceção.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva no Direito Tributário. 1. Direito Tributário. 2. Boa-fé. 3. Princípios. 4. Postulados. 5. Relação tributária. 6. Obrigação tributária. 7. Dever de cooperação.

ABSTRACT

This paper has the purpose of examining the operativity of *objective good faith* in Tax Law, in which the institute plays a relevant role as a principle and as a postulate.

The first part of the study introduces da notion of *objective good faith* considering Tax Law as its field of application. Initially, are present the historic aspects, followed by the meaning of its semantic core according to the jurisprudential use of the norm, also covering its relation with Ethics. In a second moment, the work points out the differences and similarities of *subjective and objective good faith*. Next, are highlighted the evidences of consecration of the norm in the Tax Law, what happened as its performance as a general principle. Finally, the study distinguishes the principle of *objective good faith* and the principle of trust.

Then, traced the contour of the institute under examination, the second part of the study is focus on the analysis of its normativity, or, in other words, how it can and should be applied as a juridic norm. In order so, it is fix an important premise about the adopted conception of the juridical norm species, which are: the rules, the principles and the postulates. Therefore, the role of good faith as a principle is approached (as limit in the exercise of the subjective rights and juridic positions, origin of juridic duties and interpretative), just as is analyzed the reason of the comprehension of the institute as a principle. Then, to finalize the study, is develop the thesis that the objective good faith also has, besides the traditional role as a principle, other papers in the juridic universe, papers that are coherent to the role that applicative postulates have: padronization function and exception function.

Keywords: *Objective good faith* in tax law. 1. Tax Law. 2. *Good faith*. 3. Juridic Principles. 4. Postulates. 5. Tax law juridic relationship. E. Tax law obligation. 7. Cooperation duty.

SUMÁRIO

PARTE I – NOÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	13
CAPÍTULO 1: NÚCLEO DE SENTIDO SEMÂNTICO	13
1.1 Origem Histórica da Boa-Fé Objetiva	13
1.2 Núcleo de Sentido Semântico da Boa-Fé Objetiva	19
1.4 Aplicação nos Casos Concretos	32
1.5 Boa-fé Objetiva e Ética.....	33
1.6 Conclusões Parciais	35
CAPÍTULO 2: DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA.....	38
2.1 Critérios distintivos conforme a doutrina	38
2.2 Dos Problemas Identificados	43
2.2.1 Operacionalização da Boa-Fé Subjetiva.....	43
2.2.2 Cognoscibilidade como critério de distinção.....	45
2.2.3 A utilização do termo “boa-fé”.....	47
2.3 Proposta para distinção.....	47
2.4 Conclusões Parciais	50
CAPÍTULO 3: DA CONSAGRAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NO DIREITO TRIBUTÁRIO	53
3.1 Boa-fé Objetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro	53
3.1.1 No Direito Privado Brasileiro.....	53
3.1.2 No Direito Público.....	55
3.1.3 Na Legislação	56
3.1.4. Na Jurisprudência	58
3.2 Princípio da Boa-fé Objetiva na Legislação Aplicável ao Direito Tributário.....	62
3.3 Princípio da Boa-Fé Objetiva na Jurisprudência.....	64
3.3.1 Do Afastamento da Incidência de Impostos Reais	64
3.3.2 Da Manutenção ou Reinclusão do Contribuinte em Programa de Parcelamento Fiscal.....	68
3.3.3 Penhora do Bem de Família dado em Garantia em Programa de Parcelamento Fiscal.....	71
3.3.4 Como Fundamento de Indenização a Ser Paga pelo Estado.....	77
3.4 Do Princípio do Estado de Direito como Fundamento do Princípio da Boa-fé Objetiva	79
3.4.1 Não derivação do Princípio da Moralidade e da Segurança Jurídica	79
3.4.2 Boa-fé objetiva como concretizadora dos valores fundamentais do Estado de Direito	81
3.5 Conclusões Parciais	86
CAPÍTULO 4: DISTINÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	88
4.1 Sobre o Princípio da Proteção da Confiança	88
4.2 Posição da doutrina sobre a distinção entre os princípios	89
4.3 Posição Adotada Neste Trabalho	91
4.4 Conclusões parciais.....	93
PARTEII – DAS FUNÇÕES E DA NORMATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA].....	95
CAPÍTULO 1: NORMAS - PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS.....	95

1.1 Aspectos gerais das normas	96
1.2 Peculiaridades dos Princípios como Espécie Normativa Conforme a Doutrina.....	104
1.2.1 Conforme a doutrina clássica: distinção entre princípios e regras	105
1.2.2 Conforme o entendimento de Humberto Ávila: distinção entre princípios, regras e postulados	108
1.3 Posição Adotada nesse Trabalho.....	116
1.3.1 Sobre as categorias normativas e sua distinção	117
1.3.2 Boa-fé objetiva como princípio e como postulado	119
1.4 Conclusões Parciais	120
CAPÍTULO 2 – DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO	124
2.1 Funções Classicamente Atribuídas ao Princípio da Boa-Fé Objetiva	125
2.2 Função limitadora do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas	127
2.2.1 Considerações Gerais	127
2.2.2 Supressio.....	129
2.2.3 <i>Surrectio</i>	131
2.2.4 <i>Venire contra factum proprium</i>	131
2.2.4.1 Utilização explícita e implícita.....	133
2.2.4.2 Aplicação quanto à conduta da Administração e quanto à conduta do Administrado	139
2.2.4.3 Como fundamento de pedido indenizatório.....	140
2.2.5 <i>Tu quoque</i>	141
2.2.6 Abuso de nulidade por motivos formais	143
2.2.7 Cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos.....	144
2.2.8 <i>Dolo facit qui petit quod statim redditurus esset</i>	145
2.3 Função criadora de deveres jurídicos.....	146
2.3.1 Considerações gerais	146
2.3.2 Da obrigatoriedade de lei para imposição de deveres ao administrado.....	150
2.3.3 Dos tipos de deveres acessórios.....	155
2.3.4 Das obrigações tributárias acessórias como deveres acessórios.....	157
2.4 Função Interpretativa	159
2.4.1 Entendimento Doutrinário no Direito Civil.....	159
2.4.2 Aplicação no Direito Tributário	166
2.4.3 Suprimento de lacunas.....	167
2.4.4 Função polarizadora	167
2.4.4.1 Impacto na estrutura da relação obrigacional.....	168
2.4.4.2 Da obrigação civil entendida como fenômeno complexo e como processo.....	169
2.4.4.3 Do entendimento adaptado ao direito tributário.....	178
2.4.4.4 Doutrina que entende a relação jurídica tributária como fenômeno complexo..	184
2.4.5 Em caso de dúvidas	190
2.4.6 Relação com demais funções.....	191
2.4.7 Teoria da Aparência.....	193
2.5 Preenchimento dos Requisitos Elementares Próprios dos Princípios.....	193
2.5.1 Finalidade imediata de promoção da lealdade como ideal de conduta nas relações jurídicas	194
2.5.2 Finalidade mediata de adoção da conduta necessária para alcançar a lealdade	195
2.5.3 Aplicação com base na análise da adequação da conduta das partes com o comportamento devido e esperado das partes consoante a expectativa social.....	196
2.5.4 Sua aplicação como fundamento jurídico de decisões normalmente ocorre em conjunto com outros princípios	198

2.6 Conclusões Parciais	199
CAPÍTULO 3 – DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSTULADO NO DIREITO TRIBUTÁRIO	204
3.1 Considerações Gerais	204
3.2 Boa-fé objetiva como Postulado Normativo Aplicativo e não como Postulado Hermenêutico	206
3.3 Critérios para aplicabilidade do postulado da boa-fé objetiva	211
3.4 Função de Padronização da Boa-Fé Objetiva.....	213
3.4.1 Considerações Gerais	213
3.4.2 Aplicação para aferir elementos subjetivos da conduta que sejam objeto de valoração em razão da incidência de outra norma, como é o caso da boa-fé subjetiva e do princípio da confiança.	215
3.4.2.1 Repercussão da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva na aplicação da boa-fé subjetiva no âmbito do Direito Tributário.	216
3.4.2.2 Repercussão da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva na aplicação do princípio da confiança no âmbito do Direito Tributário.....	223
3.4.3 Repercussão da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva na aplicação do postulado da razoabilidade no âmbito do Direito Tributário.....	224
3.5 Função de Exceção (Aferição da Violação da Razão da Regra).....	231
3.5.1 Considerações gerais	231
3.5.2 Aplicação da Boa-fé objetiva e não da Razoabilidade nessa Hipótese	233
3.5.3 Análise jurisprudencial	238
3.6 Boa-Fé Objetiva como Norma de Padronização e de Critério de Exceção da Regra como Postulado e Não como Princípio.....	241
3.7 Conclusões Parciais	242
TESES.....	246
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	251

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito a apresentar a boa-fé objetiva como norma jurídica que possui, no âmbito do Direito Tributário, tanto a função de princípio, ao estabelecer o dever geral de que as partes devem conduzir-se consoante os ditames da lealdade, quanto a função de postulado, nesse sentido se apresentando como técnica hermenêutica que, dentre outros, viabiliza a aplicação da boa-fé subjetiva, do princípio da confiança e do postulado razoabilidade-equidade em uma de suas acepções.

Nesse intuito o trabalho foi dividido em duas partes.

A primeira delas tem como objetivo a introdução ao instituto jurídico da boa-fé objetiva, apresentando: sua origem e núcleo semântico, os critérios que permitem separar com maior precisão a boa-fé objetiva da boa-subjetiva, as evidências da consagração da boa-fé objetiva como princípio geral de Direito Tributário e, por último, sua distinção em relação ao princípio da confiança.

A análise empreendida foi realizada com base em doutrina em jurisprudência, preferencialmente das Cortes Superiores, a qual foi de fundamental importância para se apurar como a norma da boa-fé objetiva tem se prestado a resolver problemas jurídicos na seara tributária e para definir o seu núcleo semântico.

Ainda, especial atenção foi dedicada na busca e na análise dos elementos que podem auxiliar de modo prático na distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, já que do aprofundamento no assunto surgem questões complexas, tais quais: Como ocorre a aplicação da boa-fé subjetiva ao caso concreto se o objeto de valorização quando da aplicação da norma é a vontade, a qual consiste em algo que se passa exclusivamente no interior de cada um? Ou, ainda, se seria possível mesmo a aplicação da boa-fé em sua vertente subjetiva sem se cogitar da aplicação conjunta da boa-fé objetiva, já que essa consiste justamente na norma jurídica que traduz a análise da conduta humana por meio de um parâmetro objetivo?

Então, seguiu-se a apresentação da incorporação do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no âmbito do Direito Tributário.

Finalmente, foi também abordada na primeira parte do trabalho a questão da distinção entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proteção da confiança, o que foi feito a partir de considerações doutrinárias.

Por seu turno, a segunda parte do estudo teve como foco a análise das funções desempenhadas pela boa-fé objetiva a fim de que fosse apurada a sua normatividade.

Contudo, antes do aprofundamento sobre a operabilidade do instituto, foi fixada a premissa sobre a compreensão adotada referente aos tipos normativos, esclarecendo-se a utilização como ponto de partida do desenvolvimento da segunda parte do trabalho, a posição de Humberto Ávila, segundo quem as normas dividem-se em regras, princípios e postulados.

Após, foi dedicado um capítulo para a análise das funções da boa-fé objetiva como princípio a partir dos ensinamentos da doutrina clássica civilista, quais sejam: a função interpretativa, a função de criadora de deveres de conduta e a função de limitadora do exercício dos direitos subjetivos e posições jurídicas.

Nesse ponto, merece relevo a tese de que foi a partir da função principiológica de interpretação chamada polarizadora que tenha ocorrido uma verdadeira reformulação da estrutura das obrigações tributárias, tal como ocorreu no âmbito do direito civil. Ainda, importante pontuar que se defende que é em razão da função principiológica de criadora de deveres de conduta exercida pela boa-fé objetiva que as obrigações tributárias acessórias devem ser consideradas como tendo natureza jurídica de deveres de cooperação.

Derradeiramente o estudo versou sobre a identificação de duas importantes funções exercidas pela boa-fé objetiva as quais não se encontram abarcadas pela concepção do instituto como princípio, sendo muito mais coerente sua compreensão no contexto das particularidades da espécie normativa chamada postulado. Nesse sentido, as funções de padronização e a função de critério para aferição da razão da regra.

PARTE I – NOÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

CAPÍTULO 1: NÚCLEO DE SENTIDO SEMÂNTICO

Esse capítulo pretende apresentar o instituto da boa-fé objetiva a partir do contexto histórico, tendo como ponto de partida seu ressurgimento no Direito Moderno, de onde advêm os tributos que estabelecem o seu cerne como instituto jurídico, ou, em outras palavras, o seu núcleo de sentido semântico.

A primeira parte do capítulo aborda o desenvolvimento da boa-fé objetiva como técnica-jurídica e tem como intuito introduzir o leitor ao seu significado a partir da observação de sua finalidade, entendida como sua razão de se fazer existir no universo jurídico. Com efeito, a relevância do aspecto histórico da boa-fé objetiva evidencia-se pela relação direta¹ que há entre o conteúdo de sentido que ela hodiernamente apresenta e a idéia originalmente implementada no direito romano, a qual, apesar de ter se desenvolvido com o decorrer do tempo, conservou sua essência.

A segunda parte do capítulo, por sua vez, tem por foco delinear a faceta objetiva da boa-fé, apresentando seu conteúdo semântico nuclear com base na sua análise de sua aplicação pelos Tribunais e suas características elementares, fruto da observação de sua aplicação e da elucubração sobre as repercussões das idéias semânticas envolvidas no instituto em comento.

Importante esse primeiro olhar sobre a boa-fé objetiva, pois é de sua essência, a qual se encontra profundamente vinculada a sua finalidade, já que desta advêm, que decorrerão suas funções no ordenamento jurídico², as quais serão analisadas na segunda parte deste trabalho sob a perspectiva do Direito Tributário.

1.1 Origem Histórica da Boa-Fé Objetiva

¹ Tal como já alertava Cordeiro (2001, p. 18), em razão da origem jus cultural da boa-fé, a sua explicação histórica é importante para sua compreensão. Ainda, no mesmo sentido, Reis (2008, p. 65) ressalta que “para uma correta compreensão do princípio da boa-fé e sua aplicação ao direito público, especialmente no campo do direito tributário, é necessário se fazer uma breve digressão histórica a respeito da origem e evolução do conceito de boa-fé”.

² Conforme leciona Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 32-33), “a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer [...] em toda e qualquer vinculação, exceto nas provenientes de atos ilícitos, é possível o surgimento de deveres dessa natureza”.

A origem histórica da boa-fé remonta ao Direito romano, à idéia inicial de *fides*³, que significava, em suma, o dever de manutenção da palavra dada e que acabou por originar a noção de *bona fides*, a qual, por seu turno, ganhou viés processual⁴, isto é, dimensão jurídica, através de sua consubstanciação nas chamadas *bonae fidei iudicia* (ações da boa-fé, construídas pelo pretor a partir do estudo de situações concretas⁵ mediante técnicas precisas⁶ que consideravam a particularidade da situação em apreço).

A finalidade do instituto processual *bonae fidei iudicia* consistia na vinculação entre pessoas partes de uma relação social tendo por fundamento a idéia de lealdade que se entendia ser devida à palavra dada por uma delas, ou, ainda, por ambas⁷. Essas ações surgiram como tentativa de conferir objetividade na avaliação do comportamento dos indivíduos dentro das relações interpessoais através da utilização, como critério de valoração da conduta no caso concreto em busca de uma solução jurídica para novas situações econômico-sociais⁸, a avaliação de sua adequação à conduta considerada como correta e leal, que seria aquela esperada pela sociedade daquele tempo quanto aos sujeitos envolvidos naquele tipo específico de relação.⁹

³ Nesse sentido, por todos, Cordeiro (1997, p. 54-59) que explica que a *fides* primitiva possuía três elementos: (I) *fides-sacra*, que correspondia à responsabilização através de sanção, em âmbito religioso, para o patrão que defraudasse a *fides* do cliente; (II) a *fides-fato*, a qual se encontrava associada à noção de garantia no contexto da clientela (espécie de estratificação social em que algumas pessoas, em troca de proteção, assumiam deveres de lealdade e obediência perante aquele que lhes oferecia a proteção), sem imbuir-se de caráter moral ou religioso; e a *fides-ética*, que seria a idéia de garantia vinculada a todas as pessoas, adquirindo viés moral.

⁴ Méndez (2001, p. 53) afirma que “*Como se señaló anteriormente, los estudiosos de las instituciones romanas consideran que el paso de la fides exigida en ciertas relaciones jurídicas a la fides bona se opera en el momento en que ha surgido el conflicto y es menester dar satisfacción a la parte que ha sufrido las consecuencias de la falta de lealtad. Se trata, por tanto, de una creación ligada al proceso. Como ha observado LOMBARDI, es una creación procesal de la experiencia jurídica que se caracteriza por ser un concepto unitario, típico y supraindividual que conduce a una valoración judicial.*”

⁵ Elcio Fonseca Reis (2008, p. 65) refere como exemplo “as ações de tutela, sociedade, fidúcia, mandato, comodato, depósito, gestão de negócios etc.”.

⁶ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 1284) esclarece que o “regime dos *bonae fidei iudicia* não implicava, contra a opinião dominante, uma remissão para bitolas extrajurídicas, mas antes particularidades técnicas precisas: uma universalização tendencial, a inerência das exceções, a presença de ações correspectivas e a possibilidade de compensação e de condenação em juros; pode falar-se num abandono progressivo do formalismo, a favor de composições materiais dos litígios.”

⁷ Flávio Rubinstein (2010, p. 21-23) salienta que o princípio da *bona fides* apresentava-se não apenas nas relações privadas dos cidadãos do mesmo Estado, mas possuía operabilidade nas relações internacionais, tanto entre os Estados quanto entre cidadãos de diferentes Estados. Inclusive, por isso considera que a *fides* possuía dois prismas funcionais distintos, um referente às relações internas romanas e outro às relações externas de Roma, sendo justamente nessa última faceta que considera que o instituto, **desde sua origem, já era aplicável ao Direito Público**, cabendo ressaltar que o seu núcleo de conteúdo era o mesmo: o de lealdade à palavra dada.

⁸ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 1284) enfatiza que “[...] os *bonae fidei iudicia* foram criados pelo pretor com o sentido do seu regime, o qual visou enfrentar novas situações econômico-sociais.”

⁹ Flávio Rubinstein (2010, p. 21) refere que “[...] a *fides* consistiria em uma tentativa de objetivação do comportamento humano, de modo a possibilitar a previsibilidade das condutas individuais no âmbito de relações interpessoais, procurando adequar tais condutas aos padrões esperados de um homem médio comum (*bônus pater familias*).”

A juridicidade da boa-fé advém, portanto, da exigibilidade, perante o órgão julgador, de que o comportamento das partes fosse leal entre si, sendo o instrumento processual utilizado as ações de *bonae fidei iudicia*, as quais veiculavam o pedido de responsabilização daquele que, em razão de sua conduta anterior, gerou uma expectativa em relação à sua conduta futura, a qual foi então frustrada. A essa expectativa, chamou-se confiança e à sua violação chamou-se violação do dever de confiança.

Tal como salientado por Marcus Tullius Cícero (De officiis, 44 AC, Livro 1, Parágrafo 23), a boa-fé era a tradução da base da justiça na medida em que impunha agir respeitando as promessas e avenças realizadas.¹⁰

Com o avanço do tempo, essa boa-fé processual passou a ter como campo de aplicação também os contratos, na medida em que foi admitida como argumento jurídico para se pleitear o cumprimento de obrigações assumidas oralmente por uma das partes e para justificar a decisão do pretor de determinação do cumprimento de deveres que não se encontravam expressamente previstos em instrumentos contratuais, porém deveriam ser honrados em prestígio à concretização da justiça na forma de não imputação de prejuízo àquele que se conduziu conforme a idéia do Direito, isso é, com lealdade.

Não obstante, a boa-fé começou a ser aplicada em outro campo jurídico, o da proteção possessória, mais especificamente nas causas envolvendo usucapião, contexto em que ela ganhou conotação diversa da que até então lhe tinha sido atribuída, passando a ter a função de alterar os efeitos expressamente previstos em razão do estado de ignorância daquele que era o beneficiário da usucapião¹¹.

Nesse momento detecta-se o surgimento de um sério problema de aplicabilidade da boa-fé, pois no âmbito dos direitos reais as soluções jurídicas por ela fornecidas eram operadas de forma totalmente diferente considerando as formas de aplicação até então utilizadas. Afinal, a boa-fé passou a ser utilizada para valorizar a conduta das pessoas não mais tendo como critério o modelo socialmente considerado adequado, mas conforme a vontade e elementos de consciência de uma das partes envolvidas na relação jurídica.

¹⁰ No original em latim: “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorum que constantia et veritas.*” (CÍCERO, De officiis, 44 AC, Livro 1, Parágrafo 23). Tradução nossa: O fundamento da justiça, sobretudo, é a boa-fé, que é a verdade e a fidelidade à promessas e acordos.

¹¹ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 1284-1285) refere que “num fenômeno de difusão horizontal, a *bona fides* aparece ainda ligada à posse, com o sentido de à usucapião, acrescentar o requisito de um estado psicológico de ignorância, sem os traços éticos que lhe impunha a doutrina comum; a transposição operou por via da criação voluntarística do Direito.”

Dito de outra forma, com a aplicação da boa-fé no âmbito dos direitos reais, o instituto passou a ter duas funções distintas: a valoração direta da conduta das pessoas e a valoração de sua intenção. Observa-se que o uso comum do termo boa-fé parecia fazer sentido porque a finalidade imediata permanecia a mesma, qual seja, a de concretização do valor da lealdade como forma de promoção da própria idéia de justiça.

Não suficiente, a boa-fé ainda passou a ser utilizada para fins de aplicação de justiça concreta pelo magistrado no arbitramento de montantes indenizatórios, situações em que traduzia a idéia da *aequitas*¹².

Nesse sentido, observa-se que se trata não apenas de mero uso do instituto com mais uma função - a de estabelecimento de critério de equidade para fins de fixação dos montantes indenizatórios -, mas com outra finalidade imediata. Nos dois primeiros casos referidos a boa-fé era aplicada com a finalidade imediata de concretizar a idéia de lealdade, ao passo que nesse caso sua aplicação tinha como finalidade a concretização da equidade no contexto da repercussão econômica da conduta das partes. Ainda, diverge a aplicação da boa-fé nessa hipótese em face das demais tendo em vista que o objeto de análise era a consequência financeira da conduta perpetrada e não a conduta das partes em si.

Portanto, de se concluir que com o passar do tempo múltiplas funções e finalidades foram aderindo ao instituto da boa-fé¹³, sendo corolário lógico a redução de sua tecnicidade jurídica para fins de aplicação em razão da falta, nesse momento, de definição clara a respeito de sua finalidade imediata e funções. Com efeito, a amplitude de sentido, diversidade de finalidades e a variedade de modos de aplicação geram no operador do direito certa confusão, confusão essa que tende a ser evitada quando se tem em vista o sucesso das lides pleiteadas. Nesse contexto, compreensível a redução de seu uso, bem como a fama de consistir em mero instituto ético ou moral.

No século XX, contudo, o instituto da boa-fé voltou a brilhar graças à dedicação da doutrina germânica¹⁴, que delineou a moderna teoria da boa-fé, na qual são empregados termos diferentes para designar a boa-fé em sua acepção objetiva (*Treu und Glauben*) e boa-fé em sua acepção subjetiva (*guter Glauben*).

A boa-fé objetiva ressurgiu, então, como um resgate da noção inicial da *bona fides* originária no direito romano, entretanto se apresentando dessa vez mais sistematizada

¹² Conforme António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 1285) “na evolução posterior, os *bonae fidei iudicia* vieram a mesclar-se com as *actiones in bonum et aequum conceptae* que implicavam, no início, a idéia própria de permitir, ao juiz, calcular determinados montantes indenizatórios.”

¹³ O que por certo repercute em, até hoje, serem a ela atribuídos múltiplos significados de relevância jurídica.

¹⁴ Especialmente graças aos estudos de Pretzel e de Neumann, consolidados por Stratz (REIS, 2008, p. 68).

pelo meio do esclarecimento e distinção de suas funções, as quais, conforme António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 173), seriam precipuamente duas: a de cumprimento das obrigações emergentes do contrato e a consideração dos interesses do outro quando do exercício de seus direitos. O autor salienta, ainda, que a boa-fé germânica abarcaria também a idéia de confiança gerada em uma das partes da relação jurídica, referindo que essa idéia teria evoluído para, considerando a segurança geral quanto ao respeito da confiança inspirada nos casos concretos, instituir o dever de que os comportamentos sociais devam ser objetivamente valorados através de critérios estabelecidos a partir do entendimento da comunidade jurídica quanto à sua relação com a promoção da referida confiança inspirada (CORDEIRO, 1997, p. 173).

Outrossim, importante ressaltar que esse renascimento da boa-fé objetiva nos moldes do que conhecemos hoje corresponde a uma resposta do Direito aos anseios sociais do período histórico.

Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 42) destaca, com propriedade, que a aplicação do princípio da boa-fé surgiu com função harmonizadora, exercendo o papel de conciliar o rigor lógico dedutivo da ciência do Direito no século XIX com a vida e as exigências contemporâneas, sendo, por isso, relevantíssima sua função no sistema jurídico aberto, uma vez que se apresentou como o método de evolução da interpretação do Direito positivo.

Com efeito, sua utilização pela jurisprudência e pela doutrina como norma instituidora de deveres e direitos às partes de uma relação jurídica ocorreu no contexto de transformação ocasionado pelas alterações econômico-sociais pelas quais passava a sociedade como um todo à época em razão do desenvolvimento do sistema capitalista - do que decorreu, por exemplo, a revolução industrial e o consumo massificado -, bem como em razão do desenvolvimento tecnológico, fatos que abalaram profunda e diretamente a estrutura social na Europa e nas Américas, aumentando significativamente o grau de complexidade das relações sociais.

Nessa conjuntura política, econômica e social, constatou-se que a coletividade necessitava de soluções jurídicas outras que as oferecidas pelo positivismo, soluções jurídicas que se revelassem mais ajustadas a sua nova realidade.¹⁵

¹⁵ Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2000, p. 278-286, *italico do autor e sublinhado nosso*), descreve com precisão o contexto ao discorrer sobre a inserção das cláusulas gerais nos ordenamentos jurídicos: “A história não segue linhas retas. [...] Nascem e desenvolvem-se as grandes empresas transacionais, constituem-se as associações de grupos sociais ou categorias, desenvolvem-se novas formas de instrumentação do domínio político e social (cada vez mais fundamentado na tecnologia e na chamada “revolução digital”), surgem os

Luis Díez-Picazo, o qual se manifestou com significativa clareza e pertinência sobre a boa-fé no prólogo por ele escrito na clássica obra de Franz Wieacker intitulada “El principio general de *“la buena fe”*”, assevera que a “utilização dinâmica” do princípio da boa-fé seria uma resposta às situações criadas pela segunda revolução industrial e pelas grandes crises econômicas, em um contexto em que a legalidade – compreendida como positivismo rigoroso composto por códigos lacônicos e lapidários com soluções claras para todos os casos – encontrava-se em crise como fórmula satisfatória para proporcionar soluções para os problemas sociais (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 16).¹⁶

Sem dúvidas o momento social era de reformulação do direito, traduzida pela abertura do sistema jurídico para abraçar os princípios como importantes normas jurídicas, ao lado das regras expressas e específicas, e para aceitar novas técnicas legislativas referentes à utilização de cláusulas gerais de Direito e termos indeterminados no corpo dos diplomas legislativos. Tratava-se, dessa forma, do redimensionamento do princípio da legalidade e do princípio da separação dos poderes de modo a se reconhecer ao operador do Direito a função de partícipe na criação das normas através da realização da atividade interpretativa, que passou a ser compreendida como inerente à aplicação daquelas.

partidos políticos de massa (que substituem os antigos partidos “de opinião”, ou “ideológicos”) e, fundamentalmente, verifica-se a mundialização prática da atividade econômica. Os processos produtivos se internacionalizaram, assim como a atividade econômica em si mesma considerada, a qual passa a desenhar uma até então desconhecida organização da atividade produtiva. Esta tende à substituição das iniciativas individuais e de uma organização do tipo fordista por grandes redes empresariais. Fala-se, por isso, na “reengenharia” dos processos de produção econômica, à qual corresponderia uma “reengenharia jurídica” das técnicas, extrajudiciais, de solução de controvérsia”. [...] As leis multiplicam não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. [...] Hoje já não é admissível aquele estático modelo de positividade. O acelerar da história, de um lado, e o conceito de positividade no direito que considera a dinâmica dialética do processo formativo e aplicativo das normas jurídicas, de outro, impõem a configuração de um diverso paradigma metodológico, tendo em vista não mais o modelo de sociedade hegemonicamente centrado na figura do indivíduo, do burguês empreendedor e confiante no progresso [...] mas fulcrado na pluralidade e na complexa tessitura das suas relações sociais de base. [...] As modificações da técnica e da linguagem legislativa estão, com efeito, no vértice deste complexo processo de alteração da cultura jurídica. [...] Irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social [...] Tem sido observada a formulação, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, enucleado na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação pontual e pormenorizada de suas consequências. Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhado com uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*.”

¹⁶ Em suas palavras: “*El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buenadosis de certidumbre, se desvanece.*” (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 16).

Nesse movimento, a boa-fé objetiva foi adotada pelos Tribunais tedescos, os quais se inspiraram, para tanto, no §242 do BGB¹⁷.

Cabe ressaltar, portanto, que a introdução da boa-fé objetiva como instituto jurídico no Direito Moderno também se deve a decisões judiciais, embora necessário frisar que seu desenvolvimento como princípio geral de Direito e sua sistematização resultaram do trabalho da doutrina alemã, a qual acabou por inspirar os demais ordenamentos jurídicos¹⁸, que com o tempo passaram a também contemplar o instituto expressamente¹⁹.

1.2 Núcleo de Sentido Semântico da Boa-Fé Objetiva

1.2.1 Considerações gerais

Consoante o exposto no item anterior, a boa-fé objetiva em sua roupagem moderna, conforme o sentido que lhe foi atribuído pelas mãos dos Tribunais e da doutrina alemã, determina um dever de agir de forma leal, sendo a lealdade traduzida pela idéia de comportamento responsável e coerente.

Ainda, nesse mesmo tópico foi asseverado que a boa-fé objetiva se consolidou, pelas mãos dos Tribunais, em um contexto jurídico em que a sociedade estava buscando respostas para os problemas que se apresentavam e que não estavam sendo adequadamente solucionados, em termos de Direito como concretização da Justiça, somente através da visão positivista de aplicação das regras existentes aos casos concretos.

Assim, tendo em vista a importância da atuação dos Tribunais na concretização da boa-fé objetiva, pode-se inferir que é através da análise jurisprudencial que melhor se

¹⁷ “O devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé, levando em conta os usos de tráfico”. Cabe, contudo, referir que a previsão inicial da boa-fé visava a reforçar a interpretação do negócio jurídico conforme a boa-fé subjetiva e não a criar outros deveres de conduta às partes.

¹⁸ Principalmente aqueles que haviam descansado sobre a concepção romana ou ainda guardado as influências do direito canônico, como é o caso do direito francês, no qual a boa-fé congelou como “uma fórmula de reforço de adstrição ao pactuado” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 128). Sobre a boa-fé no direito canônico, importa referir que equivalia à presença de pureza nas intenções, isto é, a abordagem dava-se não pela presença da boa-fé, mas pela ausência da má-fé (da consciência de se estar agindo de forma correta sem lesar a outrem), que simbolizava o pecado. Essa a única concepção da boa-fé no Direito canônico, a qual, diga-se de passagem, condiz com a noção de boa-fé em sua acepção subjetiva, e não objetiva. A esse respeito Cordeiro (1997, p. 159) afirma que “dentro do Direito canônico, ganhou uma dimensão axiológica, a entender dentro do espírito do pensamento cristão.”.

¹⁹ Nesse sentido, por exemplo: a) o Código Civil italiano, de 1942, cujos artigos 1.335, 1.336 e 1.337 impõem a aplicação da boa-fé para fins de interpretação, realização (tratativas e formação) e execução dos contratos; e b) o Código Civil português, de 1967, cujo artigo 227 determina que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”. (AZEVEDO, 2003, p. 35).

logrará desvendar o núcleo semântico da boa-fé objetiva. Essa a razão pela qual se passa a considerar, através da análise de julgados, especialmente aqueles ocorridos nas Cortes Superiores, em quais termos sua aplicação tem ocorrido no âmbito do Direito pátrio, especialmente o tributário.

1.2.2 Boa-fé objetiva como lealdade no sentido de dever geral de respeito à confiança e de mútua cooperação, proteção, informação e solidariedade

Por ocasião do julgamento do **Recurso Especial 1143216/RS**²⁰, a boa-fé objetiva foi entendida como fundamento do dever geral de confiança e lealdade, os quais se traduzem na ordem genérica de mútua cooperação, proteção e informação, bem como no dever de agir de forma solidária na concretização do adimplemento da obrigação tributária.

Nesse sentido, o Ministro Relator Luiz Fux, ao discorrer sobre as razões jurídicas pelas quais entendia que certo contribuinte deveria ser mantido no programa especial de parcelamento (PAES) apesar de não ter desistido formalmente de impugnação administrativa apresentada dois dias antes de sua adesão, referiu que da aplicação da “cláusula geral da boa-fé” surge o “**dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes**, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, **implicitamente**, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na **ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos**”.

Ainda, referiu que a boa-fé objetiva se prestava a tutelar “a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da **solidariedade** que deve existir entre ambos”, fazendo dessa forma menção implícita ao dever das partes de, na concretização dos valores da lealdade e confiança, agirem auxiliando-se dentro da perspectiva de contribuir para o adimplemento da obrigação principal da relação jurídica existente.

Inclusive, essa perspectiva de dever de cooperação, compreendido no sentido de que conduta deve ser considerada polarizada ao adimplemento do crédito objeto da prestação principal da obrigação tributária, é salientada pelo ilustre Ministro Relator Luiz Fux quando considera que “incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*” o sujeito “titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo os limites do

²⁰ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento”.

É o que se infere da afirmação do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho de que “**deve sempre ser prestigiada a boa-fé do recorrente**, isto é, deve-se partir da presunção de que as **partes litigantes se comportarão de forma leal [...]**”, bem como do trecho da ementa que registra que “os Embargos de Declaração constituem modalidade recursal destinada a suprir eventual omissão, obscuridade e/ou contradição que se faça presente na decisão contra a qual se insurge, de maneira que seu cabimento revela finalidade estritamente voltada para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que se quer seja cumprida com a **efetiva cooperação das partes.**” (Grifo nosso).

Não obstante, vislumbra-se a boa-fé objetiva sendo compreendida como o dever de comportamento leal e cooperativo das partes da relação jurídica tributária no julgamento dos Embargos de Declaração opostos em face da decisão proferida no Agravo Regimental interposto nos Embargos de Divergência apresentados no **Recurso Especial 1019056/SP**^{21,22}. No caso, o Recurso Especial não havia sido conhecido porque a guia de recolhimento das custas estava com o código da receita incorreto, sendo que a norma que regiam o código havia sido alterada apenas 29 dias antes do protocolo da peça recursal. Os Embargos de Declaração foram acolhidos, com efeito modificativo, determinando o processamento do Recurso Especial sob o fundamento da aplicação da boa-fé objetiva,

²¹ EDcl no AgRg nos EREsp 1019056/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2015, DJe 04/08/2015.

²² Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREENCHIMENTO ERRÔNIO DA GUIA DE RECOLHIMENTO DA UNIÃO (GRU). CÓDIGO DA RECEITA ALTERADO ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO APELO. BOA-FÉ CONFIGURADA. DESERÇÃO AFASTADA. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os Embargos de Declaração constituem modalidade recursal destinada a suprir eventual omissão, obscuridade e/ou contradição que se faça presente na decisão contra a qual se insurge, de maneira que seu cabimento revela finalidade estritamente voltada para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que se quer seja cumprida com a efetiva cooperação das partes.

2. Sem olvidar a circunstância de estarem jungidos à fundamentação vinculada, é possível a concessão de efeitos infringentes aos Aclaratórios no caso em que, conforme seja a deficiência a ser corrigida, seu suprimento acarrete, inevitavelmente, a modificação do julgado recorrido, conforme reverberam abalizada doutrina e jurisprudência.

3. No caso em apreço, o Recurso não havia sido conhecido porque a guia de recolhimento das custas estava com o código da receita incorreto, sendo certo que o código havia sido alterado 29 dias antes do protocolo do Apelo Especial.

4. Assim, ao meu ver, deve sempre ser prestigiada a boa-fé do recorrente, isto é, deve-se partir da presunção de que as partes litigantes se comportarão de forma leal; assim, embora a exigência formal não seja em si descabida ou desnecessária, as consequências do seu descumprimento devem ser apreciadas sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente: EREsp. 781.135/DF, de minha relatoria, CORTE ESPECIAL, DJe 20.5.2015.

5. Embargos de Declaração de COMERCIAL MODA LTDA E OUTRO acolhidos, conferindo-lhes efeitos modificativos, para cassar o acórdão da colenda Segunda Turma, assentando-se a tese paradigmática que afasta a deserção, porquanto prestigiada a boa-fé no recolhimento das custas, bem como a garantia do mais amplo acesso à jurisdição.

compreendida como fonte do dever de as partes de uma relação jurídica comportarem-se com lealdade, traduzida na idéia de que as condutas praticadas pelas partes são chanceladas pelo ordenamento jurídico na medida em que nelas se vislumbra a efetiva cooperação das partes para realização da finalidade da relação jurídica, a qual, no caso, era a de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Também no **Recurso Extraordinário nº 131741-8/SP**²³ a boa-fé objetiva foi utilizada relacionada à idéia de lealdade traduzida pelo respeito à confiança criada em razão da informação dada pela Administração Fiscal a um contribuinte, podendo-se inferir sua compreensão como dever geral de respeito à confiança e de atuação prudente conforme o ordenamento jurídico em vigor

No caso concreto, decidiu-se que cabia ao Estado indenizar os danos causados em razão de ter gerado prejuízos a um contribuinte em razão de uma informação incorreta que lhe foi passada através de uma consulta formal.

A situação apreciada foi a seguinte: A Destilaria Univalem S/A realizou consulta formal à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo a fim de alcançar a “certeza administrativa-tributária” quanto ao exato momento da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, se seria quando expedida a nota fiscal para entrega futura ou no momento da real saída dos produtos industrializados do estabelecimento. Foi-lhe respondido que seria quando da expedição da nota fiscal. Ocorre que posteriormente o contribuinte constatou que outras empresas do mesmo ramo estavam efetuando o recolhimento da exação quando da real saída dos produtos do estabelecimento, o que era bem menos oneroso tendo em vista a inflação da época, de forma que procedeu então a uma segunda consulta ao órgão fiscal, tendo-lhe sido, dessa vez, fornecida resposta diametralmente oposta à primeira. Nesse contexto a empresa contribuinte entrou com uma ação requerendo o ressarcimento dos prejuízos suportados.

O Ministro Relator Marco Aurélio, em seu voto²⁴, concluiu que padecia de amparo a tese de que a consulta tributária no caso concreto seria informal, pois havia efeitos²⁵

²³ Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

²⁴ Com o qual concordaram unanimemente os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nominalmente os Senhores Ministros Néri da Silveira, Carlos Velloso, Francisco Resek e Maurício Corrêa.

²⁵ O artigo 548 do Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias refere que decorrido o prazo contido na resposta, o qual não poderia ser inferior a 15 dias, se o consulente não tivesse procedido de conformidade com os termos da resposta estaria sujeito à lavratura de auto de infração, bem como às penalidades aplicáveis. Ainda, o artigo 96 da Lei Estadual nº440/74, §4º, estabelece que “a observância, pelo consulente, da resposta dada à

previstos pelo Regulamento do Imposto de Mercadorias, nos artigos 540 a 556, e pela a Lei Estadual nº 440/74 para a não adoção do entendimento contido na resposta. Nesse sentido, enfatizou que a empresa contribuinte agiu “**demonstrando inegável confiança no fisco [...] havendo adotado postura de absoluta boa-fé**” ao ter conformado seu procedimento à **resposta da consulta feita**, o que “[...] em última análise, veio a implicar antecipação do recolhimento do imposto” (grifo nosso).

Dessa forma, o caso foi considerado exemplar “no tocante à necessidade de adotar-se postura que estimule os contribuintes a acionarem o **instituto da consulta** e, ao mesmo tempo, atribua à Administração Pública uma maior responsabilidade ao respondê-las”. E isso, pois: “De duas, uma: ou a Administração Pública não está compelida a atuar no âmbito da consultoria, ou está e, claudicando, pouco importando o motivo, assume os danos que tenha causado ao contribuinte”, tendo sido frisado, ao final, que “o que não se concebe é que, diante da normatividade da matéria, fique a Administração Pública, na hipótese de equívoco – que, afinal, para ela implicou inegável vantagem – deixe de indenizar aquele que sofreu o correspondente prejuízo”.

Nesse contexto, o Relator Ministro Marco Aurélio salientou que “a relação jurídica Estado/contribuinte há de repousar, sempre, na **confiança mútua**, devendo ambos **atuarem com responsabilidade, fiéis ao ordenamento jurídico em vigor**” (grifo nosso).²⁶

Essa idéia é reforçada no julgamento do **Mandado de Segurança 32865**²⁷, no qual o Ministro Relator Celso de Mello aplicou a boa-fé objetiva relacionando-a à idéia de lealdade que deve haver nas relações jurídicas, traduzida pela responsabilidade que o Estado deve ter pelos efeitos de atos praticados por agentes de fato seu, uma vez que tais atos criam no cidadão a **expectativa legítima** de que são revestidos de regularidade e que gerarão os efeitos a quem se destinam.²⁸

consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime-o de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo considerado não devido”.

²⁶RE 131741-8, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 Ementa. Vol-01829-02 PP-00243

²⁷ MS 32865 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014.

²⁸ Nesse sentido, a sua argumentação de que se deve fazer preservar a integridade dos atos praticados por agentes de fato do Estado com fundamento “nos postulados da segurança jurídica, da **proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que constituem significativas expressões do Estado democrático de Direito** e que se qualificam como **vectores impregnados de elevado conteúdo ético, jurídico e social, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, em ordem a viabilizar a plena incidência desse mesmos princípios sobre comportamentos e decisões de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado**”.

1.2.3 Boa-fé objetiva como lealdade no sentido do dever do Estado de agir com prudência e cooperação, legislando de forma clara e simples

No **Recurso Especial 1338717/RN**²⁹, que versou sobre a reinclusão ou não dos débitos de um contribuinte no programa de parcelamento especial (PAES), os quais foram excluídos pela Receita da Fazenda por ausência de expressa renúncia em processo administrativo em que se discutia o crédito devido, nota-se a aplicação da boa-fé objetiva³⁰ quando o ilustre Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho refere que em razão da dificuldade e complexidade atinente às normas que regulavam o benefício fiscal que figurava no centro da lide, era exigível que a Administração Tributária Fiscal, quando apurasse alguma irregularidade, procedesse à notificação do contribuinte antes de excluí-lo pelo não cumprimento dos requisitos legais.

É o que se depreende da ponderação realizada pelo Ministro Relator que “não se pode negar que o contribuinte deve ter conhecimento das normas que regem o parcelamento, no entanto, sabe-se que algumas normas muitas vezes apresentam **exigência complexa e de difícil constatação**, o que ao meu sentir, não poderia ocasionar a sua imediata expulsão da moratória individual, sem lhe **oportunizar a sua adequação**”. (Grifo nosso)

Nesse sentido, observa-se a aplicação do valor da lealdade no sentido de que as partes encontram-se unidas em uma relação jurídica pelo vínculo da cooperação e que suas condutas devem polarizar-se à realização da finalidade que deu origem àquela relação jurídica em concreto, que, no caso dos autos, era o adimplemento, de forma diferida no tempo, do crédito devido pelo contribuinte ao Fisco.

O ponto torna-se ainda mais claro mediante a ponderação de que “o contribuinte simplesmente não renunciou expressamente ao processo administrativo que discutia a legalidade do crédito, mas cumpriu todos os demais requisitos exigidos pelo Fisco, além de **alcançar a sua finalidade principal** que é o pagamento pontual da dívida devida.” (Grifo nosso).

Ainda, nota-se no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho a vinculação da boa-fé objetiva à conduta prudente e responsável das partes em uma relação jurídica quando

²⁹REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

³⁰ Apesar de o princípio da boa-fé objetiva não ter sido expressamente mencionado como fundamento no voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, o qual foi seguido por unanimidade para negar provimento ao recurso especial, e, assim, manter a decisão de segundo grau a favor da reinclusão do contribuinte no PAES, nota-se a presença dos valores que constituem o núcleo semântico da boa-fé objetiva.

refere que “para a incidência de qualquer norma que restrinja direitos, deve-se agir com **prudência**” (grifo nosso).

1.2.4 Boa-fé Objetiva como dever lealdade traduzido na exigência do exercício do direito de modo regular, sem aproveitar-se a parte de sua própria torpeza e sem agir de modo velado, enganoso e incoerente

No **Recurso Especial 47.015/SP**^{31,32} a aplicação da boa-fé objetiva relacionou-se com a idéia de lealdade no sentido **de dever de conduta coerente, de lealdade à palavra dada e de exercício regular do direito traduzido pela vedação de se aproveitar uma das partes de sua própria torpeza.**

No caso em apreço, um determinado espólio havia ajuizado ação de desapropriação indireta contra a Fazenda do Estado de São Paulo, sob a alegação de que o governo paulista havia declarado dois lotes de sua propriedade como de utilidade pública para fins de desapropriação para implantação do parque estadual da Serra do Mar. Porém, sem que tivesse ajuizado ação de desapropriação direta, o poder público estadual passou a praticar atos em prejuízo da posse exercida pelo postulante.

³¹ REsp 47.015/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/1997, DJ 09/12/1997, p. 64655.

³² Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TITULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PUBLICO, ATRAVES DE FUNCIONARIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PROPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADMISSIBILIDADE. ALTERAÇÃO NO POLO ATIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL NA FASE RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA O PRINCIPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INSTITUIÇÃO DE PARQUE ESTADUAL. PRESERVAÇÃO DA MATA INSERTA EM LOTE DE PARTICULAR. DIREITO A INDENIZAÇÃO PELA INDISPONIBILIDADE DO IMOVEL, E NÃO SO DA MATA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I- SE O SUPOSTO EQUIVOCO NO TITULO DE PROPRIEDADE FOI CAUSADO PELA PROPRIA ADMINISTRAÇÃO, ATRAVES DE FUNCIONARIO DE ALTO ESCALÃO, NÃO HA QUE SE ALEGAR O VICIO COM O ESCOPO DE PREJUDICAR AQUELE QUE, DE BOA-FE, PAGOU O PREÇO ESTIPULADO PARA FINS DE AQUISIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCIPIOS DE QUE "MEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM" E DE QUE "MEMO CREDITUR TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS". II- FEITA A CITAÇÃO VALIDAMENTE, NÃO E MAIS POSSIVEL ALTERAR A COMPOSIÇÃO DOS POLOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SALVO AS SUBSTITUIÇÕES PERMITIDAS POR LEI (V.G., ARTS. 41 A 43, E ARTS.1.055 A 1.062, TODOS DO CPC). APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. INTELIGENCIA DOS ARTS. 41 E 264 DO CPC. PRECEDENTE DO STF: RE N. 83.983/RJ.

III- O PROPRIETARIO QUE TEVE O SEU IMOVEL ABRANGIDO POR PARQUE CRIADO PELA ADMINISTRAÇÃO FAZ JUS A INTEGRAL INDENIZAÇÃO DA AREA ATINGIDA, E NÃO APENAS EM RELAÇÃO A MATA A SER PRESERVADA.

PRECEDENTE DO STJ: RESP N. 39.842/SP.

IV- RECURSOS ESPECIAIS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

O argumento esposado pela Fazenda do Estado de São Paulo foi o de que a demandante não deveria ser considerada proprietária no caso concreto porque seus títulos aquisitivos seriam nulos, tendo em vista que eles teriam sido expedidos em desacordo com o teor do Decreto-Lei nº 14.916/45, o qual regulava a forma de alienação das terras devolutas.

Manifestando-se sobre o mérito, o Ministro Relator Adhemar Maciel, cujo voto foi acompanhado pela maioria dos Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça³³, ressaltou que “a máxima de que **nemo creditur turpitudinem suam allegans** (‘ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza’) [...] também pode ser invocada no caso dos autos”, tendo concluído que a Fazenda Pública realmente não poderia “décadas após a venda do imóvel realizada por funcionário de alto escalão em nome da Administração, vir a juízo pleitear a nulidade dos títulos” pois “se há mácula no título, essa foi causada pelo próprio poder público, o qual não pode invocar o suposto equívoco do seu secretário de Estado, para prejudicar aquele que legitimamente adquiriu a propriedade, pagando para tanto.”

Assim, observa-se que a boa-fé objetiva foi aplicada no caso concreto sob a faceta da lealdade à palavra dada, pois prevaleceu que o negócio jurídico firmado entre as partes deveria ser mantido, ainda que ocorrente um vício formal. Também se nota que a faceta da lealdade foi compreendida como o dever de a Administração Pública conduzir-se de modo coerente com o compromisso assumido, uma vez que recebera o valor avençado e jamais se insurgira, até aquele momento, contra o negócio jurídico. E, não obstante, a idéia de lealdade também compreendeu a concepção de que o direito deve ser exercido de modo regular, sem abuso, o que abrange a vedação de que as partes aleguem em seu favor sua própria torpeza, o que foi tentando pela Administração Pública quando procurou considerar inválido um negócio jurídico em razão de um erro pelo qual ela era responsável.

Importante, outrossim, pontuar que a boa-fé objetiva foi aplicada como dever de comportamento coerente, que seria o oposto ao comportamento inconsequente, traduzindo o exercício do direito de modo regular no **Recurso Especial 1144982/PR**³⁴³⁵, que versava

³³Votaram de acordo os Srs. Ministros Ari Pargendler e Hélio Mosimann, sendo vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins.

³⁴ REsp 1144982/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 15/10/2009.

³⁵ Ementa: TRIBUTÁRIO. ITR. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO DO MOVIMENTO "SEM TERRA". PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme salientado no acórdão recorrido, o Tribunal a quo, no exame da matéria fática e probatória constante nos autos, explicitou que a recorrida não se encontraria na posse dos bens de sua propriedade desde 1987.

sobre a incidência ou não do ITR sobre imóvel que havia sido ocupado há tempos pelo Movimento Sem Terra.

O Ministro Relator Mauro Campbell Marques vinculou o princípio da boa-fé objetiva à idéia de justiça e de lealdade ao referir que **não cabia ao Estado “aproveitando-se da sua própria inércia”**, tributar propriedade que, devido à sua própria omissão em prover segurança, ocasionou a perda das faculdades inerentes ao direito de propriedade da ora recorrida.” (Grifo nosso).

E isso, pois é dever seu “garantir que os demais particulares não violem o direito de propriedade de determinado cidadão”, razão pela qual considerou que “ofende o princípio da razoabilidade, o da boa-fé objetiva e o próprio bom senso o Estado utilizar-se da aparência desse direito ou do resquício que ele deixou, para cobrar tributos que pressupõem a incolumidade e a existência nos planos jurídicos (formal) e fáticos (material) dos direitos inerentes à propriedade”, tendo ressaltado “ser irrelevante que a omissão estatal limite-se a esferas diversas da Administração Pública, pois seus entes são partes de um todo maior que é o Estado brasileiro: ao final, é esse que responde pela garantia dos direitos individuais e sociais e pela razoabilidade da conduta de seus entes (em que se divide e organiza), aí se incluindo a própria autoridade tributária”.

2. Verifica-se que houve a efetiva violação ao dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da impetrante, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição.

3. Ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do venire contra factum proprium).

4. A propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Em que pese ser a propriedade um dos fatos geradores do ITR, essa propriedade não é plena quando o imóvel encontra-se invadido, pois o proprietário é tolhido das faculdades inerentes ao domínio sobre o imóvel.

5. Com a invasão do movimento "sem terra", o direito da recorrida ficou tolhido de praticamente todos seus elementos: não há mais posse, possibilidade de uso ou fruição do bem; conseqüentemente, não havendo a exploração do imóvel, não há, a partir dele, qualquer tipo de geração de renda ou de benefícios para a proprietária.

6. Ocorre que a função social da propriedade se caracteriza pelo fato do proprietário condicionar o uso e a exploração do imóvel não só de acordo com os seus interesses particulares e egoísticos, mas pressupõe o condicionamento do direito de propriedade à satisfação de objetivos para com a sociedade, tais como a obtenção de um grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente, o pagamento de impostos etc.

7. Sobreleva nesse ponto, desde o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, o pagamento do ITR como questão inerente à função social da propriedade. O proprietário, por possuir o domínio sobre o imóvel, deve atender aos objetivos da função social da propriedade; por conseguinte, se não há um efetivo exercício de domínio, não seria razoável exigir desse proprietário o cumprimento da sua função social, o que se inclui aí a exigência de pagamento dos impostos reais.

8. Na peculiar situação dos autos, ao considerar-se a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade sem o devido êxito do processo de desapropriação, é inexigível o ITR diante do desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade.

9. Recurso especial não provido.

Também com o **sentido de lealdade, traduzido pelo exercício do direito de modo regular, mas no sentido de vedação a enganações**, cabe referir a menção da boa-fé objetiva no julgamento do **Recurso Especial nº 554622/RS**³⁶, que versava sobre a impenhorabilidade de bem de família tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. Na ocasião, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito³⁷, acompanhando o Ministro Relator Ari Pargendler, que havia referido que o princípio da boa-fé objetiva devia ser considerado na aplicação de todos os regramentos genéricos, se manifestou no sentido de considerar que **a enganação representa um rompimento da boa-fé objetiva**.

Na mesma direção a aplicação da boa-fé objetiva por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário interposto perante o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre no julgamento do **Processo 001.106687.10.7**³⁸. Entendeu-se, na ocasião, que a boa-fé objetiva atuaria para vedar a conduta eivada de “veleidades ou manobras”, consideradas como tal a omissão de fatos relevantes e os comportamentos “inconsequentes”, isso é, contraditórios entre si durante o desenvolver da relação jurídica. Agir dessa forma configuraria desrespeito ao dever de lealdade por consistir no exercício não regular do Direito na medida em que violaria as legítimas expectativas criadas na outra parte da relação jurídica em razão da conduta previamente adotada.

A boa-fé objetiva foi utilizada como fundamento de reforço na justificativa do não provimento, por maioria, do recurso interposto pelo contribuinte, clube de futebol renomado, que havia requerido o reconhecimento de Imunidade do IPTU, com base em dois argumentos: (a) de que estava ao abrigo da norma constitucional imunizante, em vista de se tratar de entidade assistencial nos moldes do disposto no art. 150, VI, letra ‘c’, da CF/88; ou ainda, alternativamente, (n) de que se encontrava ao abrigo da Isenção do tributo, com base no artigo 113, § 4º, da Lei Orgânica Municipal, combinado com o artigo 70, inciso II, da Lei Complementar Municipal nº 07/73, em face de consistir em entidade esportiva sem fins lucrativos.

³⁶ REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 527.

³⁷Nesse sentido, o seguinte excerto de sua manifestação: “De fato, Sua Excelência lembrou que temos precedentes da própria Segunda Seção que admitem a possibilidade da renúncia quando se tratar do Código de Processo Civil, mas, com relação a bem de família, não se admite tal possibilidade. No entanto, há um aspecto que se tem de considerar. No caso, há uma inversão de bem de família, ou seja, o devedor tirou o bem de família do credor e, nessa medida, **o bem de família que foi retirado por um ato que configurou uma enganação, um rompimento da boa-fé objetiva**, não está alcançado por aquele precedente que, de forma geral, entendeu que, na verdade, não pode haver a renúncia do bem de família, mas isso, é claro, admitindo-se a hipótese da normalidade.” (Grifo nosso)

³⁸ Processo 001.106687.10.7 (001 100655 10 6 – 001 105457 10 8), Resolução nº 033/2011/2, 2ª Câmara, Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, Relator Conselheiro Claudio Lopes de Almeida, julgado em 14 de abril de 2011.

Analisando as peculiaridades do caso concreto³⁹, o Conselheiro Relator Claudio Lopes de Almeida concluiu que, porque cabe ao processo administrativo atender ao interesse público, “os atos e palavras nele consignados devem ser eivados de boa-fé, lastreados pela **veracidade e responsabilidade dos agentes envolvidos**, comportamento este condizente com a transparência e eticidade que o Estado Democrático de Direito almeja” de forma que “não há espaço, neste plano, para veleidades ou manobras”. Afirmou, ainda, que caso fossem constadas veleidades ou manobras, deveria “a quem as pratica, arcar com as consequências, em observância ao interesse público em jogo” (grifo nosso). Ainda, acresceu ao final que devia ser aplicado ao processo administrativo “o princípio da **boa-fé objetiva**, inscrito no Código Civil que impõe conduta orientada pela **honestidade, lealdade e probidade dos sujeitos participantes de uma relação jurídica**” (grifo nosso).

Outro exemplo da aplicação da Boa-fé Objetiva como a imposição da atuação das partes em consonância com o ordenamento jurídico como tradução do exercício dos direitos de modo regular, é encontrado no julgamento do **Recurso Especial nº 1200112/RJ**⁴⁰.

³⁹Nesse sentido, parcial extrato do voto do Relator Conselheiro Claudio Lopes de Almeida: O Contribuinte foi notificado da decisão denegatória de sua Reclamação em 13 de outubro de 2010 e interpôs em 09 de novembro de 2010 o presente Recurso Voluntário sendo, portanto, tempestivo, nos termos do art. 62, inciso III, da L.C. 07/73, pelo que o conheço. Retomando sinteticamente o curso do pleito do Contribuinte pelo reconhecimento da imunidade tributária prevista nos texto constitucional ou pela concessão de isenção de IPTU, com base na legislação municipal, destaco para fins da presente decisão que o Contribuinte obteve êxito parcial de seu pedido em face da concessão de isenção dos imóveis utilizados nas suas finalidades essenciais. Não logrou o mesmo êxito em relação às inscrições de IPTU 1134559, 11314621, 8804486, 8804508, 8717117 e 8943044, havendo, nestes casos, os lançamentos respectivos e, em sequência, impugnação pelo Contribuinte. Note-se que o Contribuinte foi pessoalmente notificado dos lançamentos mencionados acima, na pessoa do 2º Vice-Presidente do clube, em 13 de agosto de 2010, conforme consta às fls. 306 a 337 do expediente inicial. Ato contínuo houve comunicação à fazenda municipal, especificamente ao TART, por meio do Ofício nº 239/2010, nesta mesma data, afirmando o Contribuinte concordar com a decisão apresentada pelo fisco, informando ainda não possuir interesse em interpor recurso contra a decisão proferida e concordando com os termos nela descritos. Solicita ainda o julgamento do Recurso Oficial com máxima urgência pelo TART. O Ofício é assinado pelo Vice-Presidente de Serviços Jurídicos. Em 17 de agosto o Recurso Oficial é julgado e mantida a decisão da Primeira Instância, ou seja, naqueles termos em que o Contribuinte de livre vontade anuiu. Friso a celeridade deste trâmite: 1. Decisão da Primeira Instância; 2. Anuência da Chefia e encaminhamento do Recurso Oficial; 3. Envio do expediente ao Defensor da Fazenda para manifestação; 4. Notificação pessoal do Contribuinte; 5. Ofício do Contribuinte concordando com a decisão e desistindo de recorrer. ***Todos estes passos ocorridos no mesmo dia, ou seja, em 13 de agosto de 2010.*** O processo é pautado para julgamento **quatro dias** após esta tramitação. É evidente aqui a celeridade do trâmite. [...]. Fica patente, pelas manifestações acima, a preocupação daqueles que atuam no processo, em fundamentar suas razões, com a seriedade inerente que se coloca em cada pormenor consignado no processo. O zelo deste procedimento visa não só resguardar o sujeito da lide, mas buscar o uso apropriado do expediente no melhor atendimento do interesse público. Este proceder deve também ser observado pelo Contribuinte. É lícito que o contribuinte busque celeridade em ver seu pleito atendido, buscando os meios disponíveis para tal. Nada a obstar neste agir, pelo contrário, é fazer valer seu direito. No caso em tela, obteve êxito neste pleito, pela celeridade acima indicada. Este agir, porém, após obter seu êxito, não pode ser posteriormente negado de forma inconsequente, à revelia do que foi categoricamente afirmado e consumado.” (Negrito do autor, sublinhado nosso).

⁴⁰ REsp 1200112/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJE 21/08/2012.

A causa versava sobre a impenhorabilidade de bem de família oferecido como garantia para ingresso no REFIS e enfatizou-se que a boa-fé objetiva implica no exercício regular do direito pelas partes, tendo sido ressaltado que “não se pode tolerar que da utilização abusiva do direito, com **violação inequívoca ao princípio da boa-fé objetiva**, possa advir benefício para o seu **titular que exerceu o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico**”. Ressaltou-se, ainda, que “**um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, de modo que nenhum ato, contrato ou direito pode ser exercido sem observância deste princípio**” (grifo nosso).

No caso concreto, foi oferecido à penhora o único bem imóvel da família, o qual já havia sido oferecido anteriormente em hipoteca como garantia de um empréstimo bancário. Entendeu-se que a conduta foi desleal na medida em que para obter um benefício fiscal foi ofertado em garantia bem sabidamente impenhorável.

1.2.5 Da Proposta de Sistematização

Ao se propor uma definição do núcleo semântico da boa-fé objetiva no direito tributário, se pretende sistematizar as idéias que se traduzem pela aplicação do valor da lealdade no âmbito das condutas humanas.

É fundamental a sua importância na medida em que repercute diretamente na força normativa do instituto jurídico, pois quanto mais clara for a delimitação de seu conteúdo e das hipóteses de sua aplicação, mais fácil e simples será sua aplicação, o que, por sua vez, certamente influencia na frequência de seu uso pelo operador do Direito, o qual busca a solução do problema da forma mais eficiente possível.

Tal como em suas origens, constata-se que a boa-fé objetiva tem como núcleo semântico a lealdade. É, portanto, em torno da idéia de concretização do valor da lealdade como modelo de conduta constitucionalmente implementado no ordenamento jurídico pátrio que se dá a aplicação da boa-fé objetiva.

Conforme se depreende da análise jurisprudencial exposta, pode-se concluir que o ideal de lealdade traduz-se, essencialmente, no âmbito do Direito Tributário: (a) pelo dever de confiança mútua entre as partes; (b) pelo dever de cooperação entre as partes tendo em vista que a consecução da finalidade para a qual a relação jurídica foi criada; (c) o dever de agir de forma solidária, responsável, consequente e coerente, o que revela o respeito pelas legítimas expectativas geradas por condutas prévias; (d) o dever de agir com transparência e

informar de modo claro o necessário para que a outra parte possa cumprir com os deveres que lhe correspondem; (e) o dever de não enganar e de não lesionar a outra parte; e (f) o dever de não pretender beneficiar-se de sua própria torpeza.

1.3 Aplicação a todas as partes da relação jurídica

Partindo da análise léxica do conceito que constitui o núcleo semântico da boa-fé objetiva, qual seja, o referente à idéia de lealdade, culmina-se na conclusão de que a norma se aplica a **todas** as partes diretamente envolvidas na relação jurídica, pois ela contém, inexoravelmente a idéia de **reciprocidade**. Todas as partes devem ter um propósito em comum, qual seja: o de agir conforme o ordenamento jurídico e tendo em vista a realização da finalidade que justifica a existência da relação jurídica que as vincula.

Uma ressalva, contudo.

Reciprocidade no sentido de que a boa-fé objetiva vá operar impondo a todas as partes o dever geral de conduzir-se de modo leal e não no sentido que a consequência trazida pela sua operabilidade vá ser a mesma a cada uma das partes, pois embora a finalidade da relação jurídica que as vincula seja a mesma, os interesses de cada uma das partes em geral diferem. Isso ocorre especialmente no âmbito do Direito Tributário, considerando que interessa ao Estado, especialmente sob o viés social, a busca por aumentar sua arrecadação, sem a qual não é possível patrocinar os seus programas de governo, ao passo que ao contribuinte interessa pagar o tributo na medida do estritamente necessário conforme a imposição legal que o institui.

Saliente-se, ainda, que embora desde já fique claro, considerando os julgados até o momento apresentados, que no âmbito do Direito Tributário a norma da boa-fé objetiva tenha por principal escopo operar para fins de proteção do administrado, isso não significa que ele também não deva agir consoante seus preceitos.

No acórdão que julgou o **Recurso Especial nº 1.143.216/RS**⁴¹, o Ministro Relator Luiz Fux salientou que decorrem da aplicação da clausula geral da boa-fé objetiva “deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por **ambas as partes** da relação obrigacional” (grifo nosso).

⁴¹ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010.

Ainda, na ocasião do julgamento do **Recurso Extraordinário nº 131741-8/SP**⁴², o Relator Ministro Marco Aurélio fez uso da boa-fé objetiva para fundamentar sua decisão e frisou que “a relação jurídica Estado/contribuinte há de repousar, sempre, na confiança mútua, **devendo ambos atuarem** com responsabilidade, fiéis ao ordenamento jurídico em vigor” (grifo nosso).

Por fim, cabe também pontuar que no julgamento do Recurso Voluntário referente ao **Processo 001.106687.10.7**⁴³, que tramitou perante o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, a boa-fé objetiva foi utilizada em favor do Fisco para fins de não conhecimento do Recurso Voluntário em face de conduta deliberadamente contraditória realizada pelo contribuinte, que anteriormente havia se manifestado concordando expressamente com a decisão monocrática da Autoridade Fiscal, em um contexto que lhe interessava agilizar o trâmite do procedimento administrativo à época.

No caso, o Relator Conselheiro considerou que a boa-fé objetiva deveria traduzir-se “pela honestidade, lealdade e probidade **dos sujeitos participantes** de uma relação jurídica” (grifo nosso).

Portanto, pode-se considerar como característica da boa-fé objetiva a sua aplicação a todas as partes da relação jurídica.

1.4 Aplicação nos Casos Concretos

Importante realçar, ainda, no esforço de delinear os contornos de aplicação da boa-fé objetiva, que seu campo de atuação se restringe aos **casos concretos**, pois se trata de noção cujo sentido integral de conteúdo somente é possível de ser captado através da consideração das peculiaridades de uma situação concreta.

Com efeito, a boa-fé objetiva opera através da construção jurídica de um *standard* de conduta (um modelo do que seria uma conduta adequada) que parte da análise das circunstâncias do caso concreto, consideradas sob a perspectiva das expectativas sociais a

⁴² Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

⁴³ Processo 001.106687.10.7 (001 100655 10 6 – 001 105457 10 8), Resolução nº 033/2011/2, 2ª Câmara, Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, Relator Conselheiro Claudio Lopes de Almeida, julgado em 14 de abril de 2011.

respeito do que deve ou não naquele contexto ser considerado como consoante com o ordenamento jurídico, isso é, como comportamento responsável, coerente, respeitador das expectativas do outro e voltado à efetiva realização da finalidade a que a relação jurídica visa cumprir.

1.5 Boa-fé Objetiva e Ética

A norma da boa-fé objetiva imbuí-se de conteúdo ético na medida em que determina a valoração da conduta das partes de uma relação jurídica em relação ao que os demais membros da sociedade esperam daquelas partes, o que a aproxima da essência da ética, a qual diz respeito à conduta individual considerada no ambiente social.

Reconhecendo esse caráter ético pertinente à boa-fé objetiva pode-se mencionar, exemplificativamente, a manifestação do Ministro Celso de Mello em sua decisão a respeito do pedido liminar realizado no **Mandado de Segurança 32865**⁴⁴, quando referiu que tanto o princípio da boa-fé objetiva quanto o princípio da proteção à confiança “se qualificam como vetores impregnados de **elevado conteúdo ético, jurídico e social**”.

De se ressaltar que a ética incorporada pela boa-fé objetiva é uma ética prática e relativa, e não uma ética material-normativa de validade universal e caráter atemporal.⁴⁵ E, justamente por isso, é que se atribui a esse teor ético da boa-fé objetiva a noção de que ela é norma de conteúdo fluído, em permanente construção.

A boa-fé objetiva se operacionaliza através da construção metódica, pelos operadores do direito, de um modelo de conduta (*standard*) utilizando como critério o que socialmente deveria ser considerado como esperado e adequado, mediante as condições de certo caso concreto. Ocorre que o socialmente esperado muda, conforme muda a sociedade que espera. Assim, nesse sentido a possibilidade de o princípio da boa-fé objetiva estar em permanente construção.

⁴⁴ MS 32865 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014.

⁴⁵ Luis Díez-Picazo, por esse termo “ética jurídica” introduz a idéia – e ao mesmo tempo expõe sua perplexidade e mesmo temor – de que se trataria de uma ética construída pelos juristas e que não necessariamente refletiria o que a sociedade pensa, mas sim o que esse determinado setor entende. Nesse sentido: “*Hay, pues, una variabilidad histórica (¿ética de situación?) de los criterios, pero hay también una conmoción de los mismos por referencia a casos de conflicto que son propios del mundo del derecho y en alguna medida típicos. Por esto, la definición de esta ética no es un asunto de las convicciones o concepciones imperantes o generalizadas en una comunidad histórica. Es un asunto de la case o del estamento de los juristas, como únicos intérpretes posibles. Es una ética jurídica.*” (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 15)

Em outras palavras, a forma como é construído o critério que dá forma ao padrão de conduta (*standard*) que será utilizado, pela aplicação da boa-fé objetiva, para fins de valoração da conduta das partes é propícia a sofrer alterações conforme as expectativas sociais são alteradas, considerando-se, dessa forma, apta a moldar o Direito à evolução social sem que necessariamente precisem ser alterados os textos normativos.

Inclusive, atribui-se a esse caráter dinâmico da boa-fé objetiva o profundo impacto por ela causado no ordenamento jurídico.⁴⁶

Além de que essa é a razão pela qual se vincula – simbioticamente - a boa-fé objetiva ao **sistema aberto**⁴⁷, entendido esse, simplificada, como o sistema jurídico que concebe o princípio da legalidade como a obediência das normas jurídicas consideradas elas princípios ou regras, bem como o sistema jurídico que se utiliza da técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos indeterminados.⁴⁸

Afinal, se por um lado, por se configurar em um conceito indeterminado, a boa-fé objetiva somente existe dentro do contexto de um sistema que efetivamente opere por cláusulas gerais e conceitos indeterminados; por outro lado, o sistema para ser considerado como aberto precisa de elementos que garantam a coerência entre as normas, uma vez que a

⁴⁶ Tal como há tempos já declarara Luis Diez-Picazo ao expor, quando da redação do prólogo da renomada obra de Franz Wieacker que versa sobre o assunto, sua reflexão sobre o tipo de comoção que o ingresso do fator ético produz ao direito através do princípio da boa-fé: “*La conmovición que una **dinámica utilización** del principio de buena fe produce en el derechoes muy profunda*” (DIEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 15-16, grifo nosso).

⁴⁷ Nesse sentido Judith Martins-Costa (2000, p. 413, grifo nosso), a qual, se referindo à necessidade de apreciação as circunstâncias do caso para fins de alcance do significado da valoração que a sua operabilidade impõe, pondera que “por estas características constitui a boa-fé objetiva uma norma proteiformica, que convive com um **sistema necessariamente aberto**, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.”

⁴⁸ Sobre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, Judith Martins-Costa (2000, p. 274) ensina que: “[...] as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, as normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico.” Ela acrescenta: “Através do sintagma ‘cláusula geral’ costuma-se designar tanto determinada técnica legislativa em si mesma não-homogênea quanto certas normas jurídicas, devendo, nessa segunda acepção, ser entendidas pela expressão ‘cláusula geral’ as normas que contêm uma cláusula geral. É ainda possível aludir, mediante o mesmo sintagma, às normas produzidas por uma cláusula geral (2000, p. 286)”. E, ainda, a autora ensina: “O mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido, é o §242 do Código Civil alemão, [...]” (2000, p. 287); e por fim: “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que *estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo este ponto – de apelo à discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a *técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal*. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via jurisprudencial”. (2000, p. 299, grifo do autor).

idéia de sistema jurídico pressupõe um todo que, apesar de composto por variadas e diferentes partes, consegue formar uma unidade, e a boa-fé objetiva opera justamente como uma dessas normas estruturadoras. É o que faz, por exemplo, ao unir as relações jurídicas e as partes nelas envolvidas no cumprimento da finalidade que justifica a existência de tais relações jurídicas e ao estabelecer que o critério constitucionalmente adotado para a legitimação das condutas realizadas no âmbito das relações jurídicas é que elas promovam a lealdade.

Entretanto, embora imbuída de teor ético, importante ressaltar que a boa-fé objetiva **não se confunde com a ética** – é um instituto jurídico⁴⁹.

É o que fica evidente quando se considera que: (a) trata-se de norma que institui o dever geral de que as partes de uma relação jurídica ajam com lealdade, sendo que somente no caso concreto será possível aferir como a lealdade se concretiza; (b) trata-se de norma sistematizada, cujo conteúdo em termos de âmbito de aplicação se revela por meio das funções que classicamente lhe são atribuídas; e (c) consiste em norma que traz em sua essência não apenas o valor da lealdade, mas também a relevante técnica hermenêutica referente ao modo como se deve processar a construção de um *standard* de conduta, representando uma forma de se objetivar a valoração dos comportamentos humanos e realizar a atividade de aplicação do Direito consoante os ditames da igualdade no tratamento conferido às pessoas.

1.6 Conclusões Parciais

Tem-se a título de *primeira conclusão parcial* do trabalho que o instituto da boa-fé objetiva como norma, isso é, como fonte de direitos e deveres exigíveis judicialmente, teve origem no Direito Romano, quando tinha por núcleo semântico a idéia da fidelidade traduzida pela manutenção à palavra dada.

A título de *segunda conclusão parcial* aponta-se que foi por muito significar, na medida em que com o tempo passou a ser aplicada para regulamentar situações bem diferentes entre si, como era o caso da boa-fé no pertinente à usucapião e da boa-fé relacionada à idéia de justiça quanto ao arbitramento do valor das indenizações, que o instituto foi perdendo força normativa.

⁴⁹ Sobre isso, Judith Martins-Costa (2000, p. 413) enfatiza que “[...] é, incontrovertidamente, regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias. Solução jurídica, repito, e não de cunho moral, advindo a sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto”.

A título de *terceira conclusão parcial* importa referir que a boa-fé objetiva ressurgiu com a feição de princípio geral de direito a partir de sua aplicação pelos Tribunais alemães e de sua sistematização pela doutrina alemã, a qual distinguiu as duas facetas da boa-fé, a objetiva e a subjetiva, caracterizando-se aquela pela valoração das condutas dos contratantes tendo como método de objetivação da análise a construção de um *standard* daquilo que seria considerado como uma conduta leal - e, portanto, consoante o ordenamento jurídico - considerando as circunstâncias do caso concreto.

A título de *quarta conclusão parcial*, tem-se que no Direito Tributário brasileiro pode-se considerar, a partir da análise jurisprudencial, que a boa-fé objetiva conserva em seu núcleo semântico o valor da lealdade, o qual se traduz, exemplificativamente, (a) pelo dever de cooperação entre as partes tendo em vista que a consecução da finalidade para a qual a relação jurídica foi criada; (b) o dever de agir de forma solidária, responsável, consequente e coerente, o que revela o respeito pelas legítimas expectativas geradas por condutas prévias; (c) o dever de agir com transparência e informar de modo claro o necessário para que a outra parte possa cumprir com os deveres que lhe correspondem; (d) o dever de não enganar e de não lesionar a outra parte; e (e) o dever de não pretender beneficiar-se de sua própria torpeza.

Em suma, pode-se afirmar um comportamento leal é um comportamento responsável, coerente, respeitador das expectativas do outro e voltado à efetiva realização da finalidade a que a relação jurídica visa cumprir.

Ainda, como *quinta conclusão parcial*, cabe apontar que a boa-fé objetiva aplica-se a todas as partes vinculadas a uma relação jurídica.

A *sexta conclusão parcial* a ser apresentada é que o campo de atuação da boa-fé objetiva restringe-se aos casos concretos, pois é somente mediante as considerações das peculiaridades de cada situação que se torna possível aferir o seu sentido de conteúdo integral, o qual, portanto, varia de caso a caso.

A *sétima conclusão parcial* a que se chega nesse capítulo, por fim, é a de que apesar de seu conteúdo revelar-se essencialmente ético, na medida em que impõe a valoração da conduta das partes de uma relação jurídica tendo como critério aquilo que a coletividade espera, e a ética consiste justamente na consideração das consequências da conduta individual em face da sociedade - sendo certo que a eticidade que lhe permeia é a razão pela qual é considerada como um instituto jurídico dinâmico que viabiliza que o Direito se molde à evolução social sem que necessariamente sejam alterados os textos normativos - é importante destacar que não se confunde com a ética. E isso, pois possui evidente caráter normativo, o

qual é evidente considerando que da aplicação da boa-fé objetiva resultam direitos e deveres que devem ser cumpridos pelas partes, sob pena de possível repercussão na esfera patrimonial daquele que violar a norma.

CAPÍTULO 2: DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E SUBJETIVA

Este capítulo tem por escopo tentar dissipar a névoa que paira sobre a distinção da faceta objetiva e subjetiva da boa-fé, o que se revela como tarefa das mais árduas, considerando que, apesar da aparente – e saliente-se, apenas aparente – concordância que a doutrina apresenta sobre o assunto, são poucos aqueles que se atrevem a dedilhar suas profundezas.

Inicialmente, será apontada a distinção conforme exposto pela doutrina civilística, uma vez que foi no âmbito do Direito Obrigacional que o instituto da boa-fé objetiva obteve, até o momento, maior atenção e desenvolvimento doutrinário. Em seguida, serão abordados os problemas que são vislumbrados quando adotados apenas os critérios de distinção propostos na doutrina. Por fim, serão apresentados os aspectos, além dos já apontados, que se entende aproximarem e distanciarem os institutos da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva.

2.1 Critérios distintivos conforme a doutrina

Conforme se extrai da exposição do desenvolvimento histórico da noção de boa-fé, sua concepção como norma recebeu, no decorrer do tempo, diversas significações e funções, o que lhe impôs o enfraquecimento de seu uso.

O seu renascimento e fortalecimento no direito moderno foi diretamente proporcional ao êxito em delinear os contornos do instituto da boa-fé objetiva em termos de finalidade, conteúdo, função e operabilidade – trabalho esse, que, cabe dizer, permanece em constante construção.

O processo de sistematização do instituto acima referido perpassa necessariamente pela distinção⁵⁰ entre a dimensão subjetiva e objetiva da boa-fé, já que cada uma dessas facetas, embora ligadas de forma direta e intrínseca⁵¹, representa uma forma diferente de se pensar a forma de concretização do valor lealdade, o qual traduz o núcleo

⁵⁰ Como bem ensina o professor Reale (2002, p. 41), ao tratar da diferença entre a moral e o direito, que “devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las”.

⁵¹ Pois possuem a mesma finalidade imediata, qual seja: a promoção da lealdade como forma ideal de conduta nas relações jurídicas interpessoais.

semântico do instituto da boa-fé. Elas possuem, dessa forma, distintas finalidades mediatas e, portanto, distintas funções^{52 53}.

A polêmica entre a chamada concepção psicológica (boa-fé subjetiva) e a concepção ética (boa-fé objetiva) é antiga (DÍEZ-PICAZO, apud WIEACKER, 1977, p. 13).

Salienta-se, inclusive, que até os dias de hoje há confusão quando da aplicação da teoria da boa-fé⁵⁴, contudo pode se considerar já sedimentado pela doutrina o reconhecimento de que boa-fé possui duas perspectivas – no ordenamento pátrio chamadas de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.⁵⁵

De fato, a análise mais profunda da jurisprudência indica falta de nítida clareza na utilização dos institutos – salvo no campo dos direitos reais -, o que pode ser atribuído à própria doutrina não ser convergente sobre os limites de cada uma das facetas da boa-fé.

Ademais disso, entende-se que muito contribui para a miscelânea na utilização do instituto como fundamento jurídico argumentativo a falta de aprofundamento e disseminação da função normativa de criadora de deveres jurídicos exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, o qual é utilizado, na maioria dos casos em que serve de argumento para fundamentar teses jurídicas, em sua função de limitadora dos direitos subjetivos através, por exemplo, da máxima do *venire contra factum proprium*.

⁵² Aqui, importante desde já esclarecer o significado com que são utilizados os termos ‘finalidade imediata’, ‘finalidade mediata’ e ‘funções’. Finalidade imediata é o propósito principal da norma e finalidade imediata é o propósito secundário da norma (principal e secundário nesse contexto são utilizados não com sentido semântico de importância, mas para ressaltar a qualidade normativa que primeiro ressalta quando em contato com a norma). Por seu turno, função é o espaço de operação da norma no sistema jurídico, a forma como ela pretende cumprir com sua finalidade.

⁵³ Humberto Ávila (2009, p. 25) alerta para a necessidade de diferentes designações quando se tratarem de fenômenos diversos, casos em que não há que se falar de “uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto”.

⁵⁴ Por todos, Judith Martins-Costa (2000, p. 421, grifo do autor) assevera que “a análise dos repertórios jurisprudenciais brasileiros demonstra que grande parte das decisões fundadas na boa-fé lhe conota tão-somente a aceção marcada pelo subjetivismo, seja a de ‘errônea crença’, seja a de ‘ignorância executável’, ou, então, a aceção que, traçada no direito canônico, infiltrou a jurisprudência francesa, qual seja o apelo à boa-fé como *fórmula de reforço à adstringibilidade ao pactuado*”.

⁵⁵ Quanto às posições contrárias à existência de duas facetas da boa-fé, Flávio Rubinstein (2010, p. 43) refere que “para alguns autores, como Manganaro e Saco, restam evidentes o fundamento unitário da boa-fé e a irrelevância da distinção entre as facetas objetiva e subjetiva do princípio. Isto porque na boa-fé subjetiva, ainda que se privilegie o convencimento psicológico do sujeito, não se exclui a valoração da retidão do comportamento, considerando linhas objetivas. Somente assim é que se poderia explicar por que a boa-fé subjetiva justificaria um comportamento errôneo que, apesar de contrário a uma norma jurídica, considerar-se-ia ‘correto’”. Ainda, de se referir que Giacomuzzi (2013, p. 236-237) menciona que para Hauriou não havia diferença entre a boa-fé subjetiva ou objetiva, bem como que na França (e em outros países) a expressão que designa os termos é uma só (*Bonne foi*), ao contrário do que ocorre na Alemanha (*Treu und Glauben* e *guter Glauben*). Ele apenas indicou a boa-fé do §157 do BGB como parâmetro.

De se remarcar, ainda, que se por um lado a doutrina é farta em qualificar a boa-fé objetiva como princípio, pouco se encontra sobre a natureza normativa da boa-fé subjetiva.

Seria a boa-fé subjetiva apenas um elemento integrante da norma, como defendem Díez-Picazo⁵⁶ e Negreiros⁵⁷, ou seria em si mesma uma norma? Ainda, se compreendida como norma, consistiria em um princípio ou em uma regra de aplicação do direito? Para ser possível responder a tais perguntas, essenciais na distinção das facetas da boa-fé, importa, antes, fixar a diferença quanto à finalidade mediata e funções do instituto jurídico sob cada uma dessas vertentes.

Como acima já visto, a noção de boa-fé gira em torno do **valor da lealdade como atributo necessário de uma conduta legítima**, a qual pode ser traduzida por conduta correta nos moldes do que indica o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas as leis escritas).

Ocorre, porém, que a prática do que é correto pode ser analisada tanto da perspectiva da intenção de agir correta e lealmente, quanto da perspectiva propriamente da conduta – ativa ou passiva – realizada, considerada sob a ótica coletiva e não individual.

No primeiro caso, quando a boa-fé relaciona-se com o sujeito da relação jurídica, isso é, com a sua vontade em ser correto, diz-se tratar de boa-fé subjetiva ou psicológica. **Subjetiva** porque diz respeito ao sujeito da relação jurídica e **psicológica** porque o foco da valoração é a intenção do sujeito, fenômeno que ocorre no plano psicológico: das idéias, das vontades, dos sentimentos. Todos esses substantivos abstratos e de foro íntimo do sujeito agente.

No segundo caso, quando a boa-fé se relaciona com a conduta realizada, entende-se tratar da boa-fé objetiva ou ética⁵⁸. **Objetiva** porque o objeto de valoração é a

⁵⁶ Luis Díez-Picazo (DIEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 11-12) se refere à boa-fé (citando artigos do Código Civil Espanhol, a exemplo do artigo 69, que determina que o casamento contraído de boa-fé produz efeitos civis ainda que seja declarado nulo), em sua vertente subjetiva, como elemento de um suposto fato normativo. E salienta que coisa bem diferente é o princípio geral da boa-fé, que consiste em uma norma jurídica completa a qual alça a qualificação de princípio geral de direito, pois todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem ser comportar de boa-fé em suas relações recíprocas. Esse preceito significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal tanto na (integralidade da) fase prévia à constituição de tais relações (*diligencia in contraendo*) como no desenvolvimento das relações jurídicas entre si constituídas.

⁵⁷ Teresa Negreiros (1998, p. 15, grifo nosso) não vislumbra a boa-fé subjetiva como norma, mas apenas como justificativa para um determinado comportamento, o que se extrai do pensamento, externado pela autora, de que seu substrato não traduz um dever (ser) jurídico, mas um dever compreender jurídico (no sentido de que opera como justificativa para um determinado comportamento). Em suas palavras: “Com efeito, a boa-fé objetiva, como dever jurídico que é, obriga a uma certa conduta ao invés de outra, não se limitando a operar como uma justificativa para um determinado comportamento.”

⁵⁸ O nome perspectiva ética se mostra adequado dentro da compreensão de ética como um conjunto de valores e princípios morais que servem como norte para a conduta humana dentro do seio social, justamente a fim de

conduta dos sujeitos dentro da relação entre si travada e **ética** porque a valoração se dá considerando a conduta realizada, seu contexto (circunstâncias do caso concreto) e a conduta considerada como adequada pela coletividade em situação semelhante (*standard*). Ou seja, sua aplicação desvincula-se por completo das razões que motivaram a conduta, centrando-se apenas nesta.⁵⁹

Em outras palavras, a idéia de boa-fé subjetiva remete à **valoração** da convicção que o sujeito internamente possui de estar atuando conforme o direito, sem prejudicar terceiros, enquanto que a boa-fé objetiva remete à valoração da conduta empreendida, se leal, independentemente da averiguação da intenção dos sujeitos da relação jurídica, não sendo a ela atribuída qualquer relevância operacional na aplicação do instituto jurídico.

Nesse sentido a diferenciação realizada pela doutrina em geral⁶⁰, representada, pela clareza do texto, pela professora Judith Martins-Costa (2000, p. 411):

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.⁶¹

viabilizar o bom funcionamento da sociedade no sentido de evitar prejuízo aos indivíduos. E isso, pois a boa-fé seria justamente o instituto jurídico que veicularia os valores da cooperação, da honestidade, da confiança mútua, da correção, da probidade (não lesividade a outrem), da coerência comportamental e do respeito aos legítimos interesses e expectativas dos outros, todos essenciais para que a sociedade possa viver uma realidade justa e solidária.

⁵⁹ Cabe, ainda, notar, que Martins-Costa (2000, p. 410-411) ainda as diferencia ressaltando que a boa-fé subjetiva é a de raiz no direito canônico e que ganhou considerável relevância na jurisprudência francesa, enquanto que a boa-fé objetiva seria desenvolvida no direito alemão.

⁶⁰ Para Reis (2008, p. 71) “a boa-fé subjetiva refere-se à correta situação do sujeito dentro da relação jurídica, não ao conteúdo ou aos efeitos da relação”.

⁶¹ Martins-Costa faz referência a trabalhos seus anteriores, quais sejam: “Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980, *Revista de Informação Legislativa*, n. 126, Brasília, abr.-jun. 1995, p. 120; “Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, 1992, v. 3, p. 141”, e “A noção de contrato na história dos pactos, *Revista Organon*, v. 6, n. 19, Porto Alegre, 1992, nota 50.”

Ainda na empreitada comparativa, passa-se à realização de algumas considerações partindo, agora, da boa-fé sob a perspectiva objetiva.

O enfoque da boa-fé objetiva não é a consideração do “eu” (minha apreensão dos fatos e minha convicção de obrar conforme o direito), mas a consideração do “outro”.

Até mesmo por isso é considerada “ética”, já que a ética é a ciência referente ao comportamento ideal do homem considerando o contexto social em que vive, ou, em outras palavras, os outros.

Também é considerada “ética” porque é através da apreensão de um padrão coletivo de expectativa (dos outros que vivem naquela sociedade) que se procede à valoração da conduta dos envolvidos na relação jurídica.⁶²

Tal como ressaltado por Judith Martins-Costa (2000, p. 412, grifo do autor), a boa-fé objetiva traduz

[...] as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente gradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.

No mesmo diapasão, Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 33) a ela se refere como uma máxima objetiva a qual representa aumento dos deveres, além dos já expressamente instituídos e como dever de agir de forma honesta, leal, de se preocupar em não prejudicar o outro, independentemente da vontade.

Outro não é o entendimento de Rezende dos Santos (2009, p. 214), para quem a boa-fé objetiva consiste em “modelo de conduta social, é o dever ético dos contratantes de agir com honestidade, retidão, lealdade. É o dever que cada um dos contratantes tem de se preocupar com a outra parte, cuidando para que sua conduta não a prejudique”.

Da mesma forma a compreensão alcançada por Luis Díez-Picazo (DIEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 12-13), que defende que a boa-fé trata-se de um conceito técnico cunhado pelos juristas e utilizado como elemento de descrição ou delimitação na aplicação de normas, constituindo um *standard*, como um modelo ideal de conduta social, que estabelece a conduta social a ser considerada como paradigmática, sendo que esse dever de comportar-se conforme a boa-fé se projeta em ambas as direções nas quais

⁶² Importante o esclarecimento porque ética no sentido de traduzir ingredientes éticos como a conotação de virtude e bondade que se atribuíam a *fides*, como ressalta Díez-Picazo (apud WIEACKER, 1977, p. 15), tanto a boa-fé em sua faceta subjetiva quanto a boa-fé em sua faceta objetiva o é.

se projetam as relações jurídicas: a dos direitos, que devem ser exercidos de boa-fé, e dos deveres, que devem ser cumpridos também de boa-fé.

2.2 Dos Problemas Identificados

2.2.1 Operacionalização da Boa-Fé Subjetiva

Se a boa-fé subjetiva é a faceta moral da boa-fé, correspondendo à convicção, vontade, crença da pessoa de que sua ação encontra-se albergada pelo Direito, é lógico concluir que consiste em um fenômeno que se passa integralmente no plano abstrato, o das projeções mentais da pessoa, e não no plano concreto.

Ocorre que, pela própria natureza das coisas, os fenômenos abstratos são intangíveis em sua plenitude, sendo apreensíveis apenas através de sua revelação por manifestações concretas.

Em outras palavras, as idéias, os sentimentos e as intenções são cognoscíveis apenas na medida em que a conduta de seu agente as manifesta – seja verbalmente, gestualmente e/ou por ações.

No caso das relações jurídicas, não é diferente.

Para que a conduta seja valorada, isto é, para saber se deve ser considerada como leal – e, por conseguinte, consoante o ordenamento jurídico -, é preciso se estabelecer critérios, pois o valorar é atribuir uma qualidade a um objeto conforme um critério previamente estabelecido.

Assim, se faz necessário considerá-la dentro do contexto do propósito a que serve (finalidade da relação jurídica) e dentro do contexto da sociedade em que se insere (se agir de tal forma é o comportamento socialmente entendido como adequado para alguém que procura pautar-se pela lealdade).

Porém, note-se: a análise da conduta, tal como recém descrito, é justamente o objeto da boa-fé objetiva.

Eis o impasse: como mensurar a intenção e cognoscibilidade do sujeito sem se utilizar da consideração de sua conduta segundo critérios objetivamente apreensíveis, para que não houvesse confusão na aplicação das facetas da boa-fé? Ou, reformulada a pergunta, como delimitar de forma clara o funcionamento e as áreas de atuação da faceta objetiva e subjetiva da boa-fé?

Há posição na doutrina⁶³ que defende que, embora o foco da distinção seja a questão da relevância do elemento psicológico da boa-fé subjetiva, este não seria o único elemento que a comporia, fazendo dela também parte o elemento ético o qual, inclusive, seria a justificação de sua vinculação à noção de boa-fé.

Esse elemento ético seria o responsável por impor que a crença ou ignorância do sujeito deva ser escusável, o que seria objeto de análise a partir da consideração dos cuidados tomados (conduta concreta) em face dos cuidados que seriam normalmente esperados naquele tipo de situação fática (*standard* objetivamente construído).

Nesse sentido, a boa-fé subjetiva seria fonte de deveres de cuidado às partes.

A justificativa jurídica para se reconhecer que a boa-fé subjetiva, conforme Elcio Fonseca Reis (2008, p. 74-75), seria composta também por um elemento ético, é a de que somente assim ela serviria para concretizar o princípio da segurança jurídica, uma vez que limitaria a discricionariedade valorativa do órgão julgador ao proporcionar um critério objetivo para analisar a presença ou não do elemento psicológico e concluir se a parte encontra-se em condição de boa-fé subjetiva ou de má-fé subjetiva.

Entende-se, contudo, que o abarcamento do elemento ético como parte do conteúdo da boa-fé subjetiva, ao passo que poderia contribuir na resolução da questão da insegurança jurídica referente à aplicação do instituto, cria outro problema, mais grave: o da nebulosidade da delimitação do conteúdo da boa-fé subjetiva em seu aspecto ético e o conteúdo da boa-fé objetiva em sua função de criadora de deveres anexos de conduta.

⁶³ É o caso de Reis (2008, p. 72), que disserta que “a concepção ética da boa-fé se sobrepõe ao simples critério da ignorância. É preciso ter a convicção que o sujeito agiu com o cuidado necessário, cuidado este que deve ser analisado e verificado para cada situação concreta em que se objetiva o reconhecimento da boa-fé.” Também em direção semelhante observa-se o posicionamento de Cordeiro (1997, p. 512) o qual afirma que “a desculpabilidade corresponde a um juízo cuja fonte objetiva reside no acatar de bitolas normativas de atuação; há desconhecimento indesculpável quando o sujeito ignore certo facto, por ter procedido com desrespeito por certos deveres de cuidado. Este aspecto pode, de imediato, fundir-se com as considerações acima tecidas, sobre os vectores protegidos pelas normas que tutelam e penalizam a boa e a má fé, respectivamente: os deveres de cuidado cuja violação, para o entendimento ético da boa-fé, geram a má fé, destinam-se não a assegurar uma preocupação intelectual de conhecimentos, por parte do sujeito, mas a garantir as situações que ele, com o seu desconhecimento, vai prejudicar”. Ainda, Cordeiro (1997, p. 515) assevera que: “Na verdade – e isto é uma constatação irrefutável – o juiz só pode promanar, como qualquer outra pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento direto da má fé do sujeito – *máxime* por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por eles representadas, uma pessoa, com perfil do agente, se encontre, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância. [...] Querer, com base absoluta, aplicar uma concepção psicológica da boa-fé é um logro em termos de decisão: com em qualquer esquema de aplicação do Direito, arredado o espectro da subsunção, é sempre necessário emitir um juízo, a cargo do intérprete-aplicador. [...] Tal valoração implica, na prática, o recurso encapotado à boa-fé ética”. Não obstante, o mesmo autor (1977, p. 524) arremata que “uma solução deve ser procurada a nível sistemático geral e não apenas no campo depurado dos institutos singulares. Nesta linha, a inclusão, no núcleo conceitual, de deveres de cuidado, indica a vocação da boa-fé subjetiva para a normatividade integral. [...] O Direito pretende, pois, que as pessoas estejam de boa-fé e comina, nesse sentido, deveres de cuidado.”

Tanto assim que Elcio Fonseca Reis (2008, p. 74-75) atribui à boa-fé subjetiva a função criadora de deveres instrumentais, a qual é clássica - e acertadamente - compreendida como uma das funções do princípio da boa-fé objetiva.⁶⁴

Inegável que a força normativa dos institutos jurídicos depende do estabelecimento de limites claros entre uns e outros.

Assim, considera-se como o primeiro problema encontrado na delimitação entre as funções das duas facetas da boa-fé se conseguir compreender como pode ser realizada a estruturação da aplicação de cada uma delas sem que haja uma zona de atuação comum, que no caso consistiria na função de criação de deveres de cuidado pela boa-fé subjetiva e a de criação de deveres de cooperação pela boa-fé objetiva, especialmente quando não se vislumbra critério adequado para enquadrar um dever em uma categoria ou na outra.

Ademais disso, cumpre destacar que causa certa estranheza pensar, em termos hermenêuticos, que a operacionalização – e não mera compreensão sob a perspectiva sistemática, ressalte-se - de um princípio dependa necessariamente da atuação de outro princípio⁶⁵, pois no caso a operabilidade da boa-fé subjetiva estaria condicionada à prévia incidência da boa-fé objetiva para fins de que fosse possível construir um padrão de conduta a ser utilizado para fins de valoração da intenção do sujeito.

2.2.2 Cognoscibilidade como critério de distinção

De se referir, ainda, que há mais outra questão que pode ser considerada como raiz da confusão existente na aplicação da boa-fé em sua faceta objetiva e subjetiva. Trata-se da utilização da questão do conhecimento⁶⁶ das pessoas sobre os fatos como parâmetro de diferenciação.

⁶⁴ Reis (2008, p. 74-75) assevera, sobre os deveres de cuidado que traduziriam o elemento ético da boa-fé subjetiva, os quais afirma serem cambiantes, variando consoante as especificidades de cada situação fática, que: “[essas] regras de conduta analisadas em conformidade com o princípio da boa-fé subjetiva em seu sentido ético visam concretizar um dever de informação, de colaboração, de lealdade, instrumentais à realização do Direito material”.

⁶⁵ Ressalte-se aqui que se trata de idéia bem diferente daquela referente à aplicação de um princípio dever ocorrer em sintonia com os demais princípios porventura incidentes no caso concreto. Aqui, o problema foca-se na impossibilidade de se aplicar a boa-fé subjetiva sem que a boa-fé objetiva atue estabelecido objetivamente parâmetros para análise da conduta concreta.

⁶⁶ Nesse sentido, por exemplo, o professor Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 33), que, após referir o caráter multi-significativo da boa-fé no direito, refere que algumas vezes ela se refere “a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias [...]”.

Há segmento na doutrina⁶⁷ que defende que os erros escusáveis (justificáveis) seriam amparados pela boa-fé subjetiva.

E isso, pois ela seria justamente a faceta da boa-fé que se desenvolve no plano mental da consciência referindo-se ao erro ou ignorância sobre a real situação jurídica. Afinal, será o erro sobre certos fatos ou a ignorância de aspectos elementares da relação jurídica o responsável por imbuir na parte a falsa crença, isso é, a equivocada representação mental, quanto à legalidade do ato ou conduta realizada. O sujeito pensa estar agindo amparado pelo Direito, quando em verdade não está.

Mas há, também, parcela doutrinária que entende que tais erros repercutem no campo de atuação da boa-fé objetiva⁶⁸.

Nesse ponto, é necessário cuidado.

Em que pese a boa-fé subjetiva ter por base um equívoco na compreensão da realidade fática ou jurídica, não se pode olvidar que a boa-fé objetiva também se relaciona com conhecimento do sujeito quanto aos fatos, os quais compõem o elemento referente às circunstâncias do caso concreto, que será necessariamente levado em consideração na apreciação da legitimidade da conduta do sujeito.

Tanto assim que um dos deveres de cooperação que surge da aplicação do princípio da boa-fé objetiva refere-se ao dever de informação e de esclarecimento entre as partes.

⁶⁷ Nesse sentido Reis (2008, p. 71). E também Martins-Costa (2000, p. 412), a qual afirma que “[...] a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoísta’ à literalidade do pactuado”.

⁶⁸ Nessa última corrente, pode-se citar, por exemplo, Díez-Picazo (apud WIEACKER, 1977, p. 14-15), o qual entende que é notável a diferença entre as vertentes subjetiva e objetiva quanto ao entendimento das coisas. Na concepção subjetiva, qualquer tipo de ignorância ou erro, qualquer que fora sua causa ou a situação que o motivou, poderia servir para configurar a boa-fé. Já na segunda concepção (a concepção ética) somente configuraria a boa-fé um erro ou ignorância se esses fossem estritamente não culpáveis ou então escusáveis. De qualquer forma, conclui que a análise deverá focar-se na conduta do sujeito, se ele operou com a diligência normalmente exigível naquela dada situação e apurar se com essa normal exigência o erro poderia (e mesmo deveria) desvanecer-se. Em suas palavras: *“La concepción ética trata de ser más exigente. El sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección – o de la exoneración de la sanción – que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible. Por eso, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia.”* (apud WIEACKER, 1977. p. 14)

2.2.3 A utilização do termo “boa-fé”

Importante remarcar – no propósito de auxiliar na identificação da idéia envolvida no texto normativo - que, normalmente o termo “má-fé” é utilizado como antítese da “boa-fé” em sua perspectiva subjetiva.⁶⁹

Entretanto, ainda que possa ser considerado mero preciosismo, é relevante – pela repercussão prática – pontuar que a constatação da dimensão a que se refere o dispositivo legal somente pode ser adequadamente alcançada por meio da análise sistemática, e não somente literal do dispositivo legal em que previsto o termo.

Além disso, importante ressaltar, também, que a utilização da faceta subjetiva ou objetiva no contexto jurisprudencial somente é possível de aferir pela apreciação integral da análise jurídica realizada pelo órgão julgador na fundamentação de sua decisão. Muitas vezes pode-se deparar com a utilização do termo boa-fé objetiva, porém a leitura pormenorizada dos fundamentos decisórios deixará evidente que o objeto de valoração consistiu na vontade de uma das partes e não na análise objetiva de sua conduta consoante o contexto.

Por fim, de se reconhecer que seria muito mais técnico utilizar-se a expressão “em boa-fé”, “de boa-fé” ou “com boa-fé” para a perspectiva subjetiva, que se refere a um estar ou ser. Isso é, estar em boa-fé, ser de boa-fé, ou agir com boa-fé no sentido da intenção, ou seja, do aspecto voluntarístico de ocorrência em âmbito interno, que inspira o comportamento.

Por sua vez, é mais adequado o uso da expressão *conforme* ou *consoante* a boa-fé para a perspectiva objetiva, denotando dessa forma que a ênfase não está no que motivou a ação, mas no conteúdo da ação em face de um *standard* social juridicamente constituído ou constituível.

2.3 Proposta para distinção

Na tentativa de sistematizar os contornos dos institutos jurídicos da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva, passa-se a compará-los conforme seguintes aspectos:

⁶⁹ Nesse sentido, por exemplo, observe-se o seguinte extrato do texto colacionado da professora Judith Martins-Costa (2000, p. 411): “Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.”. Manifesta-se, no mesmo diapasão, Negreiros (1988, p. 15): “Estas nuances parecem significar que a boa-fé objetiva, diferentemente da vertente subjetiva, não se pode conceituar em termos de inexistência de má fé. [...]”.

(a) Ambos visam a, **imediatamente, promover a mesma finalidade**, qual seja, a conduta leal como o modelo de conduta a ser adotado pelas partes de uma relação jurídica em ordem para que ela seja considerada legítima.

(b) Ainda, ambos têm como **campo de aplicação** os casos concretos.

(c) Porém, nota-se que sua **finalidade mediata**, que consiste na forma como a norma se presta a promover a finalidade imediata, difere. A boa-fé objetiva valora a conduta do sujeito, através da construção de um standard jurídico objetivo, ao passo que a boa-fé objetiva valora a intenção do sujeito.

Dessa forma, possível considerar que a finalidade mediata da boa-fé objetiva, na medida em que o critério de sua valoração é exclusivamente a conduta do agente, é **promover condutas leais**, enquanto que a finalidade mediata da boa-fé subjetiva, na medida em que o critério de sua valoração é a intenção do agente, é **inibir condutas desleais**, o que se alcança tanto penalizando aqueles que forem constatados como tendo agido de má-fé quanto amparando aqueles considerados como tendo agido de boa-fé, através da flexibilização dos efeitos que normalmente seriam advindos da incidência de um dispositivo legal.

(d) Considerando a finalidade mediata dos institutos, também possível concluir que ao passo que a boa-fé objetiva se vocaciona a servir de **fundamento basilar** para decisões judiciais, a boa-fé subjetiva tem por vocação servir como **argumento de reforço**.

Até porque o Direito não pode se prestar a resolver as situações apenas com fundamento nos aspectos interiores que motivam as pessoas, o que costuma ser considerado juntamente com a aplicação de outras normas.

(e) A boa-fé subjetiva, em razão de ter como foco a intenção do agente, tem como **campo de incidência** apenas as áreas do direito em que a vontade é relevante, como é o caso da área do direito que diz respeito às sanções, das quais a multa é uma espécie.

Afinal, onde a vontade não for relevante não há espaço para aplicação do instituto.

Já a boa-fé objetiva, na medida em que tem como foco a conduta do agente e a expectativa social a respeito da mesma, não importando sua vontade, tem como campo de atuação o Direito como um todo.

Afinal, o Direito é formado de relações jurídicas, as quais são, por sua vez, constituídas a partir de condutas, que são o objeto de incidência da norma atinente à boa-fé objetiva.

(f) A **operabilidade** da boa-fé subjetiva, embora perpassasse impreterivelmente pela análise da conduta do agente e as expectativas sociais a respeito a fim de **construir um**

standard de conduta que faça possível a análise da presunção referente a se o sujeito agiu ou não de má-fé, o faz apenas como meio para fins de aferir a vontade do sujeito vinculado na relação jurídica.

Já a boa-fé objetiva tem essa análise da conduta como um fim em si mesmo, para através dela apurar se o sujeito agiu com lealdade ou não.

(g) A boa-fé subjetiva tem **uma função**: amenizar ou extinguir sanções. Por seu turno, a boa-fé objetiva, por sua vez, possui **várias funções**, como bem exemplificam a função interpretativa, a função criadora de direitos e a função limitadora de direitos e posições jurídicas.

(h) Quanto à **natureza jurídica**, entende-se que, a depender do caso concreto, a boa-fé subjetiva possa consubstanciar-se tanto em elemento de uma regra (no sentido de mensurar a culpabilidade), em uma regra propriamente dita (quando estabelecer o agravamento de sanções àqueles que agirem de forma desonesta ou desleal) ou em um princípio (a promover que somente condutas dolosas ou culposas sejam sancionadas). Diferentemente, a boa-fé objetiva, como será explanado na segunda parte do trabalho, possui eminente natureza jurídica de princípio e de postulado.

(i) Quanto à **eficácia**, tem-se que ambas as facetas da boa-fé servem para alterar os efeitos legalmente decorrentes de um fato⁷⁰.

Porém, em que pese a boa-fé subjetiva servir para reduzir ou ampliar os efeitos previstos na lei ou contrato, ou mesmo para exonerar o sujeito de tais efeitos, não tem como consequência a criação de direitos ou deveres diversos dos previstos, como pode decorrer da aplicação da boa-fé objetiva.

j) Por fim, cabe ressaltar que, enquanto a boa-fé objetiva se trata de focar na conduta em relação ao que os demais membros da sociedade esperam, o que a aproxima da essência da **ética**, a qual diz respeito da conduta individual considerada no ambiente social, a boa-fé em sua vertente subjetiva relaciona-se diretamente com a **moral**, uma vez que se centra na intenção do agente em atuar com o valor da lealdade.

⁷⁰ Nesse sentido, Luis Diez-Picazo (DIEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 13), para quem o agir de boa-fé ou de má-fé repercute no ordenamento jurídico com forma de valoração da conduta e/ou fatos, pois se trata de critério utilizado pelo ordenamento jurídico para conceder tratamento mais favorável ao ato do que seria recebido se objetivamente considerado, de forma a eximir ou exonerar-lo de sanção que seria aplicável conforme a letra da lei, de forma a outorgar-lhe efeitos jurídicos que de outra maneira não conseguiria alcançar ou ainda de forma de ampliar os efeitos que alcançaria.

2.4 Conclusões Parciais

Como *primeira conclusão parcial* tem-se que a noção de boa-fé possui duas dimensões, a objetiva e a subjetiva, as quais até hoje são objeto de divergência em sua compreensão pela doutrina e em sua aplicação pelos órgãos judiciais, atribuindo-se a confusão a dois pontos de especial conflito: considerar o erro ou a ignorância como elemento fundamental somente da aplicação da boa-fé subjetiva e considerar a boa-fé subjetiva como possuindo ou não um elemento ético.

Como *segunda conclusão parcial* enfatiza-se a importância da clara compreensão dos contornos de cada uma das facetas – objetiva e subjetiva – da boa-fé, pois caso contrário estar-se-ia tratando com o mesmo nome dois institutos diferentes, que apesar da semelhante finalidade imediata, apresentam finalidades mediatas, funções e efeitos diversos. Ademais, a força normativa dos institutos jurídicos depende do estabelecimento de limites claros entre uns e outros.

Como *terceira conclusão parcial* cabe apontar que, consoante aponta a doutrina, a boa-fé subjetiva é aquela que se relaciona diretamente com o sujeito da relação jurídica, sendo o foco da valoração a sua vontade. Por sua vez, a boa-fé objetiva é aquela que se relaciona exclusivamente com a conduta realizada pelo sujeito da relação jurídica, sendo denominada de objetiva porque a valoração se dá com foco na conduta realizada, seu contexto (circunstâncias do caso concreto) e a conduta considerada como adequada pela coletividade em situação semelhante (*standard*), o que se propõe ser um critério de análise objetivo.

Como *quarta conclusão parcial* observa-se um problema no que diz respeito à aplicação da boa-fé subjetiva, na medida em que a vontade e demais elementos que se passam no plano psicológico não são aferíveis senão por elementos externos que os revelem.

Ocorre que a análise da conduta humana de forma objetiva é a tarefa que a boa-fé objetiva se propõe a cumprir.

Assim, resta desvendar como pode ser realizada a estruturação da aplicação de cada uma das facetas da boa-fé sem que haja uma área comum de atuação entre elas, que no caso consistiria na função de criação de deveres de cuidado pela boa-fé subjetiva e a de criação de deveres de cooperação pela boa-fé objetiva, bem como se impõe sistematizar uma forma de operabilidade da boa-fé subjetiva não dependa necessariamente da atuação da boa-fé objetiva na condição de princípio, pois não parece lógico juridicamente que um princípio imprescindível de outro para efetivamente existir – no sentido de poder ser aplicado – como

norma no ordenamento jurídico. Nesse caso, sempre o princípio da boa-fé objetiva seria aplicado quando da aplicação da norma da boa-fé subjetiva.

Como *quinta conclusão parcial* observa-se que a raiz da confusão existente na aplicação da boa-fé em sua faceta objetiva e subjetiva pode ser atribuída, também, à pretensão de utilização da cognoscibilidade das pessoas sobre os fatos como parâmetro de diferenciação, pois, ao passo que impende reconhecer que a boa-fé subjetiva tem por base um equívoco na compreensão da realidade fática ou jurídica, importa também ressaltar que a boa-fé objetiva também se relaciona com conhecimento do sujeito quanto aos fatos, os quais compõem o elemento referente às circunstâncias do caso concreto, que serão necessariamente levadas em consideração na apreciação da legitimidade da conduta do sujeito (é o caso, por exemplo, do dever de informação e de esclarecimento, que decorrem da aplicação do princípio da boa-fé objetiva como fonte de deveres de conduta).

Como *sexta conclusão parcial* importa pontuar que não é possível através de uma análise superficial apurar se uma lei ou um julgado versam efetivamente da boa-fé em sua faceta objetiva ou subjetiva, sendo necessário analisar sistematicamente o dispositivo legal e integralmente a fundamentação da decisão.

Como *sétima conclusão parcial* sugere-se a utilização da expressão *em boa-fé*, *de boa-fé* ou *com boa-fé* para a perspectiva subjetiva, que se refere a um estar em boa-fé, ser de boa-fé, ou agir com boa-fé e a utilização da expressão *conforme* ou *consoante* a boa-fé para a perspectiva objetiva, a fim de enfatizar que o foco encontra-se no conteúdo da ação em face de um *standard* social juridicamente constituído ou constituível.

Como *oitava e última conclusão parcial*, cabe referir que, comparativamente, observa-se que:

(i) A boa-fé objetiva e a subjetiva possuem a mesma finalidade imediata, referente à promoção da conduta leal como o modelo de conduta a ser adotado pelas partes das relações jurídicas, e bem como o mesmo espectro de atuação, que é o caso concreto.

(ii) A sua finalidade mediata, que consiste na forma como a norma se presta a promover a finalidade imediata, é diferente, pois a boa-fé objetiva valoriza a conduta do sujeito, através da construção de um *standard* jurídico objetivo, ao passo que a boa-fé subjetiva valoriza a intenção do sujeito, do que se depreende que:

(a) serve a boa-fé objetiva ao propósito de promover condutas leais, enquanto que boa-fé subjetiva ao propósito de inibir condutas desleais;

(b) a boa-fé objetiva tem por vocação a servir de fundamento basilar para decisões judiciais, enquanto que a boa-fé subjetiva tem por vocação servir como argumento de reforço;

(c) a aplicação da boa-fé subjetiva somente ocorre nas áreas do Direito em que a vontade é relevante, como é o caso do Direito Tributário Sancionatório, enquanto que a boa-fé objetiva tem como campo de atuação o Direito como um todo;

(d) a operabilidade da boa-fé subjetiva, embora perpassa impreterivelmente pela análise da conduta do agente e as expectativas sociais a respeito a fim de construir um *standard* de conduta que faça possível a análise da presunção referente a se o sujeito agiu ou não de má-fé, o faz apenas como meio para fins de aferir a vontade do sujeito vinculado na relação jurídica, enquanto que a boa-fé objetiva tem essa análise da conduta como um meio e um fim em si mesmo;

(e) a boa-fé subjetiva tem uma função, que é a de amenizar ou extinguir sanções, ao passo que a boa-fé objetiva possui diversas funções, dentre as quais a de fonte de deveres de conduta;

(iii) Quanto à natureza jurídica, a boa-fé subjetiva pode consubstanciar-se tanto em elemento de uma regra (no sentido de mensurar a culpabilidade), em uma regra propriamente dita (quando estabelecer o agravamento de sanções àqueles que agirem de forma desonesta ou desleal) ou em um princípio (a promover que somente condutas dolosas ou culposas sejam sancionadas), enquanto que a boa-fé objetiva possui natureza de princípio e de postulado.

(iv) Embora ambas as facetas da boa-fé se prestem para alterar os efeitos legalmente decorrentes de um fato, somente a boa-fé objetiva pode criar direitos ou deveres diversos dos previstos.

(v) Enquanto a boa-fé objetiva enfoca na conduta em relação ao que os demais membros da sociedade esperam, o que a aproxima da essência da Ética, a boa-fé subjetiva relaciona-se diretamente com a moral, uma vez que foca na intenção pessoal de se atuar em conformidade com o valor da lealdade.

CAPÍTULO 3: DA CONSAGRAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Esse capítulo tem como propósito demonstrar a incorporação do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico tributário, o que será feito inicialmente sob uma perspectiva mais geral, referente à sua introdução no Direito Privado e no Direito Público, para posteriormente se discorrer sobre o assunto no âmbito específico do Direito Tributário.

Ainda, esse capítulo ocupa-se sobre o fundamento jurídico do princípio da boa-fé objetiva, compreendido como sendo o sobreprincípio do Estado de Direito.

3.1 Boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro

3.1.1 No Direito Privado brasileiro

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, embora a boa-fé objetiva já constasse no texto do Código Comercial de 1850⁷¹ e mesmo no texto do Código Civil de 1916⁷², a sua aplicação disseminada no Direito Civil demorou algum tempo para ocorrer e, importa ressaltar, foi impulsionada pela obra do professor Clóvis do Couto e Silva intitulada “Obrigação como Processo”, escrita com o fim de alcançar a titularidade da cadeira de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1964 e que trouxe ao país uma perspectiva sistematizada da boa-fé⁷³, já há algum tempo consolidada na Europa.

Com efeito, sendo o Brasil um país de tradição no direito escrito, sua utilização pelos tribunais no campo das obrigações somente passou a ser mais frequente a partir da

⁷¹ Dispõe o artigo 131, inciso I, da Lei Federal nº 556, de 25 de junho de 1850, que: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; [...]” (BRASIL, Código Comercial, 1850).

⁷² A boa-fé era prevista no Código Civil de 1916 em seu art. 1.443, segundo o qual: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” (BRASIL, Código Civil, 1916).

⁷³ O professor Clóvis do Couto e Silva (2007) apresenta, em sua obra, a boa-fé com função polarizadora das relações jurídicas obrigacionais e de criação de deveres anexos de conduta, uma vez que as obrigações deveriam, conforme o princípio da boa-fé objetiva pautar-se, em todas as suas fases, pela colaboração entre as partes a fim de que seja atingido integralmente o objetivo que fundamentou aquela relação jurídica, razão pela qual cabe às partes deveres de comportamento em prol de assegurar que essa finalidade seja atingida.

vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078 de 1990), o qual elencou a boa-fé objetiva como princípio geral das relações de consumo em seu artigo 4º, inciso III⁷⁴.

Até então, a utilização mais recorrente da boa-fé referia-se a sua feição subjetiva atada ao direito possessório, no âmbito do Direito das Coisas, aludindo ao estado de espírito do sujeito que sinceramente acreditava estar agindo em conformidade com o que determina o ordenamento jurídico (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 29).

No Código Civil de 2002, que teve por objetivo adequar o sistema civilístico pátrio à Constituição Federal de 1988, bem como – não se pode deixar de mencionar – à realidade econômica e social do país, a boa-fé objetiva ganhou realce através da previsão nos artigos 113⁷⁵, 187⁷⁶ e 422⁷⁷, os quais a trouxeram sob a feição de princípio basilar do Direito das Obrigações⁷⁸.

Sua menção expressa no diploma legislativo civil de 2002 reforçou significativamente sua utilização como fundamento de decisões judiciais, o que é compreensível considerando que, embora o reconhecimento de um princípio através de texto de lei não seja essencial para sua aplicação, amplifica-a na medida em que: (a) diminui o esforço hermenêutico para fins de uso legítimo, isto é, para demonstrar sua harmonia com o ordenamento jurídico como um todo⁷⁹; e (b) porque o princípio ganha realce - físico mesmo - ao estar ao alcance dos olhos daquele que lê as leis à procura de normas para solucionar certo caso concreto.⁸⁰

⁷⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, 1990).

⁷⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. Código Civil, 2002).

⁷⁶ “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.” (BRASIL. Código Civil, 2002).

⁷⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. Código Civil, 2002).

⁷⁸ No código civil anterior, de 1916, sua previsão expressa ocorria apenas no artigo 1.233 e se limitava à matéria de seguros.

⁷⁹ Partindo-se do pressuposto de que a aplicação de princípios expressos exige menos esforço hermenêutico do que a de princípios implícitos, pois nesse caso é necessário argumentar também sobre a base jurídica constitucional do princípio e não apenas sobre as circunstâncias que habilitam sua prevalência e aplicação ao caso concreto em face de outros princípios também incidentes no caso.

⁸⁰ Dessa forma, embora desnecessária a previsão expressa da boa-fé objetiva para fins de sua aplicação, uma vez que ressurgiu modernamente sob a roupagem de princípio geral de direito, tendo sua normatividade derivada não de previsão expressa no ordenamento jurídico e sim da concretização de valores fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, é de se reconhecer que sua força normativa – nos países de tradição positivista – é

Além disso, importa mencionar que a sua inserção no Código Civil de 2002 conduziu a uma releitura de sua aplicação, a qual passou a ser entendida pacificamente como incidente às relações jurídicas obrigacionais independentemente da as partes estarem ou não em situação de igualdade.

Afinal, até então, em razão de sua previsão no Código de Defesa do Consumidor, o qual se dispõe a regular relações jurídicas em que as partes aprioristicamente são consideradas em desnível, a boa-fé objetiva era entendida como princípio com finalidade de reequilíbrio das relações jurídicas com aplicação restrita à condição de haver uma parte em evidente situação desfavorável em relação à outra.⁸¹

Hoje, após incontáveis estudos e trabalhos jurídicos, não há dúvidas de que o conteúdo da boa-fé objetiva resta suficientemente⁸² delineado, sendo notório que sua aplicação tem se estendido progressivamente aos mais variados ramos do direito privado, como é o caso das relações societárias e trabalhistas.

3.1.2 No Direito Público

Embora tenha ocorrido certa resistência inicial no que tange à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito Público, a questão resta hoje superada. Hoje está previsto em leis atinentes à regulação da atuação da Administração Pública⁸³ e é utilizado corriqueiramente como fundamento nas decisões dos Tribunais locais e Superiores.

Com efeito, a boa-fé objetiva possui no Direito Público, tal como no Direito Privado, função da mais alta relevância⁸⁴. Se aos administrados cabe agir com lealdade nas relações jurídicas entre si travadas, quanto mais deve assim atuar a Administração Pública, a quem cabe, justamente porque essa a sua razão de existência, a realização do interesse da

diretamente afetada pela sua previsão nos ordenamentos jurídicos. Essa a razão pela qual sua previsão como cláusula geral no âmbito do Direito Civil ganhou significativa repercussão.

⁸¹ Foi necessário algum tempo para que a boa-fé objetiva consolidasse sua aplicação quanto às relações em que as partes estivessem em situação de igualdade e, sem dúvida, sua prescrição no Código Civil de 2002 contribuiu deveras para isso.

⁸² No sentido de que lhe são reconhecidas funções exclusivas dentro do ordenamento jurídico, as quais, conforme a doutrina clássica, consistem na função hermenêutica, na função criadora de direitos e na função limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas. Contudo, importa ressaltar que se trata de instituto em constante desenvolvimento, inclusive em razão do elemento ético que, inegavelmente, o compõe, o que o conduz à atualização de seu significado conforme a evolução daquilo que a sociedade (através de seu braço jurídico, que é o responsável pela aplicação das leis) considera como leal em certo tipo de relação interpessoal.

⁸³ Expressamente ou implicitamente, por meio de dispositivos legais que traduzem a operabilidade do princípio da boa-fé objetiva no exercício de uma de suas precípua funções.

⁸⁴ Nesse sentido, também se posiciona Elcio Fonseca Reis (2008, p. 68), para quem a aplicação do princípio da boa-fé no direito público “apresenta grande relevância dentro da estrutura do sistema jurídico” e atua “de forma acopladora e estruturante”.

coletividade a que serve, o que faz cumprindo com os ditames normativos do ordenamento jurídico através da concretização, por meio da conduta de seus agentes e servidores, dos princípios constitucionais expressamente previstos e implicitamente trazidos no corpo do texto da Carta Magna.

Nesse sentido, Amelia González Méndez (2001, p. 55, grifo do autor) assevera que:

Es evidente que las peculiaridades del Derecho público y las relaciones que gobierna, la índole del interés tutelado y la intensidad con que despliega su imperio el principio de legalidad en este campo jurídico pueden hacer parecer al menos *a priori* dificultosa la entrada de la buena fe como criterio de composición de conflictos.

Sin embargo, como bien señaló F. SÁINZ MORENO, la posición institucional de la Administración deriva de su servicio constitucional a los intereses generales, idea que con mayor vigor refuerza la exigencia de su actuar de buena fe, que, a vez, se convierte en elementalmente recíproca en su relación con el administrado. Por otra parte, si bien es cierto que la Administración está sometida en su actuación a la ley, también lo es que se encuentra igualmente sujeta, como señala el texto constitucional, al resto del ordenamiento jurídico, y, por consiguiente, a los principios generales del Derecho. Máxime si se tiene presente que el principio de buena fe ‘es elemento esencial para la paz y la seguridad jurídica’ demandadas por la Carta Magna.

3.1.2.1 Legislação

Dentre as leis em que se constata a previsão da boa-fé objetiva, merece especial relevo a Lei 9.784/1999 (Lei sobre os Procedimentos Administrativos – LPA), que foi primeiro texto legislativo a fazer constá-la expressamente no campo do Direito Público.

Foi-lhe feita menção no artigo 2º, parágrafo único, inciso IV⁸⁵, ao determinar que atuação da Administração Pública deve ser pautada segundo a boa-fé, e no artigo 4º, inciso II⁸⁶, ao impor ao administrado o dever de agir, também, conforme a boa-fé.

⁸⁵ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...]”. (BRASIL, Lei 9.784/1999).

⁸⁶ “Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: [...] II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; [...]” (BRASIL, Lei 9.784/1999). Contudo, importa salientar que diverge o entendimento sobre este dispositivo legal tratar-se da boa-fé objetiva. Giacomuzzi, por exemplo, entende que a boa-fé no caso seria a subjetiva, cabendo ao administrado proceder com boa-fé e não conforme a boa-fé (GIACOMUZZI, 2013. p. 248). Defende-se, contudo, que se trate da boa-fé objetiva em suas funções integrativa, interpretativa e limitadora de direitos e posições jurídicas – a única restrição seria ao exercício da boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres, posto que somente poderia ser exigido do administrado um dever previsto expressamente em lei, em razão da aplicação do artigo 5º, inciso II, e do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal uma vez que no âmbito da relação jurídica entre o Estado e o

Não obstante, nota-se menção implícita à boa-fé objetivo no artigo 3º, inciso I⁸⁷, que elenca como um dos direitos de todo administrador o tratamento respeitoso e cooperativo por parte dos servidores e autoridades públicas, o que traduz a idéia de lealdade, colaboração, respeito às legítimas expectativas e atuação sem abusos.

A relevância desse diploma legal foi reconhecida, inclusive, no voto do Ministro Carlos Britto, relator do **Mandado de Segurança 244488/DF**⁸⁸⁹, que tinha como objeto a análise da legitimidade de cassação de uma pensão constatada como sendo irregular somente sete anos após a sua concessão.

A causa foi objeto de julgamento por unanimidade no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal⁹⁰, constando no acórdão que a Lei nº 9.784/99 “teve o mérito de também explicitar o subprincípio da boa-fé como obrigatória pauta de conduta administrativa, a teor do inciso IV do parágrafo único do art. 2º [...]”.

Ressalte-se, entretanto, que antes de entrar em vigor a legislação acima referida, já se encontrava vigente a Lei 8.789/95 (Lei de Concessões e Permissões), a qual em seu artigo 7º, ao dispor sobre os direitos e deveres dos usuários dos serviços públicos concedidos ou permissionados, apresentou rol exemplificativo e remeteu sua complementação

cidadão incide o princípio da legalidade estrita, segundo o qual “[...] só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 20).

⁸⁷ “Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; [...]”. (BRASIL, Lei 9.784/1999).

⁸⁸ MS 24448, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00042 EMENT VOL-02299-01 PP-00146.

⁸⁹ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS nº 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, "reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil (art. 40 CB/88) cumulado com provento militar (art. 42 CB/88), situação não abarcada pela proibição da emenda". Precedentes citados: MS nº 25.090/DF, MS nº 24.997/DF e MS nº 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida.

⁹⁰ Votaram, além do Ministro Relator Carlos Britto, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ellen Gracie.

aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o qual por sua vez expressamente trazia a boa-fé objetiva como princípio geral das relações por ele reguladas⁹¹.

3.1.4. Na Jurisprudência

Ainda, não obstante o reconhecimento legal de que cabe ao Estado⁹² dar o exemplo quanto ao modelo de conduta nas relações jurídicas, a qual deve ser pautada pela lealdade, a incorporação da boa-fé objetiva ao Direito Público também fica nítida quando da análise da jurisprudência nessa seara.

Como primeiro exemplo, tem-se a decisão que deferiu liminarmente o pleito no **Mandado de Segurança 25805/DF**⁹³, que tinha por objeto o pedido de cassação de decisões do Tribunal de Contas da União que haviam suprimido uma vantagem pecuniária recebida pelo impetrante há mais de treze anos.

Na oportunidade, o Ministro Relator Celso de Mello **reconheceu expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva a todas as relações jurídicas**, como atesta a seguinte parte do julgado:

“Na realidade, **os postulados** da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, **mesmo** as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), **em ordem a viabilizar** a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, **inclusive**), **para que se preservem**, desse modo, situações administrativas **já consolidadas** no passado.” (Grifo do autor)

Como segundo exemplo, tem-se outra manifestação do Ministro Celso de Mello, dessa vez no **Mandado de Segurança 32865**⁹⁴, oportunidade em que fez uso da boa-fé objetiva como um dos fundamentos jurídicos adotados para deferimento do pedido liminar.

⁹¹ “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...]”. (BRASIL, Lei 8.789/95).

⁹² Compreendido em termos abrangentes como a República Federativa do Brasil, a qual, conforme o artigo 19 da Constituição Federal, “compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

⁹³ MS 25805 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 07/02/2006, publicado em DJ 13/02/2006 PP-00418.

⁹⁴ MS 32865 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014.

Trata-se de ação impetrada pelo Estado do Rio de Janeiro em litisconsórcio ativo com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com pedido de medida liminar, questionando a validade jurídica de deliberações emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁹⁵ sobre composição dos Tribunais locais.

A causa tinha como questão de fundo o processo eleitoral para a escolha do novo Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do novo integrante do Órgão Especial.

Havia sido realizada consulta⁹⁶ ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre as regras a serem adotadas para composição do órgão especial daquele Tribunal, a qual foi respondida no sentido de que os únicos requisitos para ingresso na composição do órgão especial eram só expostos no artigo 93, XI, da Constituição Federal, razão pela qual deveriam ser suprimidas outras regras que estipulassem critérios de observância das classes de origem.

O Presidente do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado do Rio de Janeiro, então, requereu ao Conselho Nacional de Justiça a suspensão do processo eleitoral retro mencionado, que já tinha data designada, alegando a obrigatoriedade do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cumprir a resposta à consulta.

Esse pedido foi deferido cautelarmente pela Relatora, decisão que foi referendada, em parte, pelo Órgão Pleno do Conselho Nacional de Justiça⁹⁷.

Foi contra essa decisão que se dirigiu o pedido da segurança pleiteada, oportunidade em que o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, apreciou o pedido liminar e referiu que, no que diz respeito às questões surgidas em decorrência de investiduras “de facto”, o Supremo Tribunal Federal tem se orientado⁹⁸ no sentido de preservar “a

⁹⁵ EMENTA: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO “ULTRA VIRES”. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA, PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIMINAR MANDAMENTAL E A QUESTÃO DA INVESTIDURA APARENTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. CONSEQUENTE SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E/OU JURISDICIONAIS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR, AINDA QUE EVENTUALMENTE DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

⁹⁶ Proferida nos autos da Consulta nº 004391-71.2013.2.00.0000 da relatoria da ilustre Conselheira LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN.

⁹⁷ Procedimento de Controle Administrativo nº 0001634-70.2014.2.00.0000, ambos da relatoria da ilustre Conselheira LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN.

⁹⁸ Referiu o seguinte precedente: “A declaração de insubsistência da nomeação de magistrado que haja participado de julgamento não implica a nulidade deste. Milita, a favor da administração pública, a presunção de

integridade dos atos praticados por agentes de fato, ainda que se trate, como no caso, de magistrados”, com fundamento no respeito devido à boa-fé dos cidadãos, tendo ressaltado que

“essa diretriz jurisprudencial acolhida pelo Supremo Tribunal Federal encontra suporte legitimador nos postulados da segurança jurídica, da proteção da confiança e **da boa-fé objetiva**, que constituem significativas expressões do Estado democrático de Direito e que se qualificam como vetores impregnados de elevado conteúdo ético, jurídico e social, **projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, em ordem a viabilizar a plena incidência desse mesmos princípios sobre comportamentos e decisões de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado**”.

Tem-se, portanto, o reconhecimento, em decisão monocrática prolatada na Corte Suprema, de que o princípio da boa-fé objetiva aplica-se sobre todas as relações jurídicas, inclusive as de Direito Público, bem como sobre os comportamentos e decisões de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado.

Como terceiro exemplo, cabe referir o entendimento do Ministro Hamilton Carvalhido manifestado em seu voto no Agravo Regimental interposto no **Recurso Especial nº 641.235-PB**⁹⁹, que tratava da reposição ao Erário dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública em virtude de inadequada interpretação e aplicação da lei.

A decisão foi proferida no sentido de que não deveria se proceder à restituição dos valores com fundamento na presunção de boa-fé dos servidores no recebimento de tais quantias.

A boa-fé foi aplicada, nesse caso, para fins de abrandamento dos efeitos previstos legalmente para a ocorrência do pagamento excessivo, isto é, embora não tenha servido para desfazer a mudança de conduta no proceder da administração, que de fato parou de pagar o excesso indevido, funcionou como defesa para a imposição ao servidor da devolução dos valores a ele já pagos.

legitimidade dos respectivos atos, sendo o magistrado considerado como servidor público de fato.” (HC 71.834/RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma)

⁹⁹ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. INCABIMENTO. BOA-FÉ DO SERVIDOR. 1. Revendo entendimento anterior, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a afirmar o incabimento da reposição dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública em virtude de inadequadas interpretação e aplicação da lei, em face da presunção da boa-fé dos servidores no recebimento dos valores, a cujo posicionamento aderi. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 641.235/PB, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 14/08/2006, p. 341).”

Importante ressaltar que, embora a referência do órgão julgador tenha sido à boa-fé de modo geral¹⁰⁰, utilizando-se inclusive do termo “presunção de boa-fé”, o que poderia levar à impressão de se tratar a boa-fé em sua vertente subjetiva, analisando detalhadamente o julgado fica cristalino tratar-se da utilização da boa-fé em sua perspectiva objetiva, pois o objeto da análise e da valoração foi exclusivamente a conduta do servidor público, tendo sido apurada sua lealdade consoante a construção de um padrão de conduta a partir da idéia geral do que viria a ser uma conduta leal e adequada ao ordenamento jurídico nas circunstâncias do caso concreto.

Isso é: (a) o pagamento a mais foi derivado de erro da própria Administração e não de conduta imputável ao servidor; e (b) não foi imputado ao servidor qualquer comportamento contrário à lei, uma vez que a Administração não apresentou qualquer alegação e comprovação de conduta do servidor no sentido de induzi-la a erro ou de estar em conluio com o administrador para perceber vantagem que eles sabiam ser ilícita.

A boa ou má-fé, portanto, foi aferida objetivamente da consideração da conduta do servidor, sem que fossem questionadas suas intenções.¹⁰¹

E, finalmente, como quarto exemplo, importa mencionar que o Ministro Relator Ari Pargendler no **Recurso Especial nº 554622/RS**¹⁰², que versava sobre a impenhorabilidade de bem de família tendo em vistas as peculiaridades do caso concreto, salientou que “**nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva [...]**” (grifo nosso).

Ou seja, em outras palavras, pode-se asseverar que, conforme o Ministro Ari Pargendler, todo dispositivo legal, independentemente sobre o que verse, deve ser aplicado em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva.

¹⁰⁰ Com efeito, a jurisprudência não costuma em geral discernir expressamente no corpo do texto decisório qual a faceta da boa-fé que está utilizando como argumento para fundamentar a decisão e, ainda que a ela se referisse, fato é que a certeza a respeito da lógica desenvolvida somente se alcança mediante a análise dos elementos fáticos expostos como base decisória.

¹⁰¹ Na exposição dos fatos utilizados pelo Ministro Relator para avaliar o caso, consta o seguinte: “[...] De qualquer modo, um aspecto chama a atenção. Nas informações da autoridade coatora, não há nenhuma referência à existência de má-fé no comportamento dos recorrentes, no sentido de induzir em erro a administração, ou mesmo de, em conluio com o administrador, perceber vantagem que eles sabem ilícita [...] em razão de a ele não se poder imputar qualquer comportamento contrário à lei, em obséquio ao princípio da boa-fé, não gera para o beneficiário a obrigação de devolver os valores anteriores recebidos e já incorporados ao seu patrimônio, mas sim, tão-só, o dever de a Administração sanear o erro que resultou no indébito, com produção dos efeitos a partir da data em que se deu a efetiva suspensão da vantagem indevida.” *Agravo regimental improvido*. (AgRg no REsp 641.235/PB, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 14/08/2006, p. 341).”

¹⁰² REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 527.

3.2 Boa-fé objetiva na legislação aplicável ao direito tributário

Além da aplicação da boa-fé objetiva ao direito tributário através de sua previsão na Lei 9.784/1999¹⁰³ (Lei sobre os Procedimentos Administrativos – LPA), a qual já foi acima referida e que incide sobre o procedimento administrativo de cobrança do crédito tributário, que se inicia com o lançamento (constituição do crédito tributário) e sua regular notificação para fins de posterior cadastro para controle e cobrança em dívida ativa, caso o valor não seja pago, também são dignos de nota os Estatutos de Defesa dos Contribuintes, elaborados em âmbito estadual em alguns dos Estados da República Federativa do Brasil.

Esses Estatutos preveem, expressa ou implicitamente - através da imposição do dever de colaboração entre o contribuinte e o Fisco, por exemplo - o princípio da boa-fé objetiva.

É o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo, que por meio da Lei Complementar Estadual nº 939, de 03 de abril de 2003, instituiu o Código de direitos, garantias e obrigações do contribuinte em seu território.

Embora o diploma não mencione expressamente princípio da boa-fé-objetiva, o seu artigo 2º, inciso I, afirma ser seu primeiro objetivo “promover o bom relacionamento entre o fisco e o contribuinte, baseado na cooperação, no respeito mútuo e na parceria, visando a fornecer ao Estado os recursos necessários ao cumprimento de suas atribuições”.

Assim, ao estabelecer que o vínculo que une a partes é o de cooperação, bem como que as condutas devem ser pautadas no respeito mútuo e parceria, traz para o corpo do texto a essência nuclear do princípio da boa-fé objetiva.

Por seu turno, o Estado do Paraná estabeleceu normas gerais sobre direitos e garantias aplicáveis na relação tributária do contribuinte com a administração fazendária em seu território através da Lei Complementar Estadual nº 107, de 11 de janeiro de 2005. Nesse diploma legal a boa-fé encontra respaldo expresso em dois artigos: no artigo 30 e no artigo 33.

O artigo 30, inciso II, determina que “é vedado à administração fazendária, sob pena de responsabilidade funcional de seu agente [...] induzir, por qualquer meio, a

¹⁰³ A qual menciona a boa-fé expressamente em duas oportunidades (no artigo 2º, parágrafo único, inciso IV e no artigo 4º, inciso II) e implicitamente, em mais uma (artigo 3º, inciso I). O artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei 9.784/1999 referiu-se à atuação da Administração Pública, que deve ser pautada segundo a boa-fé. Por sua vez, no artigo 4º, inciso II, a Lei 9.784/1999 impôs ao administrado o dever de agir, também, conforme a boa-fé objetiva. E, finalmente, o artigo 3º, inciso I, da Lei 9.784/1999 elenca como um dos direitos de todo administrado o tratamento respeitoso e cooperativo por parte dos servidores e autoridades públicas, o que traduz parte do significado semântico nuclear da boa-fé objetiva.

autodenúncia ou a confissão do contribuinte, por meio de artifícios ou prevalecimento da boa-fé, temor ou ignorância”.

Pela análise do contexto, que traz elementos de cunho subjetivo e psicológico, com é o caso do “temor” e “ignorância” entende-se tratar o dispositivo legal da boa-fé subjetiva, pois parece que a análise do cumprimento desta norma enfocará a averiguação da intenção do contribuinte em bem proceder, sendo a apreciação de sua conduta apenas a forma como se faz possível alcançar tal desiderato.

Por sua vez, o artigo 33, inciso IV, impõe que “nos processos administrativos perante a administração fazendária, serão observados, dentre outros critérios, os de [...] atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Nesse caso, a lei parece referir-se à boa-fé em sua acepção objetiva, pois o objeto da valoração das condutas realizadas perante a administração fazendária, a fim de que sejam legais (e legítimas) é de desenvolverem-se conforme o critério da boa-fé, não se dando a entender, pelo contexto, que a intenção do agente seja relevante.

Portanto, nessa hipótese a conduta do sujeito será objeto de valoração em si mesma, para, considerando-se as circunstâncias do caso concreto (inclusive a finalidade da relação jurídica que vincula as partes), verificar se a conduta está em conformidade com aquilo que a consciência geral entende como leal (cooperativo, coerente e respeitador dos interesses alheios).

Dispositivos legais semelhantes aos acima referidos são encontrados no Código de Direitos e Deveres do Contribuinte do Estado de Santa Catarina promulgado por meio da Lei Complementar nº 313, de 22 de dezembro de 2005. O que se altera é a numeração dos artigos, a qual equivale neste, respectivamente, ao artigo 37, inciso II, e ao artigo 40, inciso IV.

É também importante destacar que o artigo 100, inciso III, do Código Tributário Nacional, revela-se como manifestação do princípio da boa-fé objetiva em âmbito tributário na medida em que considera como normas complementares no ordenamento jurídico aquelas práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas.

E isso, justamente porque se considera que tais práticas geram uma expectativa que deve ser considerada legítima porquanto demonstram um padrão de conduta pela Administração Pública quanto ao cumprimento – e, por conseguinte, interpretação - de determinada lei.

3.3 Boa-Fé Objetiva na Jurisprudência Tributária

A boa-fé objetiva tem sido utilizada com frequência pelos Tribunais Superiores como fundamento expresso e implícito de decisões em casos envolvendo matéria tributária, como demonstram os exemplos abaixo elencados, organizados conforme o assunto a que se referem.

3.3.1 Afastamento da incidência de impostos reais

A boa-fé objetiva foi aplicada como fundamento decisório no julgamento do **Recurso Especial 1144982/PR**¹⁰⁴, referente à controvérsia se seria devido o Imposto Territorial Rural pelo proprietário que tem a sua propriedade esbulhada pelo “Movimento dos Sem Terra”.

Na ementa¹⁰⁵, consoante se observa abaixo, constou registrada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva por meio de sua função limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas consubstanciada na proibição de atos contraditórios, isso é, na *proibição do venire contra factum proprium*.

TRIBUTÁRIO. ITR. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO DO MOVIMENTO "SEM TERRA". PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE.

IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Conforme salientado no acórdão recorrido, o Tribunal a qual, no exame da matéria fática e probatória constante nos autos, explicitou que a recorrida não se encontraria na posse dos bens de sua propriedade desde 1987.

2. Verifica-se que houve a efetiva violação ao dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da impetrante, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição.

3. Ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do venire contra factum proprium).

4. A propriedade plena pressupõe o domínio, que se subdivide nos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Em que pese ser a propriedade um dos fatos geradores do ITR, essa propriedade não é plena quando o imóvel encontra-se invadido, pois o proprietário é tolhido das faculdades inerentes ao domínio sobre o imóvel.

5. Com a invasão do movimento "sem terra", o direito da recorrida ficou tolhido de praticamente todos seus elementos: não há mais posse, possibilidade de uso ou fruição do bem; conseqüentemente, não havendo a exploração do imóvel, não há, a partir dele, qualquer tipo de geração de renda ou de benefícios para a proprietária.

¹⁰⁴ REsp 1144982/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 15/10/2009.

¹⁰⁵A qual refletiu substancialmente a fundamentação exposta no voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques.

6. Ocorre que a função social da propriedade se caracteriza pelo fato do proprietário condicionar o uso e a exploração do imóvel não só de acordo com os seus interesses particulares e egoísticos, mas pressupõe o condicionamento do direito de propriedade à satisfação de objetivos para com a sociedade, tais como a obtenção de um grau de produtividade, o respeito ao meio ambiente, o pagamento de impostos etc.

7. Sobreleva nesse ponto, desde o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, o pagamento do ITR como questão inerente à função social da propriedade. O proprietário, por possuir o domínio sobre o imóvel, deve atender aos objetivos da função social da propriedade; por conseguinte, se não há um efetivo exercício de domínio, não seria razoável exigir desse proprietário o cumprimento da sua função social, o que se inclui aí a exigência de pagamento dos impostos reais.

8. Na peculiar situação dos autos, ao considerar-se a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos de propriedade sem o devido êxito do processo de desapropriação, é inexigível o ITR diante do desaparecimento da base material do fato gerador e da violação dos referidos princípios da propriedade, da função social e da proporcionalidade.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1144982/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 15/10/2009) (Grifo nosso)

O mesmo ocorreu em caso semelhante. No **Recurso Especial 963499/PR**¹⁰⁶ observa-se a aplicação da boa-fé objetiva para fins de afastar a incidência do Imposto Territorial Rural no caso concreto, o qual versava sobre a legitimidade tributária passiva de proprietário de imóvel rural invadido por aproximadamente 80 famílias integrantes do "Movimento Sem-Terra – MST" no ano de 1995.

A ementa registrou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva de forma expressa, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ITR. IMÓVEL INVADIDO POR INTEGRANTES DE MOVIMENTO DE FAMÍLIAS SEM-TERRA. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. FATO GERADOR DO ITR. PROPRIEDADE. MEDIDA LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE NÃO CUMPRIDA PELO ESTADO DO PARANÁ. INTERVENÇÃO FEDERAL ACOLHIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJPR. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. PERDA ANTECIPADA DA POSSE SEM O DEVIDO PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO. ESVAZIAMENTO DOS ELEMENTOS DA PROPRIEDADE.

DESAPARECIMENTO DA BASE MATERIAL DO FATO GERADOR. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA **BOA-FÉ OBJETIVA**.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico de que se aplica o prazo prescricional do Decreto 20.910/1932 para demanda declaratória que busca, na verdade, a desconstituição de lançamento tributário (caráter constitutivo negativo da demanda).

3. O Fato Gerador do ITR é a propriedade, o domínio útil, ou a posse, consoante disposição do art. 29 do Código Tributário Nacional.

¹⁰⁶ REsp 963.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 14/12/2009.

4. Sem a presença dos elementos objetivos e subjetivos que a lei, expressa ou implicitamente, exige ao qualificar a hipótese de incidência, não se constitui a relação jurídico-tributária.
5. A questão jurídica de fundo cinge-se à legitimidade passiva do proprietário de imóvel rural, invadido por 80 famílias de sem-terra, para responder pelo ITR.
6. Com a invasão, sobre cuja legitimidade não se faz qualquer juízo de valor, o direito de propriedade ficou desprovido de praticamente todos os elementos a ele inerentes: não há mais posse, nem possibilidade de uso ou fruição do bem.
7. Direito de propriedade sem posse, uso, fruição e incapaz de gerar qualquer tipo de renda ao seu titular deixa de ser, na essência, direito de propriedade, pois não passa de uma casca vazia à procura de seu conteúdo e sentido, uma formalidade legal negada pela realidade dos fatos.
8. Por mais legítimas e humanitárias que sejam as razões do Poder Público para não cumprir, por 14 anos, decisão judicial que determinou a reintegração do imóvel ao legítimo proprietário, inclusive com pedido de Intervenção Federal deferido pelo TJPR, há de se convir que o mínimo que do Estado se espera é que reconheça que aquele que – diante da omissão estatal e da dramaticidade dos conflitos agrários deste Brasil de grandes desigualdades sociais – não tem mais direito algum não pode ser tributado por algo que só por ficção ainda é de seu domínio.
9. Ofende o Princípio da Razoabilidade, o **Princípio da Boa-Fé Objetiva** e o bom senso que o próprio Estado, omissor na salvaguarda de direito dos cidadãos, venha a utilizar a aparência desse mesmo direito, ou o resquício que dele restou, para cobrar tributos que pressupõem a sua incolumidade e existência nos planos jurídico (formal) e fático (material).
10. Irrelevante que a cobrança do tributo e a omissão estatal se encaixem em esferas diferentes da Administração Pública. União, Estados e Municípios, não obstante o perfil e personalidade próprios que lhes conferiu a Constituição de 1988, são parte de um todo maior, que é o Estado brasileiro. Ao final das contas, é este que responde pela garantia dos direitos individuais e sociais, bem como pela razoabilidade da conduta dos vários entes públicos em que se divide e organiza, aí se incluindo a autoridade tributária.
11. Na peculiar situação dos autos, considerando a privação antecipada da posse e o esvaziamento dos elementos da propriedade sem o devido processo de Desapropriação, é inexigível o ITR ante o desaparecimento da base material do fato gerador e a violação dos Princípios da Razoabilidade e da **Boa-Fé Objetiva**.
12. Recurso Especial parcialmente provido somente para reconhecer a aplicação da prescrição quinquenal.
(REsp 963.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 14/12/2009) (Grifo nosso)

Ainda sobre a mesma matéria, há também o julgamento do **Recurso Especial 1551595/RS**¹⁰⁷, que foi decidido monocraticamente pelo Ministro Relator Humberto Martins, tendo a boa-fé objetiva sido mencionada nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. IPTU. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO. OCUPAÇÃO POR TERCEIROS. PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

“Cuida-se de recurso especial interposto pelo espólio de GABRIELE CANESTRELLI ESPÓLIO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A ementa do julgado guarda os seguintes termos (fls. 141/150,

¹⁰⁷ AgInt no REsp 1551595/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016.

e-STJ). "IPTU e Taxas - Município de São Bernardo do Campo - Exercício de 2001 - Embargos à execução julgados procedentes - Hipótese de imóvel invadido - Identificação do proprietário, todavia, a conferir-lhe a condição de parte legítima para responder - inteligência do art. 34 do CTN - Recurso provido." Sem embargos de declaração. Embargos infringentes improvidos (fls. 200/209, e-STJ): "EMBARGOS INFRINGENTES - Embargos à execução - IPTU do exercício de 2001 - Imóvel ocupado por terceiros. 1) Alegação de perda da posse do imóvel - O apelante ainda é proprietário do imóvel, sendo responsável pelo pagamento do IPTU - Inteligência do art. 34 do Código Tributário Nacional - Prevalência do voto vencedor. Embargos Infringentes rejeitados." Aduz que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 34 do Código Tributário Nacional. Sustenta, outrossim, que seja reconhecida a ilegitimidade passiva na execução fiscal. Alega sem razão o entendimento fixado na origem, que "considerou que o Recorrente é proprietário do imóvel, conforme consta no registro competente do Cartório de Registro de Imóveis, e que não tenciona abdicar da propriedade, tanto que ajuizou ação de reintegração de posse, o que no entendimento do Tribunal implica ser ele responsável pelo pagamento do IPTU sobre o imóvel incidente, ainda que a ação possessória tenha sido extinta pela ilegitimidade de parte, o que foi reconhecido no acórdão que julgou os embargos infringentes, e que a invasão exista há mais de 30 (trinta) anos e tenha se consolidado" (fl. 219, e-STJ). Apresentadas as contrarrazões (fls. 248/256, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 258/259, e-STJ). É, no essencial, o relatório.

No caso concreto, a controvérsia gira em torno de definir se o proprietário do imóvel invadido pode figurar no polo passivo da exação tributária. [...] O entendimento do Tribunal a quo se encontra em desacordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é inexigível a cobrança de tributos de proprietário que não detém a posse do imóvel, devendo o município, no caso, lançar o débito tributário em nome dos ocupantes da área invadida. Eis os termos fixados na origem (fls. 146/145, e-STJ): "O embargante é contribuinte do IPTU na condição de proprietário do imóvel. Pese a invasão do mesmo por terceiros e a presença de muitas construções no local, o fato é que o ora recorrido não tenciona abdicar da situação de titular do domínio e de possuidor. Tanto que, em face da invasão, promoveu ação de reintegração de posse contra os ocupantes; mal sucedido nas vias ordinárias, interpôs Recurso Extraordinário, estando pendente o julgamento de Agravo de Instrumento contra a decisão denegatória do mesmo, tudo conforme informado pelo próprio executado na inicial dos embargos. Quanto ao precedente do STJ referido pelo ilustre Relator, entendo não ser aplicável à espécie, pois cuidou de hipótese de invasão sucedida de desapropriação do imóvel pela Municipalidade, que já havia se imitado na posse mesmo antes de receber autorização judicial. Para que a execução tenha regular prosseguimento, em suma, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus sucumbenciais." Assim, como a decisão recorrida está em desacordo com as decisões desta Corte, **faz-se necessária a modificação do acórdão estadual, tendo em vista especial atenção ao desaparecimento da base material do fato gerador do IPTU, combinado com a observância dos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva.** Ante o exposto, com fundamento nos arts. 932, inciso V, alínea "b", do CPC/2015 e 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial. Invertam-se os ônus de sucumbência firmados na sentença. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 04 de maio de 2016. (Grifo nosso)

Em razão da interposição de Agravo Interno em face dessa decisão, a causa foi levada a julgamento pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual compartilhou do entendimento do Ministro Relator conforme decisão que restou ementada nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. IPTU. INCIDÊNCIA SOBRE IMÓVEL. INVASÃO. OCUPAÇÃO POR TERCEIROS. PERDA DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE.

IMPOSSIBILIDADE DA SUBSISTÊNCIA DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ AO CASO DOS AUTOS.

1. É inexigível a cobrança de tributos de proprietário que não detém a posse do imóvel, devendo o município, no caso, lançar o débito tributário em nome dos ocupantes da área invadida.

2. "Ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (**proibição do venire contra factum proprium**)". (REsp 1.144.982/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 15/10/2009.).

3. Faz-se necessária a modificação do acórdão estadual, tendo em vista especial atenção ao desaparecimento da base material do fato gerador do IPTU, combinado **com a observância dos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva**.

4. Inaplicável ao caso dos autos a incidência da Súmula 7/STJ, porquanto todo o quadro fático está devidamente delineado nos fundamentos do acórdão recorrido.

Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1551595/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016) (Grifo nosso).

Assim, possível concluir que observa-se a utilização do princípio da boa-fé objetiva para afastamento da incidência de imposto real quando no caso concreto se constata o esvaziamento do direito de propriedade.

3.3.2 Manutenção ou reinclusão do contribuinte em programa de parcelamento fiscal

No julgamento do **Recurso Especial nº 1.143.216/RS**¹⁰⁸ a boa-fé objetiva foi aplicada para abalizar o entendimento de não cabimento da exclusão de contribuinte de programa de parcelamento em razão, exclusivamente, de não ter preenchido o requisito legal de desistência formal de procedimento administrativo em que se discuta o crédito em questão.

A relevância deste julgado fica evidente a partir da constatação de que ela deu origem à tese de nº 401 referente aos recursos repetitivos, pois em 02.10.2009, por decisão monocrática da relatoria, o recurso especial foi submetido ao regime dos “recursos representativos de controvérsia”, nos moldes do artigo 543-C do Código de Processo Civil então vigente, tendo sido o caso afetado à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, consoante determina o artigo 2º, *caput*, da Resolução STJ 8/2008.

Ainda, cabe pontuar que o voto do Ministro Relator Luiz Fux foi seguido unanimemente pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta à época pelos

¹⁰⁸ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010.

Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon.

Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça considerou o ato de exclusão do contribuinte do PAES ilegítimo com base em dois fundamentos jurídicos, ressaltados com igual ênfase no teor da fundamentação: porque contrariou a legalidade e porque contrariou a boa-fé objetiva.¹⁰⁹

O princípio da legalidade foi considerado violado porque embora houvesse previsão legal do requisito de desistência expressa e irrevogável de impugnações e recursos administrativos, bem como de ações judiciais, também havia previsão legal no sentido de que o pedido de parcelamento seria automaticamente deferido se no prazo de 90 dias a partir do pedido a autoridade fazendária não se manifestasse a respeito¹¹⁰.

Dessa forma, porque considerado tacitamente deferido o parcelamento no caso concreto, necessário que o contribuinte fosse enquadrado em alguma das hipóteses legais para exclusão¹¹¹, o que se considerou não ter ocorrido.

¹⁰⁹ Nesse sentido, de forma a resumir o teor do aresto, manifestou-se ao final deste o Ministro Luiz Fux, relator do caso, concluindo que “consequentemente, a exclusão do contribuinte do programa de parcelamento (PAES), em virtude da extemporaneidade do cumprimento do requisito formal a desistência de impugnação administrativa, afigura-se ilegítima nas hipóteses em que tácito o deferimento da adesão (à luz do artigo 11, §4º, da Lei 10.522/2002, c/c o artigo 4º, III, da Lei 10.684/2003) e adimplidas as prestações mensais estabelecidas por mais de quatro anos e sem qualquer oposição do Fisco.” (REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010)

¹¹⁰ A Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, resultado da conversão da Medida Provisória 107, de 10 de fevereiro de 2003, em seu artigo primeiro, autorizou o parcelamento conhecido como PAES dos débitos que os contribuintes tivessem junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-geral da Fazenda nacional com vencimento até o dia 28 de fevereiro de 2003, fossem eles constituídos ou não, bem como inscritos ou não em Dívida ativa ou ainda que estivessem em fase de execução fiscal. Porém, o artigo 4º, inciso II, dessa mesma lei estabeleceu que os débitos que estivessem com a exigibilidade suspensa em razão de pendência de recurso administrativo, nos moldes do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, ou por força de limiar ou tutela antecipatória deferida em processo judicial, consoante a hipóteses prevista no artigo 151, incisos IV e V do Código Tributário Nacional, somente seriam alcançados se o sujeito passivo desistisse expressamente e de modo irrevogável da impugnação, do recurso administrativo ou da ação judicial proposta, com renúncia a quaisquer alegações de direito que consistissem em fundamento para as demandas intentadas. Por outro lado, o inciso III da lei em comento determinou que o parcelamento autorizado no artigo primeiro seria regido pelas disposições da Lei nº 10.522/2002, ressalvado o artigo 14 desta. Ora, o artigo 11, §4º, o qual encontrava-se vigente à época do fato (foi revogado posteriormente pela Medida Provisória 449, de 03 de dezembro de 2008, a qual foi convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009), determinava que “considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido”.

¹¹¹ Previstas na Lei nº 10.684/2003 em seu artigo 7º (“O sujeito passivo será excluído dos parcelamentos a que se refere esta Lei na hipótese de inadimplência, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e das contribuições referidos nos arts. 1º e 5º, inclusive os com vencimento após 28 de fevereiro de 2003.”) e em seu artigo 8º (Na hipótese de a pessoa jurídica manter parcelamentos de débitos com base no art. 1º e no art. 5º, simultaneamente, o percentual a que se refere o inciso I do § 3º do art. 1º será reduzido para setenta e cinco centésimos por cento. § 1º Caberá à pessoa jurídica requerer a redução referida no **caput** até o prazo fixado no inciso I do art. 4º e no **caput** do art. 5º. § 2º Ocorrendo liquidação, rescisão ou extinção de um dos parcelamentos, inclusive por exclusão do sujeito passivo, nos termos do art. 7º, aplica-se o percentual fixado no inciso I do § 3º do art. 1º ao parcelamento remanescente, a partir do mês subsequente ao da ocorrência da liquidação, extinção ou rescisão do parcelamento obtido junto ao outro

Por seu turno, considerou-se haver violação da boa-fé objetiva mormente porquanto restou caracterizado comportamento contraditório por parte da Administração Pública, na medida em que as prestações mensais referentes ao parcelamento foram adimplidas regularmente por mais de quatro anos sem qualquer oposição do Fisco.

Mencionou o Ministro Relator Luiz Fux a respeito que “[...] decorre da cláusula geral da **boa-fé objetiva**, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos. Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo os limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*” (grifo nosso).”

Portanto, embora a boa-fé objetiva não tenha constado expressamente do texto da ementa, foi-lhe feita menção no texto do voto do Ministro Relator.

Outrossim, no julgamento do **Recurso Especial nº 1338717/RN**¹¹², que versava sobre a reinclusão ou não dos débitos de contribuinte ao programa de parcelamento especial (PAES), apesar de os fundamentos jurídicos expressos terem sido o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade (“tal conduta fere em demasia, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”), bem como a ausência de dispositivo legal que amparasse o ato de exclusão realizado pela Receita Federal (“o caso concreto, não se enquadra com perfeição, nas hipóteses de exclusão moratória legalmente prevista”), da leitura do voto do Ministro Relator, depreende-se que, em realidade, a boa-fé objetiva consistiu em um dos principais fundamentos, embora não reconhecida expressamente e, por vezes, nominada de razoabilidade.

órgão. § 3º A pessoa jurídica deverá informar a liquidação, rescisão ou extinção do parcelamento ao órgão responsável pelo parcelamento remanescente, até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência do evento, bem como efetuar o recolhimento da parcela referente àquele mês observando o percentual fixado no inciso I do § 3º do art. 1º. § 4º O desatendimento do disposto nos parágrafos anteriores implicará a exclusão do sujeito passivo do parcelamento remanescente e a aplicação do disposto no art. 11.”)

¹¹² REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

Sua aplicação se extrai, por exemplo, do seguinte trecho do voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, o qual foi seguido por unanimidade para negar provimento ao recurso especial, mantendo a decisão de segundo grau a favor da reinclusão do contribuinte no PAES: “Ademais, o caso em apreço se reveste de peculiaridade, que por si só, é suficiente para o desprovimento do recurso, isto porque, a Corte de origem afirmou, expressamente, que a Fazenda Pública aceitou o parcelamento realizado pelo contribuinte, ou seja, o próprio órgão interessado no pagamento do tributo contribuiu para que o mesmo se realizasse, eventualmente, em desacordo com as normas vigente do parcelamento.”

O raciocínio alinhavado traduz-se pela idéia da promoção do exercício do direito de modo regular, protegendo-se as legítimas expectativas criadas no caso concreto por comportamentos anteriores e considerando-se violar o ordenamento jurídico as condutas incoerentes, isso é, contraditórias entre si. Esse o sentido da máxima do *venire contra factum proprium*, que consiste em uma das decorrências da aplicação do princípio da boa-fé objetiva em sua função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas.

3.3.3 Penhora do bem de família dado em garantia em programa de parcelamento fiscal

O **Recurso Especial nº 1200112/RJ**¹¹³ tratou de definir se o bem de família ofertado como garantia para ingresso no REFIS poderia ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência, oportunidade em que o Ministro Relator Castro Meira negou provimento ao recurso, com o que concordaram os demais Membros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁴, por unanimidade, em decisão que restou ementada da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. ART. 1º DA LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E MÁ-FÉ DO PROPRIETÁRIO, QUE OFERTOU O BEM EM GARANTIA PARA INGRESSO NO REFIS. INADIMPLÊNCIA DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PENHORA. INAPLICABILIDADE DA REGRA PROTETIVA.

1. Resume-se a controvérsia em definir se o bem de família, ofertado como garantia para ingresso no REFIS, pode ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência.

2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.

¹¹³ REsp 1200112/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012.

¹¹⁴ Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha.

3. Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e **manifesta violação da boa-fé objetiva**, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário.

4. **A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.**

5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1200112/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012) (grifo nosso)

No Recurso Especial objeto da presente análise foi alegado que a regra de impenhorabilidade do bem de família não comportaria renúncia, já que o bem tutelado não é exclusivamente do proprietário devedor, mas de sua entidade familiar, a qual estaria sendo prejudicada em face da constrição do único bem imóvel do casal, o qual fora ofertado como garantia para ingresso no REFIS.

O acórdão do Tribunal local considerou os seguintes fatos como incontroversos: **(a)** o imóvel em discussão era bem de família; **(b)** o imóvel em discussão foi dado em garantia para ingresso no REFIS; **(c)** o mesmo imóvel já havia sido anteriormente ofertado em hipoteca para garantir empréstimo bancário; e **(d)** houve abuso de direito e fraude quando do ingresso no parcelamento, já que foi dado em garantia bem sabidamente impenhorável.

Então, ressaltou-se que embora o entendimento firmado na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁵ e em quase todos os órgãos julgadores da Corte¹¹⁶ fosse o de que “a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada”, o caso concreto nele não se enquadrava, pois, ao contrário dos julgados

¹¹⁵ Nesse sentido, colacionou a ementa de três precedentes: (a) REsp 1.059.805/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 02.10.2008; (b) REsp 828.375/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.02.09; e (c) REsp 864.962/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.02.2010.

¹¹⁶ Foram colacionadas as ementas dos seguintes precedentes: (a) AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 04.06.07; (b) REsp 1.115.265/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 10.05.12; (c) REsp 875.687/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22.08.11; (d) AgRg no EREsp 888.654/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, DJe 18.03.11; e (e) AgRg no REsp 1.108.749/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 31.08.09.

utilizados como referência, nos quais não se vislumbrava indicação de que o devedor havia agido de má-fé ou com abuso de direito, “no caso de que ora se cuida, o proprietário do bem agiu de maneira deliberada, consciente de que a garantia ofertada era iníqua, mas suficiente para permitir-lhe desfrutar de benefício fiscal sabidamente indevido.”

Ressaltou-se, inclusive, que consoante se depreendia do acórdão recorrido, “não foi a primeira vez que [...] e [...] ofertaram o bem em garantia para a obtenção de benefício legal e, quando executada a garantia, simplesmente alegaram a impenhorabilidade do bem”, do que se permitia concluir que “os proprietários tem atuado de maneira reiteradamente fraudulenta, valendo-se do bem de maneira abusiva, com consciência e vontade, para a obtenção de benefício sabidamente indevido”.

Sobre essa peculiaridade do caso concreto, asseverou-se que “não se pode tolerar que da utilização abusiva do direito, com **violação inequívoca ao princípio da boa-fé objetiva**, possa advir benefício para o seu **titular que exerceu o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico**”, pois “um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, de modo que nenhum ato, contrato ou direito pode ser exercido sem observância deste princípio”, razão pela qual a regra de impenhorabilidade do artigo 1º da Lei 8.009/90 “antes de ser absoluta, comporta temperamentos ditados pelo princípio da boa-fé objetiva” (grifo nosso).

Observa-se, portanto, que foi reconhecida a atuação do princípio da boa-fé objetiva como instrumento jurídico com o papel de temperar os ditames da lei e mesmo dos entendimentos jurídicos consolidados, quando observar-se que as circunstâncias do caso concreto denotam uma situação em que não foi feito uso regular do direito, ou em outras palavras, uma situação de abuso de direito conferido pela lei.

Nesse sentido a ponderação do Ministro Relator Castro Meira de que a “regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.”

Bem como, também, a conclusão final de que “embora a situação dos autos não se enquadre perfeitamente à hipótese legal [Lei 8.009/90, no art. 4º, que determina que “não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”],

está a exigir o mesmo tratamento judicial, cabendo ao juiz excepcionar a regra de impenhorabilidade.

Isso, porque os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram benefício fiscal indevido ao ofertar em garantia bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário.”

Apesar de se notar a presença da boa-fé objetiva durante toda a fundamentação do voto do Ministro Relator, na ementa do acórdão também se encontra referida a boa-fé em sua feição subjetiva, consoante demonstra o seguinte trecho: “A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei nº 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança”. Essa menção decorre de um dos precedentes citados^{117 118}.

Ficou também salientado nesse julgado que agir em consonância com a boa-fé objetiva é agir em conformidade com o ordenamento jurídico no sentido de exercer um direito dentro dos limites de sua regularidade, a qual é aferida consoante a idéia de lealdade, núcleo semântico da boa-fé objetiva. Vide o seguinte excerto do voto do Ministro Relator Castro Meira nesse sentido: Sobre essa peculiaridade do caso concreto, asseverou que “não se pode tolerar que da utilização abusiva do direito, com **violação inequívoca ao princípio da boa-fé objetiva**, possa advir benefício para o seu **titular que exerceu o direito em**

¹¹⁷ CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE. 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei n.º 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei n.º 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutável, esvaziando-a por completo. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.141.732/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22.11.10).

¹¹⁸ “Como advertiu o julgado, a boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança. A própria Lei 8.009/90, no art. 4º, embora tratando de situação distinta, excepciona a regra de impenhorabilidade quando evidenciada a má-fé do devedor, *verbis*: Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.”

desconformidade com o ordenamento jurídico”. Nesse sentido a ponderação do Ministro Relator Castro Meira de que a “regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.”

Ainda, importante salientar o reconhecimento da relevância do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico como um todo, tendo sido considerado um dos princípios fundamentais do direito pátrio incidindo sobre todas as relações jurídicas, atos, contratos e direitos, nos seguintes termos: **“um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, de modo que nenhum ato, contrato ou direito pode ser exercido sem observância deste princípio”**.

Por fim, em reforço à utilização do princípio da boa-fé objetiva quanto à decisão de ser ou não impenhorável bem de família tendo em vistas as peculiaridades do caso concreto, cabe referir o **Recurso Especial nº 554622/RS¹¹⁹**, cuja ementa apresenta-se da seguinte forma:

CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido.

O caso versa sobre imóvel dado como fiança em contrato realizado por instrumento público no qual os devedores se declararam solidários e renunciaram ao direito da impenhorabilidade e foi objeto de decisão por unanimidade da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹²⁰ no sentido de não conhecer do acórdão nos termos do voto do Ministro Relator Ari Pargendler.

Trata-se de ação ajuizada por um grupo de pessoas “A” em face de um casal “B” requerendo a decretação da nulidade da penhora efetivada sob o argumento de que o bem constrito seria absolutamente impenhorável por constituir-se em bem de família.

Após audiência de justificação, em que foram ouvidos os devedores e uma testemunha, o Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, tendo sido interposto Agravo de Instrumento ao qual o Tribunal local negou provimento nos seguintes termos:

¹¹⁹ REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 527.

¹²⁰ Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPORCIONALIDADE DA LESÃO. IMPENHORABILIDADE. NÃO-INCIDÊNCIA. RENÚNCIA LIVRE E ESPONTÂNEA PERANTE TABELIÃO. Não configurado qualquer vício de vontade, mormente porque os agravantes são engenheiros civis, pessoas bem esclarecidas, é de ser mantida a renúncia ao benefício da impenhorabilidade proferida, em escritura pública, perante Tabelião. A lei da impenhorabilidade sofre temperamentos, em especial quanto aos casos em que as partes de forma livre e consciente renunciaram ao benefício legal. Agravo improvido” (fl. 88).

No fundamento de seu entendimento, o Ministro Relator Ari Pargendler adotou as razões apresentadas no acórdão combatido, o qual foi mantido, tendo ressaltado, contudo, que **“tudo tem limites, todavia, e nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva [...]”** (grifo nosso).

Ainda, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que acompanhou o Relator, se manifestou por considerar a questão como muito interessante, tendo asseverado que houve violação da boa-fé objetiva porquanto uma das partes agira de modo enganoso, conforme se observa no extrato abaixo colacionado:

De fato, Sua Excelência lembrou que temos precedentes da própria Segunda Seção que admitem a possibilidade da renúncia quando se tratar do Código de Processo Civil, mas, com relação a bem de família, não se admite tal possibilidade.

No entanto, há um aspecto que se tem de considerar. No caso, há uma inversão de bem de família, ou seja, o devedor tirou o bem de família do credor e, nessa medida, o bem de família que foi retirado por um ato que configurou uma enganação, um rompimento da boa-fé objetiva, não está alcançado por aquele precedente que, de forma geral, entendeu que, na verdade, não pode haver a renúncia do bem de família, mas isso, é claro, admitindo-se a hipótese da normalidade. Quando se enfrenta uma peculiaridade dessa natureza, que está configurada nos autos, ou seja, três famílias pobres e, portanto, sem cultura, sem saber específico, que habitam em uma mesma casa pequena e são procuradas por uma empresa de engenharia, que lhes oferece uma permuta de bem, pega o terreno para construção e lhes oferece dois apartamentos nesse mesmo prédio, não vindo a cumprir a obrigação, e já tendo sido retirado o bem de família dessas pessoas, que hoje são as credoras, evidentemente não se pode aplicar a solução técnica adotada em um caso no qual não havia tal peculiaridade.

Como disse o Senhor Ministro **Ari Pargendler**, há certas circunstâncias que justificam uma interpretação ampliada que agasalhe a proteção do direito, vinculada à idéia de justiça, no sentido de que o objetivo da lei positiva é o de realizar a justiça, desde que compatível com interpretação possível dentro do sistema jurídico brasileiro. E, no caso concreto, essa interpretação é compatível com o sistema jurídico brasileiro por dois motivos fundamentais: primeiro, porque não existe nenhum dispositivo de lei que desautorize a renúncia, que foi uma interpretação dada pelos Tribunais, para preservar o bem de família, o que deve ser resguardado; segundo, porque, no caso concreto, como o precedente e a lei não decorreram, especificamente, de situação presente neste caso, em que há peculiaridade a justificar interpretação também coerente com o princípio de proteção do bem de família. Interpretando dessa maneira, estamos, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, protegendo o bem daqueles que foram lesados no seu bem de família, por ato incompatível com a boa-fé objetiva. (Negrito do autor, sublinhado nosso)

3.3.4 Fundamento de indenização a ser paga pelo Estado

No **Recurso Extraordinário nº 131741-8/SP**¹²¹ a boa-fé objetiva foi utilizada como fundamento para que se decidisse que cabe ao Estado indenizar os danos causados quando ele adota conduta contrária a um parecer prévio emitido por solicitação formal de um contribuinte que procurou sua orientação sobre como deveria proceder em um caso concreto.

Nesse sentido, o Relator Ministro Marco Aurélio¹²² colocou que **“a relação jurídica Estado/contribuinte há de repousar, sempre, na confiança mútua, devendo ambos atuarem com responsabilidade, fiéis ao ordenamento jurídico em vigor”** (grifo nosso).¹²³

A situação apreciada foi a seguinte: Certa empresa do ramo da destilaria realizou consulta formal à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo a fim de alcançar a “certeza administrativa-tributária” quanto ao exato momento da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, se seria quando expedida a nota fiscal para entrega futura ou no momento da real saída dos produtos industrializados do estabelecimento.

Foi-lhe respondido que seria quando da expedição da nota fiscal.

Ocorre que, posteriormente, o contribuinte constatou que outras empresas do mesmo ramo estavam efetuando o recolhimento da exação quando da real saída dos produtos do estabelecimento, o que era bem menos oneroso tendo em vista a inflação da época, de forma que procedeu, então, a uma segunda consulta ao órgão fiscal, tendo-lhe sido, dessa vez, fornecida resposta diametralmente oposta da primeira.

Nesse contexto, a empresa contribuinte entrou com uma ação requerendo o ressarcimento dos prejuízos suportados.

O Tribunal de Justiça de São Paulo não acolheu o pedido. Dentre seus fundamentos, ressaltam-se três: a) entendeu que não haveria que se cogitar da Administração Pública ser responsável em situação de “evolução exegética”, pois tal evolução seria compreensível na seara dos complexos temas tributários; b) que a “certeza administrativa-tributária”, a qual seria de interesse tanto do Fisco quanto do contribuinte, seria uma certeza

¹²¹ Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impões-lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243).

¹²² Em voto com o qual concordaram unanimemente os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nominalmente os Senhores Ministros Néri da Silveira, Carlos Velloso, Francisco Resek e Maurício Corrêa.

¹²³ RE 131741-8, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 Ementa. Vol-01829-02 PP-00243.

relativa passível de ingerências, não se apresentando como absoluta portanto; e c) que a resposta à uma consulta realizada pelo contribuinte não possui caráter vinculante, devendo ser considerada apenas uma “interpretação antecipada e parcial do tema”, de forma que o contribuinte poderia ou não tê-la como guia, bem como fazer uso da via judicial.

A empresa contribuinte insurgiu-se interpondo Recurso Extraordinário. O Ministério Público Federal, apesar de se manifestar contra o conhecimento do recurso extraordinário por entender inexistir dano ao particular, consignou sobre o mérito da lide que “[...] porém, essa obrigação de indenizar existirá, por força do disposto no art. 37, §6º, da C.F., na hipótese de haver sido revelado ao contribuinte **OUTRO** entendimento, sobre aquela específica matéria objeto da consulta, que não **O EFETIVAMENTE ESPOSADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NO MOMENTO DA RESPOSTA À CONSULTA**, porque, então, terá ocorrido flagrante **FALTA DO SERVIÇO PÚBLICO**, configurada em razão do seu **MAU FUNCIONAMENTO**.” (Grifo do autor.)

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, concluiu que padecia de amparo a tese de que a consulta tributária no caso concreto seria informal, pois havia efeitos¹²⁴ previstos pelo Regulamento do Imposto de Mercadorias, nos artigos 540 a 556, e pela a Lei Estadual nº 440/74 para a não adoção do entendimento contido na resposta.

Nesse diapasão, enfatizou que a empresa contribuinte agiu “**demonstrando inegável confiança no fisco [...]** havendo adotado **postura de absoluta boa-fé**” ao ter conformado seu procedimento à resposta da consulta feita, o que “[...] em última análise, veio a implicar antecipação do recolhimento do imposto”.

Assim, o caso foi considerado exemplar “no tocante à necessidade de adotar-se postura que estimule os contribuintes a acionarem o instituto da consulta e, ao mesmo tempo, atribua à Administração Pública uma maior responsabilidade ao respondê-las”.

E isso, pois: “De duas, uma: ou a Administração Pública não está compelida a atuar no âmbito da consultoria, ou está e, claudicando, pouco importando o motivo, assume os danos que tenha causado ao contribuinte”, tendo sido arrematado, ao final, que “o que não se concebe é que, diante da normatividade da matéria, fique a Administração Pública, na hipótese de equívoco – que, afinal, para ela implicou inegável vantagem – deixe de indenizar aquele que sofreu o correspondente prejuízo”.

¹²⁴ O artigo 548 do Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias refere que decorrido o prazo contido na resposta, o qual não poderia ser inferior a 15 dias, se o consulente não tivesse procedido de conformidade com os termos da resposta estaria sujeito à lavratura de auto de infração, bem como às penalidades aplicáveis. Ainda, o artigo 96 da Lei Estadual nº440/74, §4º, estabelece que “a observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime-o de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo considerado não devido”.

Referiu ainda o Ministro Relator Marco Aurélio, no relatório, que seria teratológico aceitar a tese de que o contribuinte consulente que seguir a orientação firmada pela autoridade fazendária, a qual “afasta uma série de sanções administrativas”, deveria ser considerado “verdadeiro ‘acomodado’”, porque “equivalaria a consagrar a imoralidade e a inidoneidade da Administração Pública”.

3.4 O princípio do Estado de Direito como fundamento do princípio da boa-fé objetiva

Entende-se que o princípio da boa-fé objetiva consista em princípio constitucional implícito que tem como fundamento o sobreprincípio do Estado de Direito.

A um, porque se notam algumas inconsistências ao derivar o princípio da boa-fé do princípio da moralidade ou do princípio da segurança jurídica.

A dois, porque considerando o núcleo do sobreprincípio do Estado de Direito e a estruturação do sistema jurídico a partir dele, fica evidente a relação intrínseca e direta dele com o princípio da boa-fé objetiva.

3.4.1 Não derivação do Princípio da Moralidade e da Segurança Jurídica

A posição majoritária doutrinária¹²⁵ atribui o fundamento jurídico do princípio da boa-fé objetiva aos princípios constitucionais da moralidade e da segurança jurídica.

Com efeito, é inegável a relação que o princípio da boa-fé apresenta com eles, até porque todos carregam, em sua essência, a concretização da idéia de justiça dentro da proposta do modelo de Estado Democrático de Direito, como paradigma.

Contudo, considerando o núcleo semântico do princípio da boa-fé, especialmente o do princípio da boa-fé objetiva, sob a perspectiva apresentada neste trabalho, observa-se ser mais coerente, sistematicamente, a compreensão do princípio da boa-fé objetiva como calcado diretamente no sobreprincípio do Estado de Direito, consistindo, dessa forma, em seu subprincípio.

A consideração do princípio da boa-fé objetiva como decorrente exclusivamente do princípio da moralidade se apresenta um entrave, pois apesar de possuírem núcleos de significado semelhantes, a moralidade consiste em um princípio previsto constitucionalmente, no *caput* do artigo 37, para pautar a conduta da Administração Pública,

¹²⁵ Ressalvando-se a posição de Elizabeth Rosa de Mello (2012, p. 239-242), a qual entende que os fundamentos seriam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

não servindo dessa forma de justificativa jurídica para a aplicação do princípio da boa-fé como norma de conduta exigível do administrado.

Dessa forma, parece mais sensato pensar da forma inversa: o princípio da moralidade como sendo derivado do princípio da boa-fé.

Por sua vez, a consideração do princípio da boa-fé como derivado exclusivamente do princípio da segurança jurídica não explica seu núcleo essencial, consistente na imposição do dever de que os contribuintes e o Estado (especialmente ao instituir, majorar e cobrar tributos) se portem com lealdade.

O conteúdo de sentido mínimo de tais institutos jurídicos, revelado pela sua finalidade imediata, é diferente porque o princípio da segurança jurídica está voltado à promoção da estabilidade das relações jurídicas, inclusive em âmbito tributário.

O que ocorre é que os efeitos de sua aplicação podem ser os mesmos em certas hipóteses, mais especificamente naquelas em que o princípio da boa-fé objetiva atua na função de limitador dos direitos subjetivos (através, por exemplo, da aplicação das normas do *venire contra factum proprium*, *surrectio*, e *supressio*), quando a imposição do respeito à proteção da legítima confiança gerada por uma das partes promove tanto o valor da lealdade quanto o valor da estabilidade das relações jurídicas.

Todavia, ainda assim, nesse âmbito, os princípios não se confundem, pois sua aplicação (operabilidade) ocorrerá de forma diversa.

A solução do caso (na mesma direção) a partir da aplicação do princípio da boa-fé objetiva terá a conduta das partes em si mesma como objeto de valoração (por meio do método estabelecido pela boa-fé objetiva enquanto postulado), enquanto a solução do caso a partir do princípio da segurança jurídica, através de seu subprincípio da proteção à confiança, terá a confiança das partes (que é um aspecto eminentemente subjetivo) como objeto de valoração, o que será feito através da análise de sua conduta (também por meio do método estabelecido pela boa-fé objetiva enquanto postulado).

Portanto, conclui-se haver, de fato, incoerências ao se atribuir a derivação – que pressupõe a idéia de gênero que contém a espécie, de modo que a espécie deve conter as características elementares ao gênero - do princípio da boa-fé objetiva a partir dos princípios da moralidade e da segurança jurídica.

3.4.2 Relação entre a boa-fé objetiva e o Estado de Direito

Ademais disso, observa-se que o conteúdo mínimo de sentido do princípio da boa-fé objetiva relaciona-se diretamente com a concretização dos valores fundamentais do Estado de Direito, estampados no artigo 1º da Constituição Federal, bem como com seus objetivos fundamentais, esboçados no artigo 3º da Lei Magna.

3.4.2.1 Boa-fé objetiva e os valores fundamentais do Estado de Direito

O artigo 1º da Constituição Federal elenca cinco valores como sendo os arrimos do Estado de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho juntamente com a livre iniciativa e o pluralismo político.

A **soberania** (artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal) relaciona-se com o princípio da boa-fé objetiva, porque ele se aplica para impor uma norma de conduta, pautada pela lealdade, a ser respeitada em toda e qualquer relação jurídica, inclusive em âmbito externo.

A **cidadania** (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal), por sua vez, resta sobremodo promovida pelo princípio da boa-fé objetiva sob a perspectiva colaborativa das partes da relação jurídica quanto à realização da finalidade que lhe deu origem.

Ademais disso, a boa-fé objetiva (só que em sua vestimenta normativa de postulado), ao promover critérios objetivos de valoração das condutas em face das normas, reforça o princípio da cidadania na medida em que oferece meios intersubjetivamente controláveis no que diz respeito à construção do sentido das normas e, portanto, no pertinente à atuação dos operadores do Direito.

A **dignidade da pessoa humana** (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) é promovida pelo princípio da boa-fé objetiva sob a perspectiva de que todas as pessoas merecem ser tratadas com respeito. Para que isso ocorra é fundamental a existência, no ordenamento jurídico, de norma que imponha que as condutas devem reciprocamente ser pautadas em tal idéia, a qual revela tradução da idéia de lealdade - núcleo semântico da boa-fé objetiva-, sob a perspectiva, por exemplo, da coerência comportamental.

No julgamento do **Recurso Especial 1143216/RS**¹²⁶, o Ministro Luiz Fux, relator do processo, o qual tratava da manutenção ou não de contribuinte em um programa de

¹²⁶ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

parcelamento fiscal, referiu que o princípio da boa-fé objetiva traduzia uma ordem genérica de proteção, servindo para tutelar a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.

Os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal), por seu turno, relacionam-se com a boa-fé objetiva na medida em que tanto o trabalho quanto a livre iniciativa realizam-se fundamentalmente (ainda de modo indireto) através de relações jurídicas entre pessoas. Afinal, não há que se falar em circulação de dinheiro sem se falar em alguma espécie de relação jurídica entre pessoas.

Assim, com são valores diretamente relacionados a condutas, o princípio da boa-fé objetiva tem sobre eles repercussão direta na medida em que estabelece que as condutas que os viabilizam – e concretizam - devem realizar-se de modo leal, ou seja, cooperativo, coerente, respeitoso com os interesses alheios envolvidos.

Ademais disso, o **pluralismo político** (artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal), entendido como norma cuja finalidade imediata é a promoção do respeito pela diversidade de idéias e opiniões¹²⁷, relaciona-se com o princípio da boa-fé objetiva na medida em que essa também tem como finalidade imediata a promoção (através do valor da lealdade) do respeito aos interesses alheios, só que no âmbito das relações jurídicas.

Ademais disso, nota-se que a boa-fé objetiva como postulado, em sua função integrativa, é de suma importância para a concretização da norma em questão, uma vez que propiciará método para análise da ocorrência de sua violação, qual seja: através construção de um padrão de conduta, considerando as circunstâncias do caso concreto e a expectativa social, que será usada para valorar como adequada ou não conduta praticada no caso concreto em relação à finalidade que deveria promover, isso é, o respeito pela diversidade de idéias e opiniões.

3.4.2.2 Boa-fé objetiva e os objetivos fundamentais do Estado de Direito

O princípio da boa-fé objetiva também contribui significativamente para tornar concretos os quatro objetivos fundamentais do Estado de Direito, trazidos pelo artigo 3º da Constituição Federal.

A **construção de uma sociedade livre, justa e solidária** (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal) não parece possível sem que haja norma que determine que as pessoas devam pautar-se lealmente, no sentido de que devam se comportar em suas relações jurídicas

¹²⁷ Cabendo esclarecer que não consiste na mesma coisa que pluripartidarismo, termo esse que se refere à possibilidade de existência de vários partidos políticos.

de modo cooperativo, coerente, tendo respeito pelas legítimas expectativas geradas por sua conduta e agindo efetivamente para consecução da finalidade que justifica a existência da relação jurídica que fazem parte.

O princípio da boa-fé objetiva opera, assim, a construção de uma sociedade livre.

Afinal, a liberdade de alguém termina quando começa a de outro. Se não há limites que delineiem o âmbito do que seja uma conduta legítima, é provável que logo alguém estenda seus próprios limites e liberdade, o que vai repercutir necessariamente na restrição dos limites da liberdade daqueles que com ele se relacionam. É importante haver uma norma inibidora desse tipo de comportamento, que é abusivo.

Ainda, a justiça, representada pela busca do que é bom, somente pode ser considerada alcançada se a conduta realizada nessa busca pautar-se, também, pelo que é bom. Caso contrário, estar-se-á diante de mera concepção formal da justiça, na qual se admite que a utilização de quaisquer meios para alcançar a finalidade perseguida, ainda que sejam frontalmente contrários à essência dessa finalidade.

Ademais disso, a solidariedade implica na consideração dos interesses do outro, o que faz parte do núcleo essencial do comportamento leal. Da perspectiva reversa, pode-se afirmar que o comportamento desleal prima pelos próprios interesses e não pela consideração da esfera de interesse do outro (concreta e coletivamente), de modo que não se prestaria uma conduta assim qualificada a realizar uma sociedade solidária, muito pelo contrário, seria uma sociedade essencialmente individualista.

Do acima exposto, tem-se que a boa-fé objetiva tem por finalidade a concretização da lealdade no âmbito da conduta interpessoal daqueles que vivem em sociedade como meio necessário de se alcançar a justiça¹²⁸

Por sua vez, difícil se cogitar **do desenvolvimento nacional** (artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal) se não houver norma que zele pela lealdade e pela confiança mútua no âmbito das relações jurídicas intersubjetivas.

Com efeito, qual a motivação para se estabelecer vínculos, inclusive contratuais (meio pelo qual a economia circula e se desenvolve) se não houver norma de

¹²⁸A justiça é concebida, nesse trabalho, em sua acepção substancial, que envolve uma perspectiva individualizada consistente em dar o que é devido a cada um, idéia que somente é realizável por meio de análise casuística, considerando as circunstâncias que determinado problema jurídico (conflito de interesses juridicamente tutelado) envolve. E, é nesse sentido, que a boa-fé aparece como noção concretizadora da justiça, porque ela opera considerando o caso concreto. [COLOCAR REFERÊNCIA – ver Tipke]

conduta que determine que as partes devem agir de forma a respeitar esse vínculo em sua integralidade, isso é, de forma leal.

Ainda, a **erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais** (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal) traz a lume a importância da introdução de valores éticos no âmbito do ordenamento jurídico, sob a forma de normas principiológicas.

No caso da boa-fé objetiva, a contribuição prestada para consecução desse objetivo se faz de duas formas.

Diretamente, ao impor como norma de conduta a questão da consideração dos interesses alheios, o que é aplicável à relação jurídica travada inclusive entre os Entes Públicos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

E indiretamente, porquanto ao reforçar o vínculo jurídico que une as partes nas relações jurídicas, colabora para que sua finalidade seja mais eficientemente alcançada. No Direito Tributário, repercutirá em maior arrecadação de tributos, o que, por sua vez, poderá (a depender, é verdade, das decisões de mérito do Poder Legislativo e Executivo) ajudar a promover programas em favor da erradicação da pobreza e promoção da educação a todos, o que certamente irá – ainda que a longo prazo – reduzir a marginalização e as desigualdades sociais e regionais.

Por fim, quanto à **promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações** (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal) a boa-fé objetiva repercute na medida em que estabelece que todos devem se tratar com lealdade.

Nesse sentido, a confiança mútua e o mútuo respeito são deveres exigíveis de todos no âmbito das relações jurídicas interpessoais, inclusive as tributárias. Eles impõem que os administrados sejam todos tratados da mesma forma, sem privilégios (que seria a outra faceta dos preconceitos e discriminações).

Ademais disso, ao propiciar a realização da justiça nos casos concretos, deve o princípio da boa-fé objetiva ser considerado como instrumento direto de promoção do bem de todos, que passam a se sentir individualmente mais amparados pelo Direito.

Assim, pela amplitude de sua aplicação, em razão dos valores que carrega em seu núcleo essencial semântico, bem como da direta relação que eles possuem, por sua vez, com o núcleo essencial do sobreprincípio do Estado de Direito, revelado por seus valores e objetivos fundamentais, consoante previsão constitucional, pode-se concluir que a boa-fé, em sua vertente subjetiva e objetiva, consiste um de seus subprincípios.

Dessa forma, resta evidenciada a importância do princípio da boa-fé objetiva, inclusive em âmbito tributário – o qual consiste em princípio implícito constitucional derivado do sobreprincípio do Estado de Direito.

3.4.2.3 Referências jurisprudenciais

Comprovando a relação direta existente entre a boa-fé objetiva e o princípio do Estado de Direito, cabe citar a manifestação do Ministro Carlos Meira quando do julgamento do **Recurso Especial nº 1200112/RJ**¹²⁹, oportunidade em observa-se que a boa-fé objetiva foi considerada como princípio estruturante do próprio ordenamento jurídico, como demonstra o seguinte extrato: “**um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o da boa-fé objetiva** que deve reger todas as relações jurídicas, de modo que nenhum ato, contrato ou direito pode ser exercido sem observância deste princípio”.

Bem como, no mesmo diapasão encontra-se o voto do Ministro Celso de Mello, Relator no julgamento do **Mandado de Segurança 32865**¹³⁰, impetrado no Supremo Tribunal Federal em litisconsórcio ativo pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com pedido de medida liminar, questionando a validade jurídica de deliberações emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³¹ sobre composição dos Tribunais locais.

Utilizou-se da boa-fé objetiva como um de seus fundamentos jurídicos para deferir o pedido da medida liminar, sem prejuízo de ulterior reapreciação da matéria para suspender cautelarmente, até o final julgamento da ação de mandado de segurança em questão, os efeitos das deliberações, ora em apreço, emanadas do Conselho Nacional de Justiça.

¹²⁹ (REsp 1200112/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012)

¹³⁰ (MS 32865 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014)

¹³¹ EMENTA: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO “ULTRA VIRES”. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA, PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIMINAR MANDAMENTAL E A QUESTÃO DA INVESTIDURA APARENTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. CONSEQUENTE SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E/OU JURISDICIONAIS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR, AINDA QUE EVENTUALMENTE DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

A causa tinha como questão de fundo o processo eleitoral para a escolha do novo Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do novo integrante de seu Órgão Especial.

Nesse contexto, a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello referiu que a “diretriz jurisprudencial acolhida pelo Supremo Tribunal Federal encontra suporte legitimador nos postulados da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que constituem significativas expressões do **Estado democrático de Direito**”.

3.5 Conclusões Parciais

A título de *primeira conclusão parcial* desse capítulo frisa-se que conforme se observa na legislação e no exame da jurisprudência das Cortes Superiores, a boa-fé objetiva encontra-se consagrada como princípio geral de Direito Público.

Como *segunda conclusão parcial* importa referir que se observa a presença do princípio da boa-fé objetiva na legislação pertinente ao Direito Tributário através de sua menção expressa: (a) na Lei 9.784/1999, que regula o procedimento administrativo de cobrança do crédito tributário; (b) em diversos estatutos de defesa dos contribuintes, elaborados em âmbito estadual em alguns dos Estados da República Federativa do Brasil; (c) e no artigo 100, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Ainda, como *terceira conclusão parcial* desse capítulo tem-se que da análise da jurisprudência das Cortes Superiores, observa-se que a boa-fé objetiva tem sido aplicada em matéria atinente ao Direito Tributário, o que se exemplifica através dos seguintes casos: (a) para afastar a incidência de impostos reais quando no caso concreto se constata o esvaziamento do direito de propriedade; (b) para manutenção ou reinclusão do contribuinte no programa de parcelamento fiscal; (c) para apreciação sobre a manutenção ou não da penhora do bem de família dado em garantia no ingresso em programa de parcelamento fiscal; e (d) como fundamento de indenização a ser paga pelo Estado em razão de adotar conduta diversa da orientação dada à consulta formal formulada por contribuinte.

Como *quarta conclusão parcial* cabe apontar que, com efeito, a relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e os princípios da moralidade e da segurança jurídica não é de derivação em abstrato, ou seja, esses não devem ser compreendidos como fundamentos daquele.

Afinal, em que pese a semelhança dos valores nucleares do princípio da moralidade e da boa-fé objetiva, aquele princípio somente se presta a incidir sobre as condutas

da Administração Pública, não servindo, portanto, como fundamento de regra de conduta para os administrados, sejam eles contribuintes ou potenciais contribuintes.

Outrossim, o princípio da segurança jurídica, apesar de conduzir à solução de certos tipos de casos, através de seu subprincípio da proteção da confiança, na mesma direção que o princípio da boa-fé objetiva, não o faz traduzindo os mesmos valores. Enquanto a boa-fé objetiva tem por finalidade imediata a promoção da lealdade como padrão de conduta a ser observado, a segurança jurídica tem por finalidade imediata a promoção da estabilidade das relações jurídicas.

Por fim, entende-se, a título de *quinta conclusão parcial*, que o princípio da boa-fé objetiva tem como seu fundamento o sobreprincípio do Estado de Direito, configurando-se, dessa forma, como um de seus subprincípios, porquanto seu conteúdo mínimo relaciona-se diretamente com a concretização dos valores e objetivos fundamentais do Estado de Direito, estampados na Constituição Federal.

CAPÍTULO 4: DISTINÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Necessário para bem delimitar os contornos do princípio da boa-fé objetiva, a fim de aperfeiçoar a sua aplicação pelos operadores do Direito, esclarecer em que medida se aproxima e em que medida se afasta do princípio da confiança.

Nesse propósito, propedeuticamente faz-se necessário apresentar, ainda que brevemente, o princípio da proteção da confiança para, então, trazer a lume como a doutrina entende a relação entre os princípios em questão, bem como apresentar o entendimento adotado nesse trabalho.

4.1 Sobre o princípio da proteção da confiança

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 1234-1235) bem apresenta o princípio da proteção da confiança:

A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação de tutela. [...] Começou, então, por ser entendido como uma legitimação formal, atribuída por norma específica, para o exercício de determinado direito que, em abstracto, não teria sido conferido pelo ordenamento.

Por sua vez, Elcio Fonseca Reis (2009, p. 16) a conceitua como forma de concretização da justiça, no sentido de que é necessário para que a conduta praticada esteva em consonância com o direito, que ela seja praticada observando a confiança exigida naquela relação jurídica.

Sua finalidade, por sua vez, é apresentada por Rafael Maffini (2006, p. 55) como sendo, sob a perspectiva imediata, a promoção de um estado de coisas que propicie a estabilidade, previsibilidade e calculabilidade quanto à atuação estatal e, sob a perspectiva mediata, a imposição de deveres comportamentais que exigem a “preservação de atos estatais e de seus efeitos”.

Seu fundamento constitucional seria, para a maioria da doutrina, o princípio da segurança jurídica.¹³²

¹³² Nesse sentido, por exemplo, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p.257), que entende que o princípio da confiança como um subprincípio do princípio da segurança jurídica, retratando o aspecto subjetivo dela,

4.2 Distinção consoante a Doutrina

A confusão quanto ao uso de um ou de outro princípio tem campo no Direito Público, pois no Direito Privado a idéia da tutela da confiança, como um todo, é concretizada através da atuação da boa-fé objetiva, especialmente na sua função de limitadora de direitos subjetivo e posições jurídicas.

Assim, a distinção entre os institutos jurídicos sob apreço normalmente tem campo fértil para desenvolvimento na obra de autores que analisam a questão sob a perspectiva do Direito Público.

Embora falte consenso sobre a natureza da relação entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança, observa-se, por outro lado, ser senso comum a existência de uma íntima conexão entre tais princípios já que ambos têm por objeto prezar pelo respeito à expectativa legítima inspirada por uma das partes da relação jurídica à outra.¹³³

Para uma **primeira corrente**, o princípio da boa-fé objetiva compreenderia o princípio da proteção da confiança, sendo mais amplo que esse. Nesse sentido: Fabio Merusi¹³⁴, Giovanna Petrillo¹³⁵, Flávio Rubinstein¹³⁶, Amelia González Méndez¹³⁷ e Menezes Cordeiro¹³⁸.

referente à previsibilidade e calculabilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos agentes públicos (o aspecto objetivo da segurança jurídica estaria relacionado ao dever de, através de elementos objetivos do ordenamento jurídico, o Estado assegurar estabilidade jurídica, promover direitos e asseverar segurança de orientação). E, também, Rafael Maffini (2006, p. 56), que defende que o fundamento do princípio da confiança seria o princípio da segurança jurídica, da qual representaria a face subjetiva; ainda, enfatiza o autor (2006, p. 46) que em razão do princípio da segurança jurídica estar fundamentado no sobreprincípio do Estado de Direito, haveria uma forte conexão entre o sobreprincípio do Estado de Direito e o princípio da confiança¹³². Flávio Rubinstein (2010, p. 77), por sua vez, entende que tanto o princípio da confiança jurídica quanto o da boa-fé podem estar vinculados ao princípio da segurança jurídica, pois os dois “cumprem a missão de dotar de certeza e previsibilidade determinadas situações jurídica, [...]”. Jesús González Pérez (1999, p. 51) se manifesta na mesma toada: “*Lo que es incuestionable y así se reconoce por todos – es su vinculación a otro gran principio del Estado de Derecho cual es el de seguridad jurídica. El principio aparece dotado de un contenido tendente a sobreponer la seguridad jurídica frente a los cambios repentinos de legislación que no aseguren garantías suficiente de transitoriedad y previsibilidad, y «permita mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración», primando la seguridad jurídica sobre el principio de legalidad. Vinculación con el principio de la seguridad jurídica que también se da en el principio de buena fe.*”

¹³³ Elcio Fonseca Reis (2009, p. 16) entende que essa íntima relação se deve à idéia de que é necessário que, para que a conduta praticada esteja em consonância com o direito, que ela seja praticada observando a confiança exigida naquela relação jurídica.

¹³⁴ Fábio Merusi é referido por Flávio Rubinstein nos seguintes termos: “A proteção a confiança legítima, segundo Merusi, não é uma figura autônoma, mas mera aplicação particular do princípio da boa-fé objetiva, relativa a situações em que a administração já tenha adotado um comportamento precedente”. (RUBINSTEIN, 2010, p. 76)

¹³⁵ Giovanna Petrillo é referida por Flávio Rubinstein consoante os seguintes termos: “Mais adequado, portanto parece ser o entendimento de PETRILLO, para quem a noção de legítima confiança (*legittimo affidamento*) pode ser considerada corolário do princípio de boa-fé objetiva” (RUBINSTEIN, 2010, p. 76).

Também nessa toada pode-se referir o Ministro Luiz Fux, que no julgamento do **Recurso Especial 1143216/RS**¹³⁹, ao discorrer sobre as razões jurídicas pelas quais entendia que o contribuinte deveria ser mantido PAES considerando as peculiaridades do caso concreto, referiu que “**o princípio da confiança decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva**”.

Já para uma **segunda corrente**, o princípio da proteção da confiança e o princípio da boa-fé objetiva consistem em fenômenos que, embora transmitam a mesma idéia de proteção da confiança, o fazem em planos diferentes.

O princípio da boa-fé objetiva teria atuação quando da aplicação da idéia pelo juiz, no caso concreto enquanto que o princípio da proteção da confiança teria atuação em âmbito abstrato.

Essa é a posição defendida por Humberto Ávila¹⁴⁰, bem como por Roland Kriebich¹⁴¹.

Ainda, uma **terceira corrente** compreende que são princípios que possuem em comum uma área de atuação, mas que de resto servem a propósitos diferentes. É o caso de Elcio Fonseca dos Reis¹⁴².

¹³⁶ Entendimento que se extrai da seguinte assertiva de Flávio Rubinstein (2010, p. 76) a respeito do tema: “Mais adequado, portanto parece ser o entendimento de PETRILLO, para quem a noção de legítima confiança (*legittimo affidamento*) pode ser considerada corolário do princípio de boa-fé objetiva.”

¹³⁷ Nesse sentido, de que a boa-fé seria dotada de uma dimensão mais ampla, a manifestação de Amelia González Méndez (2001, p. 63): “*Por otra parte, no se puede mostrar acuerdo com la afirmación de que labuenafetengaun alcance más limitado que la confianza legítima. Por todas las razones expuestas en este trabajo, y a partir de la jurisprudencia contentencioso-administrativa existente, se puede decir que el principio de confianza se empieza a aplicar, en todo caso, con una expresión de la buena fe en alguna de sus concretas manifestaciones – buena fe subjetiva, como se verá – en ciertas relaciones jurídico –administrativas. Es indudable que la buena fe tiene una dimensión más amplia. Y aun con ello no se ve qué es lo que cambia invocando la confianza en lugar de la buena fe en estas ocasiones. Razón por la cual los Tribunales realizan las más de las veces una mención conjunta.*”

¹³⁸ Entende Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 1234) que o princípio da proteção da confiança “[...] integraria parte do conteúdo substancial da boa-fé.” E isso devido à necessidade de estabelecer deveres pré-contratuais a fim de se ver respeitadas as situações de confiança nessa etapa. Portanto, quando indivíduos estabelecem conexões e se relacionam no plano pessoal é primeiramente a boa-fé que aparece como elemento de confiança subjetiva nas cláusulas gerais.

¹³⁹ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

¹⁴⁰ Humberto Ávila (2010, p. 323-324) ao tratar do tema na perspectiva da Constituição Federal, somente implicitamente distingue os princípios da boa-fé e da proteção da confiança, quando fala da relevância da proibição de *venire contra factum proprium*, a qual no seu aspecto geral e abstrato corresponderia à proteção da confiança e no seu aspecto individual e concreto à proteção da boa-fé.

¹⁴¹ Reis (2008, p. 103) menciona, através de citação de Mizabel Derzi, que Roland Kriebich entende que a boa-fé seria menos abrangente que a proteção da confiança, pois está se aplicaria a situações gerais e abstratas e aquela somente poderia alcançar as situações individuais e concretas.

¹⁴² Segundo Elcio Fonseca Reis (2008, p. 107) a relação íntima entre os princípios ocorreria porque os princípios em questão “formariam círculos jurídicos que parcialmente se justapõem e cuja interseção define a proteção da confiança na relação tributária concreta”. Ou seja, entende o autor que haveria uma área de interseção na qual ambos os princípios operariam, que seria a proteção da confiança nos casos concretos.

Não obstante, identifica-se uma **quarta corrente**, que compreende aqueles que entendem que não existe diferença substancial entre os princípios. Jesús González Pérez¹⁴³ e Rafael Maffini¹⁴⁴ se posicionam dessa forma.

Finalmente, uma ressalva. Parte da doutrina refere que a relação entre o princípio da boa-fé e o princípio da proteção da confiança seria não de contingência, mas de consequência. O princípio da boa-fé serviria de pressuposto para aplicação do princípio da confiança. É o entendimento esboçado por Rafael Maffini e Amélia González Méndez¹⁴⁵; porém, analisando seus textos observa-se que se referem à boa-fé em sua faceta subjetiva e não objetiva.¹⁴⁶

4.3 Posição adotada

Entende-se que os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança não se confundem e nem se compreendem, apesar da aplicação de ambos servir para proteção da confiança gerada por um comportamento realizado por uma das partes. E isso, por algumas razões, dentre as quais se destacam as seguintes:

¹⁴³ Jesús González Pérez (1999, p. 51) refere, após analisar o princípio da confiança em sua obra sobre o princípio geral da boa-fé, que “*de aquí que se haya planteado hasta qué punto estamos ante principios distintos y, en su caso, si vale la pena esforzarnos en determinar la línea divisoria*”, concluído, ao final, que “*En el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a que há otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima y sí el de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de éste, pero sí el de aquél. Pero siempre podrá la jurisprudencia utilizar uno u otro para extender debidamente la protección de la confianza legítima, de modo que no quede inmune ningún ámbito de las relaciones. (...) Los requisitos para que opere el principio y los efectos no difieren sustancialmente de los que constituyen el régimen jurídico del principio de la buena fe*”. (1999, p. 54-55).

¹⁴⁴ Afirma Rafael Maffini (2006, p. 58) que “no sentido objetivo ou comportamental, indutor de consequências jurídicas igualmente objetivas, a boa-fé aproxima-se – quase a ponto da identidade – do princípio da proteção da confiança.”

¹⁴⁵ Consoante Amélia González Méndez (2001, p. 166-167) “*si el deber de lealtad que implica la actuación de la buena fe como modelo de conducta social a observar en el tráfico jurídico constituye una manifestación de la que se ha denominado versión objetiva de este principio, la protección de la confianza basada en una creencia íntima a la que se da relevancia jurídica, constituye un supuesto de buena fe subjetiva*”. Sobre essa posição, se insurge Reis (2008, p. 106) segundo quem “não se pode concordar com tais afirmativas até porque a proteção da confiança não é estabelecida com base em critério volitivo, nem está relacionada com o cumprimento dos deveres de cuidado, que fundam a boa-fé subjetiva ética, ao contrário, a proteção da confiança está intimamente ligada à conduta praticada em face da confiança imposta de que esta conduta estaria em conformidade com o direito”.

¹⁴⁶ Na opinião de Rafael Maffini (2006, p. 62-63) a relação entre o princípio da proteção da confiança e da boa-fé objetiva seria advinda da existência entre eles de um vínculo formal no sentido de que a atuação da proteção da confiança, especialmente quanto aos atos administrativos, concretos, individuais e pessoais, depende da constatação da boa-fé do administrado. Nesse sentido, não haveria que se falar de relação de fonte e resultado ou de contingência (sobrep princípio e sub princípio), mas de um sendo o pressuposto de aplicação do outro.

a) A primeira razão consiste no fato de que o âmbito de operação no caso da boa-fé objetiva é necessariamente limitado ao caso concreto, ao passo que o princípio da proteção da confiança, de fato, pode atuar abstratamente.

b) A segunda razão consiste no fato de que o estado ideal de coisas a ser promovido é diverso, bem como a operabilidade (como pretende alcançar tal estado ideal de coisas). A proteção da confiança é um princípio instrumento para concretização do sobreprincípio da segurança jurídica através da consideração do aspecto subjetivo envolvido nas relações jurídicas¹⁴⁷, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva é um princípio que tem por finalidade estabelecer a lealdade no âmbito das relações jurídicas de forma casuística, considerando para tanto a conduta das partes de forma objetiva (e não subjetiva, como pretende o princípio da proteção da confiança). Desse modo, possível concluir que possuem finalidades imediatas diferentes.

c) A terceira diferença que merece ênfase é pertinente à amplitude de atuação, ou, em outras palavras, às funções exercidas. Note-se que aqueles autores que entendem os conteúdos de tais princípios como semelhantes, o fazem considerando o princípio da boa-fé com foco apenas em sua função de limitador de direitos, olvidando que a boa-fé objetiva tem papel crucial no ordenamento jurídico também como fonte normativa de deveres jurídicos de cooperação e interpretativa. Essa diferença parece ter alto relevo, pois, além de trazer a lume significativa distinção, põe em destaque o que parece esquecido especialmente pelos doutrinadores no âmbito do direito administrativo, que é o fato de que o princípio da boa-fé objetiva possui área de atuação bem mais ampla do que somente a proteção da legítima expectativa gerada, servido também para a promoção do dever de cooperação nas relações jurídicas.¹⁴⁸

d) Ademais disso, pode-se apontar como outra diferença a questão referente ao fundamento constitucional desses princípios, que se consubstanciam em princípios constitucionais implícitos. O princípio da proteção da confiança tem por fundamento direto o

¹⁴⁷ Inclusive, por isso sua vinculação, por certos autores, conforme acima referido, à boa-fé subjetiva, sendo ela o pressuposto de sua aplicação.

¹⁴⁸ Observa-se manifestação nesse sentido por parte de Porto (2016, p. 111-112) que afirma que a aplicação da boa-fé no direito tributário, por meio do princípio da moralidade inscrito no artigo 37 da Constituição Federal, deu origem à confusão com a proteção da confiança. Contudo, o autor ressalta que os institutos não devem ser tratados como sinônimos, pois “cada qual desempenha papel distinto na conformação das relações jurídicas”. Nesse sentido, ressalta que a aplicação da proteção da confiança, tanto no Direito brasileiro quanto no Direito comparado, “sempre associado à tutela do cidadão frente a atuações da Administração que impunham restrições ou privações a expectativas legitimamente criadas pela própria Administração, seja por meio de atos abstratos, seja na edição de atos concretos e específicos”, frisando, contudo, que o exame da relação jurídica frustrada ou vulnerada não é a única função da boa-fé objetiva, a qual desempenha também uma função ‘parametrizadora’ das condutas das partes ao criar deveres de conduta entre as partes.

princípio da segurança jurídica, o qual o vincula reflexamente ao sobreprincípio do Estado de Direito, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva tem por fundamento imediato o sobreprincípio do Estado de Direito. Portanto, consistem em fins a serem promovidos a partir de caminhos diferentes.

Dessa forma, conclui-se que não se tratam de princípios idênticos. Servem a fins diferentes, por meio de diferentes funções, com diferentes embasamentos constitucionais direitos e operam em circunstâncias diversas.

4.4 Conclusões parciais

Importa, como *primeira conclusão parcial* deste capítulo, frisar que o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proteção da confiança não se confundem, pois: (a) o âmbito de operação no caso da boa-fé objetiva é necessariamente limitado ao caso concreto, o que não ocorre com o princípio da proteção da confiança, (b) a finalidade imediata e operabilidade são diferentes, pois o princípio da proteção da confiança visa à concretização do valor segurança jurídica através da consideração do aspecto subjetivo envolvido nas relações jurídicas, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva visa à concretização do valor da lealdade no âmbito das relações jurídicas de forma casuística, considerando a conduta das partes de forma objetiva; (c) o princípio da proteção da confiança tem como exclusiva função a de limitação dos direitos subjetivos das partes da relação jurídica a partir da valoração de sua intenção e vontade, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva tem também como função a interpretativa e a criadora de deveres de conduta; e (d) embora ambos princípios sejam previstos implicitamente na Constituição Federal, o princípio da proteção da confiança tem por fundamento direto o princípio da segurança jurídica, o qual o vincula reflexamente ao sobreprincípio do Estado de Direito, enquanto que o princípio da boa-fé objetiva tem por fundamento imediato o sobreprincípio do Estado de Direito.

Como *segunda conclusão parcial* importa apontar que a relação entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proteção à confiança dever ser compreendida como de complementariedade quanto ao reforço da idéia do núcleo substancial do sobreprincípio do Estado de Direito no sentido de tutelar aquelas expectativas consideradas juridicamente legítimas¹⁴⁹, embora por perspectivas diferentes, já que a proteção da confiança

¹⁴⁹ Nesse sentido, também Rafael Maffini (2006, p. 225-226), que ressalta que “ao se analisar a proteção substancial da confiança em relação às condutas administrativas inválidas, deve-se ter por premissa que a Administração Pública possui, em princípio, o dever de invalidar seus atos quando constatar que os praticou à

considera o aspecto subjetivo da intenção do agente, enquanto que a boa-fé objetiva o aspecto objetivo configurado exclusivamente na conduta do agente.

Finalmente, como *terceira conclusão parcial*, cabe remarcar que a relação entre tais princípios não se configura como sendo de suporte estruturante, isso é, de derivação abstrata, de um para com o outro, já que ambos possuem fundamentos constitucionais diversos, finalidades imediatas diversas e funções diferentes, cabendo ressaltar especialmente a função criadora de deveres de cooperação que cabe exclusivamente ao princípio da boa-fé objetiva.

revelia da ordem jurídica, bem como deve, novamente em princípio, desconstituir os efeitos jurídicos decorrentes de tal ato viciado. Essa premissa, contudo, não se presta a mitigá-la. Nesse compasso, iniludível que tais instrumentos de atenuação da autotutela administrativa apresentam-se excepcionais e, como tais, devem ser interpretados, no sentido de que não deve ser qualquer expectativa ou confiança depositada que merece tutela jurídica, mas tão-somente aquelas que se apresentam juridicamente legítimas.”

PARTE II – DAS FUNÇÕES E DA NORMATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA

CAPÍTULO 1: NORMAS - PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS

O presente capítulo tem por finalidade esclarecer os pressupostos adotados em relação ao conceito e à aplicação das normas, os quais servirão de base para a análise da operatividade da boa-fé objetiva.

Em um *primeiro momento*, a atenção será voltada ao que significam as normas e à forma como seu sentido é alcançado. Objetiva-se, nessa parte, fixar a premissa sobre o entendimento adotado a respeito do papel do intérprete no que diz respeito às normas e demonstrar a importância de se distinguir os diferentes tipos de normas.

O objeto da ciência não é outro, consoante Franz Wieacker (1977, p. 25), senão a compreensão dos fenômenos que se produzem dentro de certo campo através da reflexão realizada, necessariamente, de forma metódica e sistemática. Aplicando a idéia de modo prático, tendo em vista a qualificação do Direito como ciência, tem-se a necessidade de separar os fenômenos jurídicos diferentes.

Afinal, são distintos os efeitos, bem como sua aplicação não ocorre da mesma forma, do que decorrem relevantes implicações no que diz respeito ao controle de seu uso como fundamento da decisão no caso concreto.

Em um *segundo momento*, apresenta-se a diferenciação clássica sobre os dois tipos de normas aceitos conforme o entendimento da doutrina moderna: os princípios e as regras.

Não obstante, introduz-se também a proposta classificatória – e, por conseguinte, distintiva - de Humberto Ávila, que defende certa inovação em relação aos parâmetros dissociativos até então aplicados e a existência de um terceiro tipo normativo: os postulados.

Por fim, tendo em vista todo o exposto anteriormente, são fixadas as premissas sobre as quais o trabalho se erige, mais especificamente como devem ser compreendidos os tipos normativos, os critérios para sua distinção e as principais repercussões.

Então, em um *terceiro momento*, o capítulo é dedicado à aplicação da teoria das normas à noção de boa-fé objetiva a fim de apurar sua natureza normativa.

1.1 Aspectos gerais das normas

As **normas** são o instrumento da ciência jurídica, podendo ser traduzidas por prescrições de conduta - “um dever ser” - que devem orientar o comportamento daqueles que integram o Estado, podendo-lhes ser por ele exigidas, de forma que seu descumprimento implica, independente da vontade do agente da conduta, em repercussões diretas na esfera de sua liberdade e propriedade.¹⁵⁰

Ressalte-se que por prescrições não se pretende dizer que sejam textos escritos. Com efeito, a relação entre as normas e os dispositivos legais¹⁵¹ não é de necessária correlação. Para que haja uma norma não é necessário haver um dispositivo legal que a preveja expressamente, como é o caso da segurança jurídica. Ainda, há textos legais dos quais não se extrai uma sequer norma se considerados isoladamente, como o enunciado da Constituição Federal que prevê a proteção divina. Em outros casos, são necessários vários textos normativos para formar uma única norma, sendo a segurança jurídica exemplo novamente, a qual é extraída dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade. E, por fim, há vezes em que um único texto legal pode dar origem a várias normas, como seria o caso do texto legal que impõe que a instituição ou aumento de tributos somente ocorra por meio de lei, do qual se deriva os princípios da legalidade e da tipicidade. (ÁVILA, 2009, p. 30-31).

Ocorre que, se não se pode utilizar como critério que as normas sejam tradução do texto legal, no sentido de que para cada texto há uma norma e de que cada norma advém necessariamente de um texto, então a questão que impreterivelmente se coloca é: como fazer para reconhecer uma norma e alcançar o seu significado?¹⁵²

A resposta parece simples: através do que se chama interpretação. Mas só parece. Não há consenso sobre como deva ser realizada a interpretação em âmbito jurídico,

¹⁵⁰ Segundo Miguel Reale (2002, p. 95), “dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nelas se contêm.”

¹⁵¹ Lei, aqui, compreendida em seu sentido amplo.

¹⁵² Humberto Ávila (2009, p. 31) pondera que o problema de se entender que a atividade do jurista é meramente extrair um significado pré-existente e intrínseco ao texto legal sem ser necessário o uso da interpretação é que isso é impossível por duas razões. A primeira razão é a de que “o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal”. E, a segunda razão, é a de que tal entendimento parte do pressuposto, ao trata-se de meramente desvendar a intenção do legislador, que esse autor do texto normativo é alguém determinado dono de uma vontade unívoca fundadora do texto, porém, isso não seria também verdadeiro “[...], pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica”.

não convergindo a doutrina sobre qual seja – ou deva ser - a relação do operador do direito com a linguagem.

O cerne da complexidade do tema se concentra na seguinte ponderação: no exercício da interpretação cabe ao operador do direito apenas extrair o significado que o texto normativo carrega pleno em si ou envolve uma construção de significado?

No primeiro caso, o operador do direito funcionaria exatamente como um tradutor da vontade expressa do legislador, a qual deveria ser o mais clara, precisa e discursiva possível, para que a norma fosse meramente cumprida exatamente conforme prevista. Ocorre que, de pronto, identificam-se dois problemas.

A um, porque a vontade expressa do legislador não pode ser considerada como a vontade de certa pessoa ou grupo de pessoas no exercício do poder legislativo, pois, como determina o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, o poder emana do povo e não de alguns do povo e o povo tem a Constituição Federal como expressão máxima de seu poder de regulamentar a sociedade.

Portanto, traduzir a “vontade do legislador” consistiria, de fato, em alcançar o significado da norma através do estudo e respeito às normas constitucionais, o que, todavia, somente é exequível através da atividade do operador do direito, a quem caberá a análise e ponderação a respeito.¹⁵³

E, a dois, porque como já visto no capítulo anterior, as mudanças sociais ocorridas no século XX demandaram alteração das técnicas legislativas, que passaram a incluir as cláusulas gerais e conceitos indeterminados para prever preceitos de conduta. Com efeito, a vagueza inicial das cláusulas gerais e conceitos indeterminados é vencível somente com a operação do intérprete, pelo que se tem mais uma razão para acreditar que o significado das normas é construído, e não simplesmente extraído.¹⁵⁴

Portanto, a **interpretação** é entendida, sinteticamente, como a atividade de compreensão de uma mensagem que implica necessariamente em sua prévia construção a partir da linguagem - instrumento que viabiliza as interações humanas, de forma que, por isso,

¹⁵³ Em sentido semelhante, Humberto Ávila (2009, p. 31): “[...] a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica.”

¹⁵⁴ Nesse sentido, por todos, Franz Wieacker (1977, p. 39): “*Que la aplicación del Derecho no se limita a la realización de una figura lógica, acabada, esto es, de un juicio analítico, sino que es siempre interpretación, ha sido puesto de manifiesto por Esser en el campo del Derecho civil y es algo que hoy día no se discute ya. Rara vez la configuración necesariamente general de la norma jurídica permite, ante las inagotables posibilidades de los concretos conflictos, aquella concreción que hace que sean suficientes simples juicios analíticos. La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aqueélla se orienta.*”

viabiliza mesmo o próprio Direito - e da consideração de que o Direito consiste em um sistema, sendo, portanto, imbuído de coesão e coerência.

Em outras palavras, interpretar significa construir uma norma por meio da atribuição de sentido a partir da análise de textos normativos, considerados como parte de um todo, que no caso consiste no ordenamento jurídico.¹⁵⁵

Assim, de se concluir, conforme leciona Humberto Ávila (2009, p. 31-32, grifo do autor) que “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto.”

Dessa forma, não há como se negar que há sempre um quê de subjetivo no interpretar.¹⁵⁶

Contudo, se por um lado é verdade que a compreensão dos fatos, da linguagem, da mensagem e, porque não, do próprio Direito, possui intrínseca relação com o “eu interior” de cada um, por outro lado, também é verdade que, para se conviver em sociedade é necessário se estabelecer significados mínimos para os objetos que compõem o dia-a-dia, de forma a viabilizar que as mensagens tenham o caráter de compreensibilidade necessário para, através da linguagem, significar ao que a recebe aquilo que o comunicante pretende, pelo menos em essência, transmitir.

Assim, ao passo em que se considera **não haver norma antes da atividade interpretativa**, não se pode negar que as palavras utilizadas nos textos normativos possuem sim significado consolidado antes do exercício da atividade interpretativa, servindo como ponto de partida desta.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Nesse sentido, Humberto Ávila (2009, p. 32), consoante quem “o intérprete não atribuiu ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso. [...] a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a idéia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.” O autor, inclusive, vai além, afirmando categoricamente que “afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com uso específico e individual. Isso porque há trações de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”. (2009, p. 32)

¹⁵⁶ As cores com as quais se vê o mundo – bem como se sente o mundo – dependem da lente com as quais é visto, pelas quais adentram as impressões que gerarão os sentimentos, pensamentos e posteriormente as ações, e essas lentes, por mais minuciosamente descritas (objetivamente analisadas) que possam ser, são peculiares a cada indivíduo, formando, mesmo, o conceito de individualidade em sua essência, isto é, a forma diferente de ser: pensar, compreender, sentir e agir. Quanto mais, então, de se falar das cores com as quais o artista pinta o que vê do mundo, como é o caso do intérprete ao aplicar o direito.

¹⁵⁷ Inclusive, Humberto Ávila (2009, p. 33-34, grifo do autor) considera a atividade interpretativa como de reconstrução de um significado e não meramente como construção, pois, trata-se de “construir a partir de algo”, “[...] a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de

Esse significado consolidado, entendido como a *essência nuclear das palavras* ao exercer sua função comunicativa, é adquirido através do uso social contínuo do termo, bem como pelo seu uso técnico.¹⁵⁸ A repercussão é dupla: há significados necessários para certas expressões, bem como há significados que jamais podem ser alcançados por elas. Esse cânone interpretativo recebe o nome de *interpretação literal*¹⁵⁹.

Frise-se que o fato de que há condições de uso para linguagem serve não apenas como passo inicial, auxiliando e guiando a tarefa do intérprete, mas também como limite e forma de controle de sua atividade.

Afinal, impende o respeito ao conteúdo essencial dos termos utilizados nos enunciados constitucionais (conceitos constitucionais, portanto) e nos textos normativos infraconstitucionais na construção das normas pelo intérprete do direito, sob pena de incidência em arbitrariedade e ser o sentido proposto considerado ilegítimo.¹⁶⁰

Outro ponto relevante é o de que o exercício da atividade de interpretar pela construção dos sentidos de conteúdo das normas a partir de textos tem como pressuposto que eles sejam construídos (ou reconstruídos) não somente considerando os núcleos de sentido das palavras expressas nesses textos, mas também considerando - sempre - o teor das demais normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais.

Ressalte-se que é importante que sejam considerados os significados técnicos de termos utilizados nas normas infraconstitucionais, pertencentes e não pertencentes ao mesmo sistema legal (tributário, civil, societário, administrativo, processual, comercial e

sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.

¹⁵⁸ A esse respeito, Humberto Ávila (2009, p. 32-33) entende que: “Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem.”

¹⁵⁹ Conforme Robert Alexy (2001, p. 228-229), a interpretação literal ou semântica é “O argumento semântico acontece quando uma interpretação R’ de R é justificada, criticada, ou se diz que ela é possível por referência ao costume linguístico [...]. Os argumentos semânticos podem ser usados para justificar ou criticar uma interpretação ou para mostrar que, ao menos semanticamente, é admissível”.

¹⁶⁰ Para Humberto Ávila (2009, p. 34), caso os limites do uso da linguagem sejam desconsiderados, surgirá “um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal”.

outros), a fim de que o significado proposto possa ser considerado adequado dentro dos padrões de coerência e coesão exigidos pelo Direito como ciência¹⁶¹.

Esse proceder interpretativo, chamado de *interpretação sistemática*¹⁶², consiste, portanto, não apenas em uma técnica necessária para que o intérprete alcance o sentido da norma, mas também em um limite objetivo de sua atividade.

Interessante pontuar, nesse contexto, a manifestação do Ministro Relator Carlos Britto no Mandado de Segurança **244488/DF**¹⁶³¹⁶⁴, com a qual concordaram por unanimidade os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado pelo Tribunal Pleno¹⁶⁵.

A questão de fundo consistia na legitimidade de cassação de uma pensão constatada, sete anos após a sua concessão, como sendo irregular.

Discorrendo sobre a existência de norma que estabelecesse prazo prescricional aplicável aos processos de contas, referiu que: “por vezes, a norma jurídica se encontra não num particularizado dispositivo, mas no conjunto orgânico de vários deles. É como dizer: aqui

¹⁶¹ Afinal, como alerta Franz Wieacker (1977, p. 25): “*El objeto de la ciencia es no obstante la comprensión de los fenómenos que se producen dentro de un determinado campo, comprensión que sólo puede ser reflexiva, metódica y sistemática. En esta tarea, la praxis debe respetar a la dogmática jurídica. Y a dogmática jurídica aunque no pueda suministrarle a la praxis directrices o indicaciones absolutamente seguras tiene que definir por lo menos aquellas premisas y conceptos dentro de cuyo marco sea posible una praxis metódica.*”

¹⁶² Conforme Robert Alexy (2001, p. 232): “Argumento sistemático é uma expressão usada como referência tanto para a posição de uma norma no texto jurídico, quanto para a relação lógica e teológica de uma norma com outras normas, objetivos e princípios. [...] Literalmente falando, somente aqueles argumentos relativos às relações lógicas entre normas devem ser vistos como “sistemáticos” [...]. A forma mais importante de argumento sistemático, nesse sentido estrito, é uma referência à contradição entre normas.”

¹⁶³ MS 24448, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00042 EMENT VOL-02299-01 PP-00146.

¹⁶⁴ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS nº 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, "reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil (art. 40 CB/88) cumulado com provento militar (art. 42 CB/88), situação não abrangida pela proibição da emenda". Precedentes citados: MS nº 25.090/DF, MS nº 24.997/DF e MS nº 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida.

¹⁶⁵ Os Srs. Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Ellen Gracie.

e ali, a inteireza de uma norma se desata de dispositivos sediados, ora em somente um, ora em esparsos dispositivos de uma mesma lei; valendo-se o intérprete, naturalmente, da utilização do **método sistemático** em sua mais dilargada dimensão.” (Grifo nosso.)

Por fim, de se ressaltar que cabe também ao intérprete ter especial atenção à finalidade (“*mens legis*”) à qual a norma se propõe cumprir no ordenamento jurídico.

E isso, partindo-se tanto do pressuposto de que as normas articulam-se entre si substancial (**coerência normativa**, referente ao sentido semântico das normas) e formalmente (**coesão normativa**, referente ao grau de abstração delas e a sua função de suporte em uma cadeia estrutural de derivação, a qual tem por critério o conteúdo semântico e sua abrangência).

Trata-se da técnica interpretativa denominada interpretação teleológica¹⁶⁶, a qual deve – em conjunto com as demais - impreterivelmente ser utilizada para alcançar o conteúdo normativo e que serve como controle da legitimidade e não abusividade da atividade do intérprete, que deve respeitar, na construção do significado da norma, o fim a que ela se presta a servir, bem como a concretização devida por todas as normas – ainda que indiretamente – dos valores fundamentais constitucionais, os quais, por sua vez, traduzem como deve operar e realizar-se o direito.¹⁶⁷

No *Recurso Especial 490685/PR*¹⁶⁸¹⁶⁹, o Ministro Relator Luiz Fux, após fixar que a questão central para o deslinde da controvérsia consistia em saber se o salário-educação

¹⁶⁶ Segundo Robert Alexy (2001, p. 232-233), o argumento teleológico “[...] pressupõe uma análise detalhada dos conceitos de fins e meios bem como dos conceitos correspondentes de desejo, intenção, necessidade prática e objetivo [...]. Os objetivos envolvidos na interpretação teológica, portanto, não são uma matéria de descobertas empíricas mas muito mais de distinções normativas. Esse objetivo determinado pelas normas é para ser entendido aqui como um estado prescrito de coisas ou um evento”. Complementa, ainda, com citação a Larenz, para quem os “[...] argumentos teológicos objetivos são caracterizados pelo fato de que o indivíduo que argumenta não se apoia nos objetivos de qualquer pessoa do passado ou do presente, mas antes nos objetivos “Racionais”, ou naqueles ‘objetivamente prescritos no contexto da ordem jurídica em vigor’.” (Apud ALEXY, 2001. p. 233, grifo do autor).

¹⁶⁷ Nesse sentido, por todos, Humberto Ávila (2009, p. 34-35), segundo quem: “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida [...] deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional”.

¹⁶⁸ REsp 490.685/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 24/11/2003, p. 220.

¹⁶⁹ EMENTA: TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. INSCRIÇÃO NO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL (REFIS). FINALIDADE DO PROGRAMA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARCELAMENTO DOS DÉBITOS FISCAIS. FUNÇÃO SOCIAL. 1. As disposições que regem o ingresso da empresa devedora junto ao REFIS preveem que as exações em débito sejam administradas pela Secretaria da Receita Federal ou pelo Instituto Nacional do Seguro Social. 2. O salário-educação é uma contribuição arrecadada e fiscalizada pelo INSS. Compete à autarquia previdenciária a retenção de 1% (um por cento), à título de taxa de administração, do montante recolhido de referida exação incumbindo-lhe o repasse do restante ao FNDE. 3. O parcelamento do débito tributário é modalidade de suspensão do crédito tributário, a teor do novel inciso VI, do art. 151, do CTN, introduzido pela LC n.º 104/2001. 4. Interpreta-se

era contribuição administrada pelo INSS (condição estabelecida pelo art. 1º da Lei 9.964/00, instituidora do REFIS para sua inclusão no débito consolidado pelo Programa de Recuperação) ou se a autarquia era mero agente recolhedor e repassador de valores ao FNDE, considerou em seu fundamento a finalidade da lei em que encontrava-se inserido o dispositivo legal em apreço, afirmando que:

“Deveras, não se pode olvidar da intenção do referido "Programa de Recuperação Fiscal", cuja finalidade é, sem dúvidas, dúplice, porquanto proporciona ao contribuinte a possibilidade de saldar os seus débitos, mesmo que de forma parcelada, e, à Fazenda, receber seus créditos. Consectariamente, a utilização da interpretação pretendida pelo FNDE do vocábulo “administrar”, conspira contra a *ratio essendi* da lei instituidora do REFIS.”

Dessa forma, a Ciência do Direito representa muito mais do que mera descrição do significado dos textos legais, significa sim o permanente estado de construção dos conteúdos de sentido das normas, o que deve ser feito sempre com respeito aos significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem e às normas constitucionais e infraconstitucionais, ambos os fatores em paulatina, porém contínua, mutação. Ainda, imprescindível ter em mente que o processo de construção de significado das normas deve ser voltado para a concretização dos valores constitucionais vigentes.

Portanto, pode-se concluir que, se por um lado, o operador do direito, isso é, o jurista, (seja ele juiz, advogado, membro do Ministério Público ou exercente de outra função essencial à Justiça), é parte elementar da construção do significado da norma, por outro lado, também se pode concluir que há limites para essa construção, os quais estão sujeitos a controle pelos órgãos constitucionalmente designados para aplicar o direito, dentre os quais se ressalta o Poder Judiciário e os órgãos essencialmente julgadores no âmbito da administração pública, como é o caso Tribunal de Contas.

Humberto Ávila (2009, p. 34) vai além, asseverando, a respeito das normas, que:

literalmente a legislação que verse sobre a suspensão do crédito tributário (art. 111, I, do CTN), motivo pelo qual, dentre as interpretações gramaticais possíveis o hermeneuta deve escolher pela mais razoável, a que se coadune com a finalidade da norma. 5. A *ratio essendi* das disposições que disciplinam o REFIS têm natureza dúplice no sentido de que fomentam o adimplemento das obrigações tributárias e permitem ao Estado o recebimento, mesmo que parcelado, de seus créditos fiscais. 6. Deveras, é preciso atentar que toda e qualquer estratégia que propicie o ingresso de fundos na tão deficitária Receita Pública é sobremodo superior ao sacrifício patrimonial dos devedores, cujo patrimônio expropriado, em regra, não suporta a satisfação das obrigações tributárias. 7. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 490.685/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 24/11/2003, p. 220)

[...] é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões às circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Ressalve-se, ainda, que a doutrina menciona um quarto método de interpretação, usualmente denominado interpretação histórica. Consiste na consideração da “vontade do legislador” (“*mens legislatoris*”) e do contexto histórico da norma quando de sua edição.

Contudo, entende-se que tal método, em que pese tenha importância para identificar finalidade da norma, a partir da consideração do contexto de seu surgimento, não é fundamental para se alcançar uma interpretação adequada.

Primeiro, porque ao intérprete cabe construir o sentido da norma e não o extrair conforme a vontade do legislador. E, segundo, porque os significados para as palavras mudam com o tempo, bem como o ordenamento jurídico (seja através da edição de novas leis que mudam até sistemas jurídicos inteiros, como é o caso da vigência de um novo Código Civil, seja através de emendas à Constituição Federal, o que repercute sobre a norma cujo sentido se pretende alcançar) e a compreensão dos valores basilares a serem concretizados.¹⁷⁰

Sobre os tipos normativos, algumas considerações gerais se fazem relevantes.

Considerando que não há necessária correspondência entre norma e texto e que de um enunciado podem ser extraídos – direta ou indiretamente – mais de uma norma, é de se concluir que um mesmo texto legal pode dar origem a normas de diferentes espécies, as quais possuem finalidades e funções diferentes.

Assim, importante a sistematização e distinção dos tipos normativos para que o aplicador do direito possa manipulá-lo de forma a prezar pela supremacia Constitucional (elemento viabilizador da unidade do ordenamento jurídico), bem como pela coerência entre

¹⁷⁰ Conforme Robert Alexy (2001, p. 232-232), a interpretação histórica, chamada por ele de argumento histórico, é “[...] um termo usado para os casos em que os fatos relativos à história dos problemas jurídicos em discussão são oferecidos como razões a favor ou contra alguma decisão interpretativa [...]. Ela consiste em explicar que (1) uma solução particular do problema em discussão já foi implementada no passado, (2) isso levou à consequência F, (3) F é indesejável, (4) as situações não são suficientemente desiguais para excluir a possibilidade da ocorrência de F na atual situação, e (5) a solução em questão, portanto, também não deve ser recomendada no presente [...]. O importante é que um argumento dessa forma não só pressupõe conhecimento histórico, sociológico e econômico, mas através de (3) também inclui uma premissa normativa. Isso requer uma justificação”

as normas (que resulta da relação entre elas mantida) e, também, para possibilitar a proteção efetiva dos bens constitucionalmente protegidos e dos valores constitucionalmente estabelecidos.

Nos países de tradição de direito escrito, por bastante tempo (o da era do positivismo, de grosso modo), as normas foram sinônimo de regras, isto é, somente regras representavam normas.

Em outras palavras, o princípio da legalidade concretizava-se pelo respeito às regras postas em lei, e ponto.

Mas a alteração de paradigma na compreensão do Direito, o qual, por seu turno, resulta da alteração de paradigma na compreensão do Estado (no caso, Estado de Direito democrático), impôs profundas mudanças na compreensão do conteúdo das normas.

Ora, os anseios sociais ecoavam em busca da aplicação das idéias de igualdade, liberdade e mesmo Justiça não apenas sob a perspectiva formal, mas substancialmente.

Assim, acompanhando a mudança de paradigma estatal, foi tomando espaço a abertura do sistema jurídico.

Mudou, dessa forma, o conteúdo do próprio Direito, o que, por certo, causou – e causa ainda – profundo impacto na forma de lidar com ele e através dele.

Foi nesse contexto que as normas passaram de sinônimo de regras para gênero que abarcava as regras e os princípios, os quais tiveram sua importância consagrada pelos textos constitucionais dos Estados Modernos.

Desde então, é motivo de profunda reflexão (e de certa discórdia, o que, inclusive, pode-se dizer peculiar à seara da compreensão jurídica como um todo) a diferenciação dos tipos normativos.

1.2 Sobre os Princípios

Se, por um lado, a importância dos princípios é hoje pacífica, sendo considerados fundamentais dentro da estrutura do ordenamento jurídico¹⁷¹, por outro lado, os

¹⁷¹ Nesse, sentido, por exemplo, a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, p. 974-975), segundo quem princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. E, também, Humberto Ávila (2009, p. 30-3, grifo nosso): “Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem finda serem atingidos, **servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional** – os princípios jurídicos.”

critérios propostos na doutrina moderna para sua definição – o que compreende sua distinção de outros fenômenos jurídicos – não é assunto consensual.

Com efeito, o tema referente à conceituação dos princípios é de imensa complexidade em razão da variedade de planos de conhecimento no qual o termo é utilizado, bem como pela própria amplitude de significados que possui dentro de um mesmo plano de conhecimento, como é o Direito, por exemplo.

Assim, esclarece-se que, nessa parte do trabalho, a proposta é alcançar o significado do termo princípio dentro de sua operabilidade como norma, o que será feito da forma mais usual, qual seja: através de sua diferenciação dos demais tipos normativos.

1.2.1 Distinção entre princípios e regras (doutrina clássica).

A análise dos princípios será feita, inicialmente, por meio de sua comparação em face às regras. E isso, porque o entendimento esposado pela maioria dos autores que escrevem sobre a teoria normativa é no sentido de que as normas podem ser de dois tipos: princípios e regras.

Por certo foram vários os critérios utilizados ao longo do tempo para realizar esta dissociação entre as regras e os princípios. Para simplificar a exposição, adota-se o excelente resumo apresentado por José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 1160-1161) ao tratar do assunto, o qual, amparado especialmente em Esser¹⁷² e Larenz¹⁷³, juristas

¹⁷² Conforme citado por Humberto Ávila (com base na obra *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4ª tir., p. 51): “Para Josef Esser princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação as regras seria, portanto, a função de fundamento normativo par a tomada de decisão.” (ÁVILA, 2009, p. 35).

¹⁷³ Karl Larenz, por sua vez, tem sua visão exposta por Humberto Ávila (apoiado na obra *Richtiges Recht*, p. 23 e 26 e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ed, p. 474) da seguinte forma: “[...] Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamento normativos par a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma *hipótese de incidência* e uma *consequência jurídica*. Daí porque os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra. O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.” (2009, p. 35-36)

considerados originadores no debate em torno da distinção¹⁷⁴, utiliza-se dos seguintes critérios para diferenciar os princípios das regras:

Saber como distinguir no âmbito do super conceito *norma*, entre *regras* e *princípios*, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.¹⁷⁵

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de medições concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação direta.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) ‘Proximidade’ da idéia de direito: os princípios são ‘*standards*’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”

Como se pode notar, esses critérios dizem respeito a diferentes perspectivas mediante as quais podem as normas ser encaradas.

Não obstante, importa destacar que não são os únicos que ganharam relevância doutrinária. O interesse despertado pelo assunto o tornou objeto de profundos estudos e reflexões, sendo que merece especial destaque – pelo impacto gerado – a tese de Ronald Dworkin e, mais recentemente, a tese de Robert Alexy, as quais contribuíram de forma significativa para o desenvolvimento dos critérios de diferenciação entre princípios e regras.¹⁷⁶

Conforme Ronald Dworkin, a distinção entre as regras e os princípios seria alcançada através de sua lógica de funcionamento, especialmente pelo modo como se dá sua aplicação quando em situação de conflito perante normas da mesma espécie.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Pelo teor dos critérios referidos por José Joaquim Gomes Canotilho, nota-se também haver influência de Claus-Wilhelm Canaris, para quem os princípios e as regras se dissociariam em razão seu conteúdo (o conteúdo dos princípios é axiológico, de modo que eles careceriam das regras para concretizar-se), o qual, por sua vez, fazia como que a operabilidade de cada um deles fosse diferente no ordenamento jurídico, pois, em razão desse conteúdo axiológico, os princípios somente alcançariam seu sentido concretamente através da realização pelo operador do direito de complementação e limitação do valor/dos valores por ele significados, quanto pelo modo como tais normas se relacionariam com o ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2009, 36).

¹⁷⁵ Critério utilizado, por exemplo, por Luiz Felipe Difini (2008, p. 70).

¹⁷⁶ De tão relevantes as teses, a distinção entre princípios e regras realizada pelos critérios por eles sugeridos é conhecida como teoria forte, em comparação com a teoria fraca, pertinente aos critérios anteriormente mencionados.

¹⁷⁷ Segundo Ronald Dworkin (2002, p. 39): “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca de obrigação jurídica

As regras, por prescreverem condutas específicas, seriam aplicáveis diretamente quando possível sua subsunção aos fatos previstos, à maneira do tudo ou nada (*all-or-nothing* ou, ainda, no grau 0% ou grau 100%). Ou a regra seria válida para determinar a solução para o problema jurídico em análise, quando deveria ser aplicada em sua integralidade, ou não seria válida para solucionar a situação, razão pela qual não deveria ser aplicada.

Em outras palavras, a lógica de sua aplicação seria a da subsunção, sendo o conflito resolvido no plano da validade, do que se extrai que, em caso de conflito entre regras, uma seria válida e a outra, necessariamente, inválida.¹⁷⁸

Por sua vez, os princípios, em razão de seu conteúdo consistir em uma razão que apontaria a decisão para certa direção (em vez de determinar diretamente uma decisão), não teriam os fatos previstos como único elemento definidor da ocorrência de sua aplicação. Não haveria, portanto, que se falar em sua validade (ou nulidade) quando em conflito para proporcionar a resolução de determinada situação, porquanto sua aplicação ocorreria considerando tanto os fatos ocorridos quanto a incidência de outros princípios¹⁷⁹.

A lógica envolvida seria não a de subsunção, mas a de atribuição de peso (*dimension of weight*) na sua ponderação com outros princípios, cabendo a aplicação de todos aqueles entendidos relevantes, aos quais seria atribuído um peso tendo em vista as circunstâncias concretas.

Portanto, não haveria que se falar da validade ou não de princípios em conflito, mas dos efeitos de tais princípios quando em colisões com outros.

Então, sobreveio Robert Alexy a defender que a diferença entre regras e princípios seria eminentemente de natureza qualitativa. Os princípios consistiriam em mandamentos de otimização¹⁸⁰, aplicáveis, por conseguinte, em vários graus; e as regras¹⁸¹, em mandamentos específicos de conduta.

em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada”.

¹⁷⁸Conforme Ronald Dworkin (2002, p. 39): “Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

¹⁷⁸Conforme Ronald Dworkin (2002, p. 39): “Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

¹⁷⁹ Todos aqueles relevantes considerando as circunstâncias concretas, no sentido de que poderiam também solucionar a situação proposta, embora indicando direção diversa, inclusive oposta.

¹⁸⁰ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

A tempo, por mandamentos de otimização, o jurista pretende significar que a aplicação dos princípios impõe que o valor objeto de seu conteúdo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹⁸²

Ainda, Robert Alexy contestou a proposta de Ronald Dworkin por entendê-la como não adequada e nem suficiente.

Inadequada tendo em vista que as regras poderiam ser solucionadas tanto pela declaração de invalidade quanto pela abertura de uma exceção, sendo que os princípios quando em conflito não se invalidam, mas apenas sofrem limitação recíproca.

Insuficiente, por sua vez, porque além desse critério de colisão, seria necessário outro para realização da distinção, uma vez que tais espécies normativas são instrumentos de instituição de diferentes deveres: as regras instituiriam deveres definitivos (insuperáveis, portanto, por outras normas) e os princípios veiculariam deveres iniciais, superáveis ou derogáveis em função dos outros princípios de teor colidente no caso concreto (ALEXY, 2015, p. 91).

Em síntese: é cabível elencar os seguintes critérios como sendo os adotados classicamente para distinguir a natureza jurídica das normas entre regras e princípios: o grau de abstração, a possibilidade de aplicação direta ou não ao caso concreto, posição estruturante do sistema jurídico, o grau de proximidade com a concreção de valores que reflitam a Justiça, a posição como fonte de outras normas, a forma como ocorre sua aplicação (se do modo tudo-ou-nada em uma lógica de validade ou não das regras ou do modo mais-ou-menos em uma lógica de ponderação de princípios), ou ainda, por fim, tendo em vista precipuamente sua finalidade, se é de otimizar a concretização de valores ou determinar especificamente uma conduta.

1.2.2 Distinção entre princípios, regras e postulados (doutrina de Humberto Ávila)

Há ainda, mais um autor que importa ser referido no pertinente à matéria, em razão da contribuição ofertada: Humberto Ávila.

mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2015, p. 90).

¹⁸¹Conforme Robert Alexy (2015, p. 91) “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.

¹⁸²Discorrendo sobre os princípios, Robert Alexy (2015, p. 91) assevera que “o ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’”.

Em sua obra “Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos” ele alinhavou críticas aos critérios anteriormente expostos e apresentou um novo paradigma para a diferenciação e para a aplicação das espécies normativas com o propósito de contribuir com o aprimoramento da teoria das normas, o que entende fundamental para a realização do princípio do Estado Democrático de Direito (ÁVILA, 2009, p. 25).

Entretanto, antes de apresentar a sua tese, importa – brevemente - contextualizar o seu pensamento, até porque as críticas empreendidas soam deveras pertinentes, cabendo ressaltar, tal como ele expressamente o faz¹⁸³, que o fato de os critérios anteriormente expostos estarem sujeitos a críticas em nada denigre o seu valor e contribuição – atual – para a teoria das normas jurídicas, servindo as críticas mais como alerta para a constante necessidade de desenvolvimento dogmático do tema e contribuição para a sistematização da matéria (ÁVILA, 2009, p. 39-40).

Defende o autor que as normas podem ser de dois tipos: de primeiro grau e de segundo grau. As normas de primeiro grau têm por objeto o regramento de comportamentos e consubstanciam-se nos princípios e nas regras; as normas de segundo grau têm por objeto o regramento sobre a aplicação de outras normas (por isso, entende que devam ser chamadas metanormas) e consistem nos denominados postulados normativos aplicativos (ÁVILA, 2006, p. 195).

Humberto Ávila introduz sua proposta distintiva normativa a partir da crítica aos critérios comumente utilizados para distinguir as regras e princípios, os quais são classificados em quatro em seu estudo¹⁸⁴, mas que podem, contudo, conforme o autor, ser

¹⁸³ “Todos esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito. Isso não nos impede, porém, de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda, de negar o mérito das obras que os examinaram; mas, em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científicos: a crítica” (ÁVILA, 2009, p. 39-40).

¹⁸⁴ “Em *primeiro lugar*, há o critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. [...]. Em *segundo lugar*, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*. Em *terceiro lugar*, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em *quarto lugar*, há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.” (ÁVILA, 2009, p. 39; 2006, p. 193).

também agrupados em dois grandes segmentos doutrinários a partir do critério denominado de distinção fraca e de distinção forte¹⁸⁵.

A argumentação estrutura-se em duas linhas:

a) a da impossibilidade de considerar que as regras sejam mandamentos definitivos, o que ocorre porque os mandamentos por elas impostos são superáveis, ainda que com maior necessidade de argumentação e em circunstâncias específicas¹⁸⁶, o que os torna

¹⁸⁵ Nesse sentido a análise procedida pelo autor no artigo intitulado “Princípios e regras e a segurança jurídica” (ÁVILA, 2006, 190-193). A *distinção fraca*, que teria como autores representantes Larenz, Esser e Canaris, seria assim considerada porque seu fundamento consiste apenas no grau de indeterminação dos tipos normativos (os princípios – em oposição às regras – seriam mais fluidos, indeterminados e ampliadores da liberdade de apreciação do aplicador do direito) e não no fato de que possuem qualidades diferentes. Tratam-se dos adeptos da corrente que “sustenta que os princípios são normas portadoras de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e, por isso, exigem uma aplicação influenciada por um elevado grau de abstração (destinam-se a um número (quase) determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número (quase) determinado de pessoas) e, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete.” (ÁVILA, 2006, p. 191). Ainda, importa ressaltar que, conforme Ávila (2006, p. 190), teria se originado, a partir dessa corrente, a idéia disseminada na doutrina de que “os princípios são os alicerces, as vigas mestras ou os valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam os seus efeitos”, bem como as alegações de que “os princípios, em contraposição às regras, veiculam valores.” Por seu turno, a *distinção forte* seria a adotada pela corrente doutrinária que defende que há distinção entre os princípios e as regras quanto ao modo de aplicação “[...] enquanto as regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas mediante subsunção, já que o aplicador deverá confrontar o conceito do fato com o conceito constante da hipótese normativa e, havendo encaixe, aplicar a consequência, os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação, na medida em que o aplicador deverá atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto.” (ÁVILA, 2006, p. 192) e quanto ao modo de solução de antinomias “[...] enquanto o conflito entre regras ocorre no plano abstrato, é necessário e implica na declaração de invalidade de uma delas caso não seja aberta uma exceção, o conflito entre princípios ocorre apenas no plano concreto, é contingente e não implica na declaração de invalidade de um deles, mas, apenas, no estabelecimento de uma regra de prevalência diante de determinadas circunstâncias verificáveis somente no plano da eficácia das normas.” (ÁVILA, 2006, p. 192) porque eles possuem estruturas normativas diferentes, isto é, propriedades peculiares que os dissociam. Ávila (2006, p. 191-192) entende que “os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção.” Seria a posição defendida pela teoria moderada do Direito Público, que afirma que “os princípios são diferentes das regras relativamente ao modo de aplicação e ao modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles” (ÁVILA, 2006, p. 192).

¹⁸⁶ Humberto Ávila defende que, de forma geral, as regras são superáveis, porém somente extraordinariamente (porque em razão de seu caráter ‘imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para adoção de conduta’ possuem uma eficácia decisiva que os princípios não têm, o que lhes confere maior eficácia de resistência para superação do que a dos princípios), demandando um *onus argumentativo* maior, que se compõe de três elementos: uma justificativa condizente, uma fundamentação condizente e uma comprovação condizente. A justificativa condizente é aquela que demonstra a incompatibilidade entre a hipótese prevista na regra e a sua finalidade subjacente e, ao mesmo tempo, demonstra que a realização da justiça naquele caso específico não irá afetar substancialmente a justiça em termos gerais, representada pela idéia de segurança jurídica. A fundamentação condizente é aquela que exterioriza as razões que fundamentaram a superação de modo claro e lógico, hábil a permitir o controle da operação. E, finalmente, a comprovação condizente se refere ao amparo probatório – por meio de ‘documentos, perícias ou estatísticas’ dos fatos alegados e que serviram de suporte à argumentação, não bastando a mera alegação para que uma regra seja superada (ÁVILA, 2009, p. 119-120). Ressalta o autor, em outro extrato da obra, que: “Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.” (ÁVILA, 2009, p. 156).

provisórios, não se podendo afirmar que uma vez ocorrida a hipótese prevista na regra a consequência vá necessariamente ser implementada; e

b) porque o modo de solucionar os conflitos não se revela em critério adequado, uma vez que ambas as normas (regras e princípios) podem ser objeto de ponderação (não necessariamente se aplicando o critério da validade ou invalidade – salvo a existência de uma exceção), de conflito com normas do mesmo tipo concretamente (a doutrina defendia que o conflito entre as regras ocorreria no plano abstrato, ao contrário do conflito dos princípios, que se daria no plano concreto) e de efeitos provisórios, isso é, superáveis.

O exemplo fornecido por Humberto Ávila (2006, p. 104) de que o conflito entre regras ocorre no plano concreto, no plano da eficácia e de forma contingente é a colisão entre a regra proibitiva de concessão de medida liminar à Fazenda Pública e a regra impositiva do deferimento de medida liminar em favor do cidadão que necessita de medicação para manter a vida.

Ainda, o autor assevera que, em razão das normas serem construídas pelo intérprete **não é possível aprioristicamente definir se o dispositivo contém uma norma do tipo regra ou do tipo princípio**¹⁸⁷.

Cabe, assim, ao intérprete a tarefa não apenas de construção normativa, mas também da qualificação normativa, pois ela “depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete” (ÁVILA, 2009, p. 34).

Assim, calcado especialmente na função, na natureza da justificação exigida e na natureza da contribuição para a decisão¹⁸⁸, Humberto Ávila (2009, p. 78-79) conceitua os princípios e as regras. Em suas palavras os princípios são:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

¹⁸⁷ O que se extrai da seguinte afirmação: “[...] a qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete.” (ÁVILA, 2009, p. 35, grifo do autor).

¹⁸⁸ Humberto Ávila (2006, p. 194- 195) apresenta, para qualificação normativa, os seguintes critérios: “Os princípios são diferentes das regras em função: da natureza da descrição/comportamento (as regras descrevem comportamentos ou poderes para atingir fins; princípios descrevem fins cuja realização depende de efeitos decorrentes da adoção de comportamentos); da natureza da justificação exigida (as regras exigem um exame de correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato, sempre com a verificação da manutenção ou realização das finalidades sub- e sobrejacentes; os princípios exigem uma compatibilidade entre os efeitos da conduta e a realização gradual do fim); e da natureza da contribuição para a decisão (as regras têm pretensão terminativa, e os princípios têm pretensão complementar).”

E seria justamente por consistirem em normas cuja finalidade é o estabelecimento de um “estado ideal de coisas a ser buscado” que os princípios impõem comportamentos, os quais seriam aqueles cujas consequências viessem a contribuir para a “promoção gradual” do fim proposto.¹⁸⁹

É também por isso que sua vinculação com os outros princípios seria mais intensa, pois a relação entre eles seria de complementariedade, uma vez que a Constituição Federal estabelece o dever de buscar não um, mas vários ideais ao mesmo tempo.¹⁹⁰

Já as regras, conforme Humberto Ávila (2009, p. 78):

[...] são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exigem a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.¹⁹¹

E, por as regras terem como conteúdo a descrição de um comportamento, seu grau de rigidez seria maior, e, por sua vez, por seu grau de rigidez ser maior, a sua não aplicação somente seria possível em situações em que a própria finalidade da regra justificasse a sua não aplicação ou então quando os princípios que lhe fundamentam direcionassem a solução do caso de forma incompatível com sua aplicação.¹⁹²

¹⁸⁹ Consoante o autor, os princípios “[...] estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado e, por isso, exigem a adoção de comportamentos cujos efeitos contribuam para a promoção gradual daquele fim.” (ÁVILA, 2010, p. 38).

¹⁹⁰ Afirma o autor que: “O essencial é que os princípios, exatamente porque estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, vinculam-se mais intensamente com os outros princípios, com os quais mantêm relação de complementariedade, especialmente porque a Constituição Brasileira e a Lei Fundamental Alemã estabelecem o dever de buscar ou preservar vários ideais ao mesmo tempo.” (ÁVILA, 2010, p. 39). Nesse ponto, faz-se necessário divergir. Não se entende que a relação dos princípios é mais intensa com os outros princípios do que a relação das regras com os princípios. Se por um lado a relação entre os princípios funda-se na complementariedade, a qual acaba por repercutir na coerência e coesão do ordenamento jurídico, por outro lado, a relação de suporte que os princípios realizam com as regras, inspirando-as e direcionando e mesmo legitimando a sua aplicação, é igualmente essencial para a manutenção da coerência e coesão do ordenamento jurídico. Defende-se, assim, que ambas as relações – dos princípios com os outros princípios e dos princípios com as regras – são intensas, profundas e essenciais.

¹⁹¹ Entende-se que a aplicação tanto das regras quanto dos princípios demanda a análise de correspondência dos fatos sociais efetivamente ocorridos e o conteúdo normativo – as regras, com efeito, são aplicáveis a partir da sua subsunção ao caso concreto, mas, por sua vez, os princípios também se concretizam tendo em vista sua aplicação em situações concretas, embora, seja importante ressaltar que eles possuem uma função abstrata de organização do sistema jurídico que permite a sua análise para fins de efeitos argumentativos (e jurídicos) em abstrato.

¹⁹² Conforme explana Humberto Ávila (2010, p. 40): “As regras são normas imediatamente descritivas de comportamento, na medida em que descrevem o comportamento obrigatório, permitido ou proibido. [...]. Exatamente por isso, as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela.”

Portanto, resumidamente¹⁹³, pode-se referir que a distinção é realizada pelo autor com base em quatro fundamentos: a) o dever imediato dos princípios seria a “promoção de um estado ideal de coisas”, enquanto que o dever imediato das regras seria a “adoção da conduta descrita”; b) o dever mediato dos princípios é a “adoção da conduta necessária” enquanto que o dever mediato das regras é a “manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores”; c) a justificação dos princípios consiste na “correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas” enquanto que a justificação das regras consiste na “correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato”; e d) a pretensão de decidibilidade dos princípios é caracterizada pela “concorrência e parcialidade”, enquanto que a pretensão de decidibilidade das regras é caracterizada pela “exclusividade e abarcância”.

Ademais disso, o autor entende haver **outra espécie normativa**, com função diversa da das regras e princípios, mas igualmente importante para coordenar o ordenamento jurídico e fazer funcionar o direito como um sistema uno, coeso e coerente. Trata-se da espécie dos postulados, os quais seriam condições elementares referentes ao processo de conhecimento de certo objeto, essenciais para que ele possa ser compreendido. Em outras palavras, pressupostos viabilizadores, portanto, do próprio conhecimento (ÁVILA, 2010, p. 41).

A importância de segmentar as normas em três categorias resulta do fato de que cada tipo normativo demanda, para melhor efetivação da finalidade a que se propõe, de uma determinada forma de aplicação – construção de sentido e operacionalização – do que decorre que o **entendimento de seu funcionamento repercute, também, no maior controle intersubjetivo do intérprete do direito.**

A diferença entre os tipos normativos é apresentada da seguinte forma:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma como outras normas: princípios e regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas (2010, p. 41-42).

Seja qual for a denominação preferida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. Esta razão é suficiente para

¹⁹³ Com fundamento no quadro esquemático apresentado por Humberto Ávila (2009, p.78).

tratá-los de forma separada. [...] Embora sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abona a sua denominação como princípio, se o autor definiu princípio como normas imediatamente finalísticas, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais com elevado grau de abstração e generalidade. Nessas hipóteses, o problema não é de nomenclatura ou de consenso a respeito de palavras. É de inconsistência científica mesmo. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito (ÁVILA, 2010, p. 43).

Observa-se, destarte, que **os postulados afastam-se dos princípios e das regras** no que diz respeito à finalidade imediata, nível de aplicação (objeto sobre o qual incide), destinatários (imediatos) e forma como se relacionam com outras normas (eficácia relacional, tanto homogênea quanto heterogênea).

Por sua vez, **os postulados diferenciam-se dos princípios (aproximando-se, pelo menos parcialmente, das regras¹⁹⁴)** no que diz respeito à possibilidade de realização em vários graus e por não lhes ser peculiar alto grau de abstração e generalidade¹⁹⁵.

Inclusive, é justamente por algumas de suas diferenças os distanciarem dos princípios – categoria na qual normalmente são inclusos – mas os aproximarem das regras, que a doutrina tem dificuldade de enquadrá-los.

Contudo, cumpre destacar que é em razão de tais características repercutirem diretamente na forma como devem as normas ser aplicadas – o que, por sua vez, tem relação direta com o controle da subjetividade na construção do significado dos princípios e regras – que se defende que lhes é devida uma categoria autônoma.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Afinal de contas, as regras, ainda que sejam objeto de ponderação em face dos princípios incidentes no caso concreto, não serão aplicadas conforme graus diferentes – ou elas produzirão efeitos ou não.

¹⁹⁵ Contudo, o grau de generalidade dos postulados normativos aplicativos irá variar conforme sejam condicionados à presença de certos elementos para sua aplicação ou não. Em outras palavras, conforme sejam postulados normativos aplicativos específicos ou inespecíficos.

¹⁹⁶ Nesse sentido, a escorreita explicação do professor Humberto Ávila (2010, p. 42): “Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridas por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.”

Cumpra ainda ressaltar que o autor parte do entendimento de que as **normas** são sinônimas de preceitos de entendimento dos fenômenos jurídicos. Ganham, portanto, uma acepção mais ampla do que o entendimento que as traduzem como um preceito que formula estritamente um dever ser (comportamento). Subsequentemente, os postulados, por traduzirem processos discursivos e institucionais sem os quais a aplicação do direito não seria possível, encaixam-se no seu conceito de norma (ÁVILA, 2009, p. 24).

Quanto aos efeitos dos postulados, dependem do tipo de objeto a que eles referem (sobre o qual instituem processos de apreensão do conhecimento), sendo precisamente esse o critério utilizado por Ávila para separá-los em duas espécies: normativos e hermenêuticos (ou ético-políticos).¹⁹⁷

Os **postulados normativos aplicativos** são normas que têm por finalidade a estruturação e aplicação concreta de outras normas. Seu objeto consiste em estabelecer diretrizes para a interpretação e aplicação de tais normas, razão pela qual se qualificam como metanormas. São apresentados como principais exemplos: o postulado da proporcionalidade, o postulado da razoabilidade e o postulado da proibição de excesso (ÁVILA, 2010, p. 44).

Nas palavras de Humberto Ávila (2010, p. 41, grifo do autor):

Os postulados normativos aplicativos são normas *imediatamente metódicas* que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.

Assim, são importantes porque servem para solucionar problemas advindos da aplicação do Direito, especialmente no que diz respeito à ponderação entre princípios e ao controle intersubjetivo da correlação entre as regras e os princípios que lhes servem de suporte.¹⁹⁸

¹⁹⁷ “Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estrutura a sua aplicação concreta.” (ÁVILA, 2010, p. 41).

¹⁹⁸ Explica o autor, que: “A compreensão do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: *contingentes*, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; *concretas*, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e *externas*, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. Entre os principais postulados aplicativos estão a proporcionalidade, a razoabilidade e proibição de excesso, que serão analisadas adiante e em pormenor”. (ÁVILA, 2010, p. 44, grifo do autor)

Sua distinção para com os sobreprincípios – os quais são princípios peculiarizados por sua função estruturante no ordenamento jurídico – encontra-se no âmbito de sua operação. Os sobreprincípios são normas objeto de aplicação que atuam sobre outras com função semântica e axiológica, enquanto que os postulados normativos aplicativos atuam sobre outras normas com função metódica (ÁVILA, 2010, p. 41).

Por seu turno, os postulados hermenêuticos consistem em preceitos que imediatamente servem à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico. São citados como exemplos: o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o postulado da coerência e o postulado da hierarquia.¹⁹⁹

São de normas que têm por objeto explicitar como devem ser concebidos os fenômenos jurídicos para fins de possibilitar a adequada aplicação das demais normas.²⁰⁰

De qualquer forma, independentemente da espécie de postulado em questão, tem-se que eles devem ser compreendidos como condições de interpretação – em concreto, e não em abstrato – de todo o Direito tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional.²⁰¹

1.3 Posição Adotada nesse Trabalho

¹⁹⁹ “No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária, embora, por óbvio, não exclusiva, à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico. Dentre os mais importantes, está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado é o *postulado da coerência*, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhe são formal ou materialmente superiores.” (ÁVILA, 2010, p. 43, grifo do autor). “A compreensão do ordenamento como estrutura escalonada de normas baseia-se no *postulado da hierarquia*, do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição”. (ÁVILA, 2010, p. 43-44, grifo do autor).

²⁰⁰ “As condições do conhecimento reveladas pela hermenêutica são verdadeiros postulados: onde há uma parte, há o todo; onde há um objeto cognoscível há um sujeito cognoscente; onde há um sistema, há um problema.” (ÁVILA, 2010, p. 43)

²⁰¹ Ressalta o autor que: “[...] os postulados, tanto os hermenêuticos como os aplicativos, são assim denominados justamente porque são condições de interpretação do Direito. Não se pode qualificá-los, por conseguinte, como normas de interpretação constitucional. Em primeiro lugar porque os postulados não são normas de interpretação só da Constituição, mas de todo o Direito, aí incluído o direito infraconstitucional. Basta atentar para o fato de que também a legislação infraconstitucional deve ser interpretada obedecendo aos postulados: a legislação deve ser interpretada como uma unidade; as regras legais devem ser interpretadas conforme os princípios legais e constitucionais; as regras legais devem ser objeto de ponderação interna e externa; os princípios e regras legais devem ser interpretados de modo que adquira a maior efetividade possível; as leis ordinárias devem ser interpretadas obedecendo à hierarquia entre as fontes normativas e assim por diante. Em segundo lugar, porque os postulados não só normas só de interpretação em abstrato, mas de aplicação em concreto. Para esse efeito, é suficiente atentar para o postulado da proporcionalidade, a ser utilizado no caso de conflito concreto entre princípios constitucionais.” (ÁVILA, 2010, p. 44)

1.3.1 Sobre as categorias normativas e sua distinção

São normas os preceitos que estabelecem um dever ser, isto é, que determinam comportamentos a serem adotados – omissiva ou ativamente – que possuem repercussão jurídica.

Esses preceitos que determinam os comportamentos a serem adotados socialmente, estruturando o funcionamento do Direito e da própria sociedade, podem ser de três tipos: regras, princípios e postulados.

Como cada um deles caracteriza-se pela realização de um papel diferente no ordenamento jurídico, torna-se necessário distingui-los com nomenclaturas diferentes, a fim de que possam ser sistematizados e, uma vez expostas suas peculiaridades, possa ser otimizado o controle intersubjetivo a respeito da atividade do aplicador do direito, o qual, como previamente já exposto, consiste necessariamente em um intérprete.

Dessa forma, cada espécie normativa poderá ter a sua utilização otimizada, bem como considerada adequada ou não na medida em que concretizar os valores fundamentais trazidos pela Constituição Federal.

De se mencionar, também, que tal distinção representa exigência científica. Afinal, o ser ciência demanda a existência de métodos claros que possibilitem conhecer, estudar e aplicar o seu objeto.

Quanto aos critérios de distinção entre regras e princípios, bem como a conceituação desses, entende-se por bem adotar integralmente a proposta de Ávila.

Assim, regras devem ser entendidas como normas descritivas, com conteúdo definido e integral, essencialmente pronto para fundamentar decisões jurídicas, demandando na atividade de sua aplicação a análise da correspondência entre a hipótese prevista e os fatos sociais efetivamente ocorridos, sendo que essa análise deverá ser realizada considerando a finalidade que lhe justifica e os princípios que lhe servem como fundamento.

Por seu turno, os princípios consistem em normas projetivas, sem conteúdo imediatamente definido e integral, mas essencialmente finalístico, demandando na atividade de sua aplicação a consideração do “estado de coisas” a ser alcançado e as condutas necessárias para alcançá-lo.

Quanto aos postulados, tem-se que consistem em normas cujo objeto imediato é a estruturação metodológica da aplicação das normas, quer seja estabelecendo critérios, quer seja definindo as medidas de aplicação (ÁVILA, 2009, p. 139). Em outras palavras, trata-se

de uma forma de raciocínio realizado para organizar a aplicação dos princípios e das regras e tornar claros os critérios utilizados nesse processo.

Quanto à diferenciação dos postulados para com as regras e os princípios, são adotados três critérios: o plano de aplicação, o destinatário principal e imediato e o conteúdo. (ÁVILA, 2009, p. 124)

A primeira das três diferenças consiste no objeto da norma, pois os postulados têm como finalidade aplicarem-se sobre outras normas, enquanto que os princípios e regras visam incidir sobre os comportamentos humanos.

O segundo ponto diferencial refere-se ao destinatário das normas: enquanto as pessoas são o principal destinatário dos princípios e regras, os postulados dirigem-se ao intérprete e aplicador do direito, que detém conhecimento técnico para utilizá-lo sobre outras normas. Contudo, cabe uma ressalva no sentido de que os princípios também se destinam imediatamente ao intérprete e aplicador do direito, se considerados sob o ângulo de sua finalidade precípua, qual seja, a de estabelecer um “estado de coisas” a ser alcançado, atividade que certamente exige conhecimento técnico para ser realizada.

Por fim, os postulados também se diferenciam em razão da forma **como se operacionalizam** em sua aplicação nos casos concretos. Enquanto as regras operam através do conflito uma com as outras (idéia de validade ou invalidade) e através de coerência com os princípios e os princípios operam através de ponderação e complementariedade uns com os outros, bem como operam como suporte substancial para as regras, os postulados não conflitam como as regras e nem são objeto de ponderação como os princípios. Os postulados simplesmente se aplicam. Não há que se falar em pressupostos contrapostos um aos outros, razão pela qual não há que se falar em conflito ou ponderação de valores em jogo.²⁰²

Embora a análise da distinção normativa seja realizada com base em vários critérios, importa ressaltar que dentre todos os critérios alinhavados, tem-se que cada uma das normas possui um deles que consiste em seu atributo principal, considerado esse como a qualidade que em um primeiro olhar já salta aos olhos do intérprete indicando a sua natureza normativa.

No caso das regras é a determinabilidade de seu conteúdo “imediatamente comportamental”, no caso dos princípios é o seu caráter teleológico (finalístico) e no caso dos postulados é o seu teor metódico, de pressuposto para adequada compreensão dos fenômenos

²⁰² Como os pressupostos dizem respeito ao entendimento dos fenômenos jurídicos, eles simplesmente se aplicam se fizerem presentes as circunstâncias referentes às quais visa funcionar como pressuposto para compreensão.

jurídicos e da operação do sistema jurídico e do ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2009, p. 183).

Ainda, possível aferir, pela análise feita, que tantos os princípios e as regras como os postulados são essenciais para o bom funcionamento do ordenamento jurídico. Por conseguinte, são igualmente importantes.

1.3.2 Boa-fé objetiva como princípio e como postulado

Como anteriormente referido, a boa-fé objetiva ressurgiu no direito moderno com a vestimenta normativa de princípio geral de direito.

Ocorre, contudo, que analisando as suas funções, notou-se que ela possui caráter de princípio ao estabelecer um estado ideal a ser promovido e otimizado através de condutas nesse sentido, o que determina a sua eficácia normativa de princípio. Porém se notou, também, que a boa-fé objetiva possui funções, destinatário, conteúdo e eficácia relacional pertinentes a um postulado, quando considerada a operabilidade da norma.

Ressalte-se que, já em 1977, na Espanha, Luis Díez-Picazo vislumbrou a boa-fé como um postulado, isto é, com as características também de um postulado, embora a ela somente tenha se referido como princípio. Afirma ele que a boa-fé deve ser vista como um *standard*, como um modelo ideal de conduta social, que estabelece o comportamento a ser considerado como paradigmático. Esse modelo consiste em um conceito técnico cunhado pelos juristas e utilizado como elemento de descrição ou delimitação na aplicação de normas.²⁰³

Com efeito, de tal conceituação se depreende a importância do instituto como *método para aplicação das normas*, o que, por conseguinte, consagra o instituto, nos moldes da visão tripartite normativa, como também possuindo a função de postulado, na medida em que estabelece uma conduta a ser adotada pelo intérprete do direito ao coordenar o uso das normas para a adequada construção do conteúdo de sentido delas.

Os capítulos seguintes aprofundarão o assunto.

²⁰³ Conforme o autor: “*La idea de buena fe, por sí sola, no pasa de ser otra cosa que un concepto técnico acuñado por los técnicos del derecho y utilizado como elemento de descripción o de delimitación en diferentes supuestos de hecho normativos. Es, como se ha dicho, un standard o un modelo ideal de conducta social. Aquella conducta social que se considera como paradigmática*”. (DÍEZ-PICAZO, apud WIEACKER, 1977. p. 12-13)

1.4 Conclusões Parciais

Em *primeiro lugar* cabe referir que as normas são o instrumento da ciência jurídica que podem ser traduzidas por prescrições de conduta - “um dever ser” - que devem orientar o comportamento daqueles que integram o Estado, podendo-lhes ser por ele exigidas, de forma que seu descumprimento implica, independente da vontade do agente da conduta, em repercussões diretas na esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

Em *segundo lugar* importa ressaltar o entendimento de que não há necessária correspondência entre um texto e uma norma, podendo de um texto ser extraída mais de uma norma, bem como podendo ser necessário mais de um texto para se extrair apenas uma norma. Dessa forma, forçoso reconhecer que o sentido da norma é sempre objeto de construção pelo aplicador do direito, isto é, pelo intérprete. Pode-se, assim, inferir que o intérprete exerce, sim, atividade criadora do direito ao interpretar. Até porque, mesmo no caso das mais específicas descrições de conduta, haverá juízos sobre os significados dos termos utilizados – que pode ser ampliativa ou restritiva. Ainda, o mero preenchimento dos elementos da hipótese de fato não leva impreterivelmente à sua aplicação, que pode vir a ser afastada por razões extraídas da própria regra ou de um princípio que estabeleça uma razão contrária que mereça prevalecer naquele caso concreto.

Em *terceiro lugar* interessa frisar que a interpretação, se por um lado possui um caráter subjetivo, já que depende da forma com o intérprete concatenará aquela norma no ordenamento jurídico relacionando-a com outras e como realizará a sua aplicação no caso concreto, por outro lado possui, também, um caráter objetivo que confere legitimidade e funciona como forma de controle intersubjetivo de sua atividade. São três seus principais elementos: literal (dentro dos limites do núcleo essencial – de uso comum e técnico – dos termos linguísticos), sistemático (tendo em consideração o teor das demais normas – imprescindível para conferir coerência substancial ao ordenamento jurídico através da justificabilidade recíproca existente) e teleológico (exercício da atividade interpretativa norteada pelos valores que servem como fundamento da existência da norma no ordenamento jurídico, sendo essencial para conferir coerência formal a este na medida em se possibilita a compreensão de seu sentido dentro de uma cadeia axiológica em que uns servem de suporte para os outros).

É necessária a realização da atividade hermenêutica dentro dos três parâmetros acima referidos para que seja qualificada como legítima, como adequada aos valores

constitucionais e apta a garantir os bens protegidos constitucionalmente. Em outras palavras, para que produza efeitos canceláveis pelo Poder Judiciário.

Em *quarto lugar* cabe pontuar que é de fundamental importância a distinção entre os tipos normativos, porquanto o reconhecimento de uma norma como sendo de certo tipo normativo traz significativas repercussões na aplicação do direito, já que cada tipo normativo, por cumprir com uma finalidade diferente – e, portanto, apresentar diferentes funções, entendidas como a forma como se propõe a concretizar a finalidade almejada – demanda teor contencioso diverso (maior ou menor fluidez, diferentes objetos de incidência, direcionamento imediato a diferentes sujeitos) e diversa forma de operabilidade (como se passa o relacionamento com normas do mesmo tipo, com normas de outro tipo e como funciona na posição de fundamento de uma decisão judicial, isto é, qual a sua lógica de aplicação).

Assim, entender cada tipo normativo corretamente significa possibilitar a adequada aplicação do ordenamento jurídico constitucional, conferindo-se menor flexibilidade nos casos em que o legislador optou por utilizar tipos normativos que têm essa característica, a exemplo das regras, bem como se conferindo maior flexibilidade nos casos em que o legislador optou por utilizar tipos normativos que tem essencialmente essa característica, a exemplo dos princípios. No caso dos postulados, confere-se transparência aos critérios que estruturam a lógica utilizada, no caso concreto, para fins de realização de aplicação.

Significa, conseqüentemente, maior possibilidade de controle da atividade do aplicador do direito – e nessa posição, de todos os membros da sociedade de certa forma, especialmente daqueles detentores de atribuições de poder público.

Em *quinto lugar* importa mencionar que a conceituação realizada pela doutrina clássica dos tipos normativos ocorre a partir dos critérios usados para sua diferenciação, os quais são diversos. Canotilho, se referindo à doutrina que deu origem à distinção, se refere a cinco critérios: o grau de abstração, a possibilidade de aplicação direta ou não ao caso concreto, posição estruturante do sistema jurídico, o grau de proximidade com a concreção de valores que reflitam a Justiça e de posição como fonte de outras normas. Dworkin os aprimorou: forma de resolução de conflitos entre a mesma espécie, o qual ocorreria no plano da validade ou invalidade no caso das regras, e no plano dos efeitos no caso dos princípios, com atribuição de peso através da ponderação. Alexy propôs a diferenciação com base na qualidade intrínseca das regras, pois os princípios seriam mandados de otimização e, por isso, superáveis no sentido de instituírem deveres iniciais os quais poderiam ser alterados em razão

do teor de outros princípios que incidissem no caso concreto, enquanto que as regras seriam comandos específicos e, por isso, insuperáveis no sentido de instituírem deveres definitivos.

Em *sexto lugar* tem-se que o desenvolvimento da doutrina culminou em pertinentes críticas aos critérios até então adotados, o que em âmbito brasileiro foi realizado especialmente por Humberto Ávila, que propôs distinguir os princípios das regras considerando os critérios da finalidade imediata (dos princípios é a “promoção de um estado ideal de coisas” enquanto que o das regras é a “adoção da conduta descrita”), da finalidade mediata (dos princípios é a “adoção da conduta necessária” enquanto que o das regras é a “manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores”), da justificação quando da aplicação (a dos princípios consiste na “correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas” enquanto que a das regras consiste na “correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato”) e da pretensão de decidibilidade que lhe é inerente (a dos princípios é caracterizada pela “concorrência e parcialidade”, ao passo que a das regras é fundada na caracterizada pela “exclusividade e abarcância”).

Em *sétimo lugar*, não obstante a inovação quanto à perspectiva de análise dos princípios e das regras, Ávila também propôs a existência de um terceiro tipo normativo: os postulados. Eles consistem em normas cuja finalidade imediata é estruturar a aplicação de outras normas através do estabelecimento de quais devem ser os critérios de compreensão dos elementos sobre os quais incidem.

Pontue-se, ainda, que podem ser meramente hermenêuticos (por exemplo, a coerência e a hierarquia) ou normativos aplicativos, sendo esses últimos diferenciados em específicos (por exemplo a razoabilidade, a igualdade e a proporcionalidade) e inespecíficos (exemplificativamente, a ponderação).

Em *oitavo lugar* tem-se que os postulados diferenciam-se dos princípios e das regras considerando os seguintes critérios: (i) finalidade imediata, pois a dos princípios é o estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser concretizado, a das regras é a regulação de certa situação e a dos postulados é estruturar e esclarecer qual o método de aplicação das normas; (ii) o nível de atuação, pois os postulados incidem necessariamente sobre outras normas para definir como estas devem ser aplicadas enquanto que os princípios e as regras incidem sobre o comportamento humano de modo direto, estabelecendo deveres e direitos; (iii) o destinatário, que no caso dos princípios e regras são os cidadãos e no caso dos postulados é sempre o aplicador e intérprete do direito; (c) a forma de aplicação, pois os princípios e regras entram comumente em conflito entre si na aplicação do caso concreto, quando a solução é alcançada pela aplicação ou não das regras ou pela ponderação dos

princípios, enquanto que os postulados não conflitam entre si. Os postulados simplesmente incidem ou não, conforme estejam presentes os elementos que fixam a forma como deve ocorrer a aplicação de certa norma.

Em *nono lugar*, importante referir que se adota neste trabalho a distinção entre os tipos normativos tendo por base os ensinamentos de Humberto Ávila.

Em *décimo lugar*, entende-se que, a partir da teoria adotada, consoante exposto, pode-se inferir que a boa-fé objetiva possui, sim, função normativa de princípio, ao estabelecer um estado ideal de coisas a ser alcançado, traduzido na conduta leal daqueles que participam de uma relação jurídica, mas também lhe é peculiar função normativa de postulado, porquanto traz embutida em seu núcleo essencial um método de aplicação e compreensão do direito concretamente.

CAPÍTULO 2 – DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

A análise das funções do princípio da boa-fé objetiva é de suma importância tanto para fins de se vislumbrar como tende a ocorrer a concretização do valor da lealdade nas relações jurídicas tributárias.

Afinal, como peculiar aos princípios em razão de sua natureza normativa de indicar uma finalidade a ser alcançada sem, contudo, especificar exatamente como fazê-lo, entende-se que o conteúdo de sentido do princípio da boa-fé objetiva somente poderá ser melhor definido com a análise de suas funções.

Ademais disso, é também pela delimitação e sistematização de suas funções, que o instituto auferir força normativa e apresenta-se como subjetivamente controlável, o que é de fundamental importância dentro da concretização dos sobreprincípios do Estado de Direito e da democracia²⁰⁴.

Também de se ressaltar a importância da análise porquanto é nessa condição que o princípio da boa-fé objetiva se revela como técnica-jurídica criadora, extintiva e alteradora de deveres e direitos através da máxima, por exemplo, do *venire contra factum proprium*, modalidade em que alcança sua maior repercussão jurídica no Direito Tributário.

Com efeito, não se pode afirmar que nada que diga respeito à boa-fé é simples e cristalino, porém, a análise através de suas funções ganha especial complexidade por uma razão: são muitas²⁰⁵ e, entende-se, podem variar em razão dos envolvidos na relação jurídica, do teor da relação jurídica e da abordagem que se tenha, dentre outros.

²⁰⁴ Sobre o princípio democrático, leciona Canotilho (1993, 7ª ed., p. 288, grifo do autor) que: “[...], a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida, como forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder*. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem o governados. Como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade”.

²⁰⁵ Egon Bockmann Moreira (2007, p. 117-118), escrevendo sobre o assunto no campo do Direito Administrativo, elenca 15 consequências do princípio da boa-fé, o que o faz exemplificativamente, mencionando que seriam “pelo menos” estas: “a) interdição ao abuso de direito (excesso no exercício de prerrogativas legítimas); b) proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); c) proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida (a conduta contraditória é uma omissão); d) vedação à defesa de nulidades puramente formais (supervalorização da forma dos atos, em detrimento de seu conteúdo perfeito); e) inaplicação do *tu quoque* (não se pode, simultaneamente, violar normas e exigir de terceiro o seu cumprimento, pois somente a fidelidade jurídica pode exigir fidelidade jurídica); f) aplicação da máxima *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (negativa ao exercício inútil de direitos e deveres, sem respeito, consideração e efeitos práticos, de molde a não obter qualquer resultado proveitoso, mas causar dano considerável a terceiro); g) impossibilidade do *in civilit er agere* (condutas egocêntricas, brutais e cegas os direitos de terceiros, violadoras da dignidade humana); h) dever

Assim, no intuito de simplificar a apresentação do tema, inicialmente é exposta a visão doutrinária sobre quais sejam as funções da boa-fé objetiva.

Então, segue a análise de cada uma de suas três funções clássicas como princípio no âmbito do Direito Tributário: a limitadora do exercício dos direitos subjetivos e posições jurídicas, a criadora de deveres jurídicos e a interpretativa.

Por fim, são expostas as razões pelas quais se entende que a boa-fé objetiva deve ser compreendida como princípio no exercício das funções analisadas neste capítulo.

2.1 Funções Classicamente Atribuídas ao Princípio da Boa-Fé Objetiva

A doutrina no âmbito do Direito Civil, que foi onde o instituto alçou maior desenvolvimento ao decorrer do tempo, normalmente sistematiza em três as funções exercidas pela boa-fé objetiva como princípio: a interpretativa, a criadora dos deveres jurídicos e a limitadora do exercício dos direitos subjetivos e posições jurídicas.

Nesse sentido, por exemplo, Judith Martins-Costa (2000, p. 427) apresenta como sendo três as funções técnicas específicas da boa-fé enquanto fonte normativa, as quais se evidenciam em cada relação contratual concretamente considerada. São elas: como cânone hermenêutico-integrativo para preenchimento de lacunas e qualificação do comportamento das partes, como criadora de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos (MARTINS-COSTA, 2000, p. 428-437).²⁰⁶

Franz Wieacker (1977, p. 51), por sua vez, dando ênfase à classificação das funções da boa-fé objetiva quanto à forma como ocorre sua aplicação pelo juiz de direito, se refere a eles como sendo três, as quais simplificada e consistentemente consistem no que ele nomina “*officium iudicis, exceptio doli y creación judicial innovadora*”.

do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação); i) lealdade no fator *tempo* (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); j) Respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que efetivamente o geraram); l) indevida utilização ou participação no processo (proibição de que Administração ou particulares aproveitem-se da relação processual para atingir finalidade extraordinária, fraudulenta ou contrária ao objeto do processo – seja para causar dano a terceiro, seja para gerar ganho prescindível à satisfação do interesse público); m) dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevante ao caso concreto, nem tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); n) restrição às provas desnecessárias e atos inúteis à solução da questão processual; o) dever de colaboração recíproca das partes envolvidas na relação jurídico-processual, bem como de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia; p) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar sua resolução.”

²⁰⁶ Cabe ressaltar, contudo, que embora em sua introdução ao tema a autora refira que essa seria a abordagem tradicional, embasando-se em Wieacker, analisando a obra citada escrita por este, observa-se algumas diferenças.

A primeira consiste na atuação do juiz em cumprimento estrito ao ordenamento jurídico escrito, sendo que, no exercício do seu *officiumiudicis* ele somente concretiza o projeto previamente estabelecido e consignado em regulação legal. Trata-se da concretização do plano legal de ordenação pelo juiz.

A segunda consiste na boa-fé objetiva como máxima de conduta ético jurídica, atuando o juiz com maior liberdade e *praeterlegem*, nos casos em que não há norma incidente mediante subsunção, exigindo às partes que, na promoção ou defesa de seus direitos, se comportem de maneira justa. Trata-se da versão atualizada do campo de atuação da *exceptiodoli*.

Por fim, há ainda os casos em que a atuação do juiz se dá *contra legem* tendo em vista a realização de um princípio legislativo como o da legitimidade do Direito e da justiça através da consideração do comportamento concreto das partes.²⁰⁷

Ainda, Luis Díez-Picazo em sua análise sobre a boa-fé objetiva realizada no prólogo da obra de Franz Wieacker (apud WIEACKER, 1977, p. 19) também destaca três principais funções do princípio da boa-fé objetiva. Conforme o autor: a) em primeiro lugar, a boa-fé é considerada como uma causa de exclusão da culpabilidade em um ato formalmente ilícito e, por consequência, como causa de exoneração da sanção, ou, pelo menos, de sua atenuação; b) em segundo lugar, a boa-fé é considerada como fonte de criação de especiais deveres de conduta, exigíveis em cada caso conforme a natureza da relação jurídica e conforme a finalidade perseguida pelas partes através dela. As partes não devem entre si apenas aquilo que elas estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé; c) por fim, a boa-fé é uma causa delimitação do exercício do direito subjetivo ou qualquer outro poder jurídico.²⁰⁸

²⁰⁷ Nesse sentido, suas palavras: “[...] *la tensión entre la estructura normativa legal y la aplicación judicial del Derecho se da también en nuestro caso y hace necesaria una clasificación semejante: a) El juez actúa en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico escrito y en virtud de su officiumiudicis se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal [...]. b) El juez actúa con mayor libertad y praeterlegem, cuando exige a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa. Desde el punto de vista histórico-dogmático, éste era el campo ocupado por el concepto de la exceptiodoli, con inclusión del dolus generalis [...]. c) Finalmente, la aplicación del 242 se realiza contra legem, mediante la ruptura que la jurisprudencia acomete hacia un novo Derecho judicial, que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguardia del Derecho y la justicia en el comportamiento concreto de las partes [...].*” (WIEACKER, 1977, p. 51).

²⁰⁸ Tradução nossa. Luis Díez-Picazo (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 19), no original, cita as seguintes três funções que entende como principais da boa-fé objetiva: “*Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas podemos destacar las siguientes: a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma. b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que*

Dessa forma, embora se reconheça que o assunto não é consensual nem em relação à quantidade de funções e nem em relação à amplitude do conteúdo de cada uma delas²⁰⁹, adota-se neste trabalho a posição dos autores acima referidos e a divisão tripartite função da boa-fé objetiva como princípio.

2.2 Função limitadora do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas

2.2.1 Considerações Gerais

Na função limitadora do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas²¹⁰ a boa-fé objetiva promove o valor da lealdade como parâmetro de conduta ao estabelecer que é desonesto e desleal o exercício de direitos subjetivos de forma abusiva, isso é, sem coerência comportamental e sem considerar a confiança existente entre as partes.

Como salienta Luis Díez-Picazo, o princípio da boa-fé objetiva *é considerado violado pelo exercício de um direito subjetivo quando ele é utilizado com uma finalidade distinta daquela que justifica sua existência e quando tal exercício se faz de maneira ou em circunstâncias consideradas desleais segundo as regras que a consciência social impõe ao tráfego*, isto é, às condutas praticadas. E isso, pois o direito subjetivo deve exercitar-se segundo a confiança depositada no seu titular pela outra parte e segundo a expectativa que esta parte possa ter de acordo com as especificidades da vinculação existente entre elas. Assim, o *direito subjetivo deve ser exercido sempre de boa-fé* e, se exercido fora desses limites, seu exercício, por ser considerado inadmissível, se torna antijurídico por incidência da boa-fé objetiva. (DÍEZ-PICAZO, apud WIEACKER, 1977, p. 19-20).²¹¹

determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe. c) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.” A respeito, importa outrossim ressaltar que, como se observa, uma das funções referidas não é a mesma apontada por Judith Martins-Costa e por Franz Wieacker, consoante referido no texto, bem como que o autor ressalta não se tratar de rol exaustivo.

²⁰⁹Por exemplo, Elcio Fonseca Reis (2008, p. 90 e 102) entende que a função criadora de deveres instrumentais é exercida pelo princípio da boa-fé subjetiva, cabendo ao princípio da boa-fé objetiva servir “como norma de interpretação e de limitação ao exercício dos direitos subjetivos”, idéia que posteriormente amplia, ao defender que “a boa-fé objetiva atua diretamente na relação jurídica, valendo-se como norma de interpretação, de controle de posição jurídica, de limitação de exercício de direito subjetivo e de direito protestativo.”

²¹⁰Judith Martins-Costa (2000, p. 455) se refere apenas a direitos subjetivos, porém Díez-Picazo (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 19) se refere, também, à limitação dos direitos protestativos (“*cualquier otro poder jurídico*”).

²¹¹Nas palavras do autor: “*El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. El derecho subjetivo debe ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto*

Portanto, aqui o princípio da boa-fé objetiva tem o condão de ser utilizado, de modo técnico-jurídico como critério de discernimento em casos concretos – como é peculiar de sua operatividade – para valorar se a situação reflete abuso de direito ou se o direito está sendo exercido de forma regular.²¹²

E, no caso de se vislumbrar abuso de direito, a boa-fé objetiva operará na alteração dos efeitos decorrentes da aplicação dos dispositivos legais, bem como poderá fundamentar pedido indenizatório.

Nesse sentido, a doutrina no campo do Direito Civil indica a operabilidade da boa-fé objetiva no exercício dessa função através do emprego, em casos concretos, das máximas da *supressio* (ou atraso desleal), da *surrectio*, do *venire contra factum proprium*, do *tu quoque*, do abuso da nulidade por motivos formais, do cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos contratuais e do *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*.²¹³²¹⁴

A seguir, analisa-se a incidência de cada uma dessas hipóteses no âmbito do Direito Tributário.

de ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico.” (DÍEZ-PICAZO, apud WIEACKER, 1977. p. 20). Ainda, Luis Díez-Picazo (apud WIEACKER, 1977. p. 20-21) explica que a proteção geral contra o exercício dos direitos de má fé tem raiz histórica na figura da *exceptio doli*, a qual consistiu no instrumento jurídico através do qual os juristas romanos não apenas ampliaram a aplicação da *bona fides*, mas também a tornaram mais eficaz para promover soluções mais equitativas para os problemas jurídicos. A *exceptio doli* é uma medida de defesa do demandado em face da *actio* que lhe fora proposta dolosamente, permitindo paralisar esta sob o fundamento de que esta viola a boa-fé. O autor entende que esta figura não mais subsiste, pois a aplicação da boa-fé objetiva, por meio da limitação dos exercícios dos direitos subjetivos, abrangeria sua função.

²¹² O abuso de direito é, em outras palavras, o exercício do poder da vontade dos sujeitos da relação jurídica, por meio de suas condutas, de modo contrário à função social que deve orientar tanto a origem quanto o desenvolvimento e adimplemento da mesma. Esse exercício é considerado um afronte ao ordenamento jurídico porque viola a boa-fé objetiva. Nesse sentido, encontra-se o artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002) (“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”), que é cláusula geral de direito de ordem pública, que deve ser aplicada, em sua essência, a todo o direito (SANTOS, 2000, p. 225).

²¹³ Judith Martins-Costa (2000, p 460-461, grifo do autor), que cita apenas as quatro primeiras, explica que o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque* seriam as duas vertentes que, juntas, perfariam a chamada teoria dos atos próprios (*turpitudinem suam allegans non auditorouequity must come with clean hands*), “segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé”, sendo que “o seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal”.

²¹⁴ Luis Díez-Picazo (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977. p. 21) refere cinco como sendo os casos típicos apresentados pela doutrina moderna, sobretudo a alemã, aos quais parece aplicável a idéia de que a boa-fé objetiva opera como um limite ao exercício dos direitos subjetivos: *venire contra factum proprium*, *retrazo desleal*, *abuso de lanulidad por motivos formales*, *cumplimiento parcial y la moderación de los plazos contractuales* e *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*.

2.2.2 *Supressio*

A *supressio*²¹⁵ é o fenômeno ocasionado pela inércia do credor em exercer seus direitos ou faculdades, gerando no devedor uma expectativa considerada legítima, de modo que o conteúdo obrigacional acaba por ser reduzido, ou seja, *certas condutas que seriam exigíveis em decorrência da relação jurídica não mais o poderão ser*.

Cordeiro (1997, p. 797) a conceitua como “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.

Sua identificação parte da análise do comportamento das partes ao longo da relação obrigacional, pois, é o *comportamento reiterado* de uma das partes que cria na outra o convencimento de que não mais será exigida certa conduta obrigacional.

Entretanto, não é o decurso de qualquer tempo que se mostra razoável para ocorrência deste fenômeno, consoante tem entendido a jurisprudência. É necessário que o prazo seja suficiente para criar o indício objetivo de que o direito não mais seria exercido. Embora, como ressalta Cordeiro (1997, p. 810) esse tempo seja variável consoante as circunstâncias. Nesse sentido observa-se que sua aplicação consiste em um forma de aplicar-se a lealdade sob a forma de vedação de condutas que frustrem legítimas expectativas criadas.

E, ainda, é necessário que o tempo tenha criado um desequilíbrio entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor.

Não à toa que Cordeiro (1997, p. 812) refere que ela possui natureza subsidiária, pois “no que toca ao seu relacionamento com outros remédios jurídicos, a *supressio* é, por fim, apontada como saída extraordinária, insusceptível de aplicação sempre que a ordem jurídica preserva qualquer outra aplicação”.

Quanto à sua relação com o *venire contra factum proprium*, Cordeiro (1997, p. 812-813) pontua que o elemento diferencial é o fator tempo, pois “a pura inatividade não constitui, em termos claros, um *factum proprium*”, embora a seguir pondere que “o decurso do tempo é a expressão da inatividade traduzindo, como tal, o *factum proprium*”.

Luis Díez-Picaz utiliza a expressão “*el retraso desleal*”, ensinando que, nos moldes do entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs, determina que um direito subjetivo não pode exercitar-se quando o seu titular não apenas não se preocupou por longo tempo de fazer valê-lo, mas também deu vazão através de sua atitude omissiva que o adversário da pretensão pudesse objetivamente esperar que o direito não fosse mais ser

²¹⁵Na doutrina alemã, recebe o nome de *Verwirkung*.

exercido. Em tais casos, o exercício do direito é considerado inadmissível, sendo que três são os elementos para sua configuração: a omissão do exercício do direito, o transcurso de um período de tempo e a deslealdade objetiva e intolerabilidade do exercício posterior de tal direito.²¹⁶

Em outras palavras, o princípio da boa-fé objetiva opera através da *supressio* alterando os efeitos que seriam advindos da relação jurídica em decorrência da aplicação dos termos do contrato, restringindo-os.

No que diz respeito à sua aplicação ao Direito Tributário, não parece haver qualquer elemento impositivo de óbice, considerada apenas a adequação necessária referente à compreensão de que os efeitos a serem restringidos referem-se aos que seriam normalmente decorrentes da aplicação de uma obrigação imposta por lei, já que no Direito Tributário incide o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual os administrados somente estão obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei.

Assim, a *supressio* no campo do Direito Tributário deve também ser compreendida como fenômeno ocasionado pela inércia de uma das partes em exercer seus direitos ou faculdades por tempo suficiente para, conforme as expectativas sociais gerais, criar na outra parte uma legítima expectativa que implica na redução da abrangência de seus deveres originais. Ou seja, certas condutas que de acordo com a aplicação da lei poderiam ser exigíveis ou não aos administrados, passam a não mais ser passíveis de sê-lo ou não sê-lo pois em decorrência do tempo transcorrido sua exigência configuraria abuso no exercício do direito por violar a legítima expectativa criada.

Os elementos para sua aplicação no Direito Tributário mantêm-se os mesmos: o transcurso de um prazo considerado objetivamente suficiente para legitimar a expectativa de que o direito não seria mais exercido e que esse transcurso de tempo tenha gerado uma situação de desequilíbrio entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor.

Ocorre que, analisando a jurisprudência, nota-se que essa hipótese tem sido objeto da aplicação da boa-fé objetiva sob a denominação de *venire contra factum proprium*, como poderá ser constatado quando da análise desse.

²¹⁶Nas palavras do autor: “Según han establecido la doctrina y la jurisprudencia alemanas un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. El ejercicio del derecho en tales casos se torna inadmisibile. Tres son los elementos de la figura que examinamos: la omisión del ejercicio del derecho; el transcurso de un período de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado”.(DÍEZ-PICAZO, apud WIEACKER, 1977. p. 21-22)

2.2.3 *Surrectio*

Por outro lado, a *surrectio*, que também deriva da passagem do tempo sem o exercício de um direito pelo credor, implica no nascimento de um direito, no alargamento do elemento objetivo da obrigação. Nessa hipótese, a passagem do tempo opera a construção de uma confiança legítima da existência de um direito, ainda que não pactuado.

Como requisitos para seu reconhecimento no caso concreto, além do lapso temporal relevante, apresenta-se a existência de um conjunto de indícios objetivos, como por exemplo a inexistência de cláusula contratual que expressamente obste a expectativa de formação do tal direito, que induzam a confiar na presença do direito em questão, ainda que o contrato expressamente não o preveja.

Tal qual na *supressio*, quanto à *surrectio* não se vislumbra elemento que impeça ou altere sua aplicação na seara do Direito Tributário, porque ela traduz a outra face da *supressio*, como remarca Cordeiro (1997, p. 1293), uma vez que, no contexto de uma relação jurídica, quando alguém tem sua esfera de direitos restringida significa que alguém teve a sua esfera de direitos aumentada.

2.2.4 *Venire contra factum proprium*

O célebre **venire contra factum proprium**, por sua vez, resulta do comportamento contraditório – embora lícito – por uma das partes. Em um primeiro momento a parte se conduz de certa forma, e, passado certo tempo repetindo aquela conduta, vem a portar-se de forma oposta.

Assim, necessários para sua configuração dois comportamentos *a priori* lícitos²¹⁷ omissivos ou comissivos, diferidos no tempo e contraditórios.

A importância dessa máxima descansa no fato de que conciliar o desenvolvimento do Direito com a idéia de justiça, na medida em que, embora o Direito por razões lógicas não possa vedar condutas contraditórias de modo genérico porquanto se proibir mudar de idéia implicaria no estancamento da evolução social, através da lente da boa-fé

²¹⁷ Ora, o comportamento das partes traduz-se logicamente em repercussões na esfera jurídica. Dessa feita, ao se comportar de determinado jeito, a parte incita a outra a projetar como se comportará no decorrer daquela relação obrigacional. Por isso a legítima expectativa criada, ou, em outras palavras, a confiança projetada, que merece ser preservada. Agir de modo contrário após a passagem do tempo é pisotear no vínculo de colaboração de deve existir entre os sujeitos da relação obrigacional, e, em respeito a esse vínculo, deve-se preservar a projeção realizada com base nas informações transmitidas.

objetiva torna-se possível verificar nos casos concretos os casos em que a contradição configura violação ao comportamento honesto e leal esperado das partes de uma relação jurídica.²¹⁸

Luis Díez-Picazo explica que o ato de exercitar um direito subjetivo ou uma faculdade é inadmissível quando isso representa uma contradição com o sentido que objetivamente – portanto, de acordo com a boa-fé – deveria dar-se à sua conduta anterior. Em outras palavras, seria uma regra que veda qualquer pretensão incompatível ou contraditória com uma conduta anterior.²¹⁹

Com efeito, reza a boa-fé objetiva que não pode aquele que prevarica contra os deveres que lhe cabem utilizar-se de sua própria torpeza²²⁰, porquanto os deveres de lealdade e de cooperação impõem que não seja a expectativa gerada pelo comportamento prévio de uma das partes - a confiança mútua, em outras palavras - contrariada posteriormente em prejuízo da outra parte. O que se justifica não porque se pretende a manutenção da primeira conduta, mas para que a violação do dever de lealdade e cooperação não seja sancionada. Ou seja, mantém-se a primeira conduta não porque não tenha a parte o direito de mudar o seu comportamento, mas porque, nas concretas circunstâncias, tal mudança reflete a quebra do dever de agir de modo leal e cooperativo para com a contraparte.

Frise-se que para ser criada a legítima expectativa não se perquire a intenção do agente, razão pela qual a culpa ou sua vontade são irrelevantes para a aplicação do instituto. Importa apenas que de acordo com as expectativas sociais de adequação de causa e efeito referente às circunstâncias do caso concreto a conduta de uma das partes da relação

²¹⁸ Sobre o assunto, declara Judith Martins-Costa (2000, p. 470-471, grifo da autora) que a boa-fé objetiva “serve como modelo ensejador do estabelecimento de certos requisitos de conduta. Estes são revelados no caso concreto, à luz de suas circunstâncias, em especial da finalidade do contrato, mas, como regra geral, admite-se incidirem quando já surge uma situação jurídica ocorrida pelo *factum proprium*, situação da qual decorre benefício, ou a expectativa de benefício, para a contraparte, à qual se segue uma contradição, originada por um segundo comportamento pelo autor do *factum proprium*.”

²¹⁹ Nas palavras originais do autor: “[...]. *Con ello se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibile cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.*” (DÍEZ-PICAZO, apud WIEACKER, 1977, p. 21)

²²⁰ Nesse sentido, o Recurso Especial 47.015/SP, de relatoria do Ministro Adhemar Maciel, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 16/10/1997, aplicou a boa-fé objetiva através da máxima do *nemo potest venire contra factum proprium* juntamente com a do *nemo creditur turpitudinem suam allegans* em um caso de Direito Administrativo em que o Estado de São Paulo pretendia a nulidade de um negócio jurídico de transferência de propriedade para um particular porque na época o negócio jurídico, apesar de realizado pelo então Secretário de Agricultura, cabendo ainda salientar que o preço avençado foi devidamente recebido pelo Ente público, não foi realizado consoante a legislação então vigente, que havia sido recentemente modificada. Nesse contexto, o Ministro Relator ressaltou que “realmente, não pode a FAZENDA PÚBLICA, décadas após a venda do imóvel realizada por funcionário de alto escalão em nome da Administração, vir a juízo pleitear a nulidade dos títulos. Ora, se há mácula no título, essa foi causada pelo próprio poder público, o qual não pode invocar o suposto equívoco do seu secretário de estado, para prejudicar aquele que legitimamente adquiriu a propriedade, pagando para tanto. ~”

jurídica dê vazão a certa expectativa, a qual, vale ressaltar, deve ser amparada também no ordenamento jurídico, por isso chamá-la de legítima.²²¹

Sua presença no Direito Tributário é notória.

Nesse sentido, por exemplo, a essência do artigo 100, inciso III, do Código Tributário Nacional, que considera normas complementares no ordenamento jurídico aquelas práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas. E isso justamente porque se considera que tais práticas geram uma expectativa que deve ser considerada legítima na medida em que demonstram um padrão de conduta pela Administração Pública quanto ao cumprimento – e por conseguinte interpretação - de determinada lei.²²²

Ainda, a manifestação dos Tribunais na aplicação do Direito ao caso concreto demonstra a ampla utilização da boa-fé objetiva através da aplicação do *venire contra factum proprium*, refletindo a idéia de que, em que pese todos serem livres para mudar seus pensamentos e condutas a qualquer tempo, em razão do princípio da boa-fé objetiva aqueles que foram parte de uma relação jurídica devem pautar sua conduta com respeito à legítima expectativa que os comportamentos prévios criaram, uma vez que as condutas realizadas devem guardar coerência entre si.

Importante enfatizar que da análise jurisprudencial se extraem as seguintes características da aplicação da boa-fé objetiva sob a forma do *venire contra factum proprium* no Direito Tributário:

2.2.4.1 Utilização explícita e implícita

No Direito Tributário observa-se a aplicação da boa-fé objetiva sob a forma do *venire contra factum proprium* tanto de forma explícita quanto implícita.

²²¹ Nesse sentido António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 758-759) aponta para a necessidade de existência dos seguintes elementos para fins de aplicação do *venire contra factum proprium*: i) prática de uma conduta apta a gerar confiança nos moldes em que esta é tutelada pelo ordenamento jurídico; ii) a produção de efetivo impacto pela conduta, isto é, o fato de que a contraparte adotou condutas específicas em reação à expectativa gerada; e iii) sobrevir outra conduta alterando o fato configurado pela primeira conduta adotada causando prejuízo para a parte que se fiara nesta.

²²² No mesmo sentido, no âmbito do Direito Privado pode-se referir que o Código Civil de 2002 traz nos artigos 330 e 619 dispositivos que revelam o reconhecimento da importância dessa regra. O artigo 330 dispõe que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato” e o artigo 619 refere que “salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.” (BRASIL, Código Civil, 2002).

Sua aplicação por menção expressa ocorreu, por exemplo, no **Recurso Especial 1144982/PR**²²³ e no **Recurso Especial 1143216/RS**²²⁴.

No **Recurso Especial 1144982/PR**²²⁵ a referência ocorreu inclusive na ementa, cuja parte refere que “ofende os princípios básicos da razoabilidade e da justiça o fato do Estado violar o direito de garantia de propriedade e, concomitantemente, exercer a sua prerrogativa de constituir ônus tributário sobre imóvel expropriado por particulares (proibição do venire contra factum proprium)”.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou nesse processo questão atinente sobre a incidência ou não do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) tendo em vista que o proprietário já há longo tempo encontrava-se destituído da posse de sua fazenda em razão de invasão perpetrada pelo movimento “sem-terra”.

Foi considerado que o Estado havia se omitido de seu dever de garantir o direito de propriedade no caso concreto, uma vez que, conforme relata o Ministro Mauro Campbell Marques em seu voto ²²⁶ “com a invasão do movimento “sem terra”, o direito da recorrida ficou tolhido de praticamente todos seus elementos” uma vez que não havia mais posse, e, desse modo, possibilidade de usar ou fruir do bem, o que impossibilitava a sua exploração e, por conseguinte, a geração de renda ou de benefícios por parte do proprietário.

A conclusão foi a de que a cobrança de imposto pelo Estado sobre a propriedade objeto de expropriação por particulares revelava-se contraditória com sua conduta anterior de violar o direito de garantia da propriedade.

Por sua vez, no **Recurso Especial 1143216/RS**²²⁷, julgado no Superior Tribunal de Justiça como recurso representativo de controvérsia²²⁸, que tratou da exclusão de contribuinte de programa de parcelamento após o pagamento tempestivo das parcelas por quatro anos porque ele não teria, quando da adesão ao programa, cumprido o requisito formal da desistência de impugnação administrativa, a menção expressa ocorreu tanto na ementa quanto no bojo do voto do Ministro Relator Luiz Fux.

A ementa registrou o termo em dois momentos. No cabeçalho constou:

²²³ REsp 1144982/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 15/10/2009.

²²⁴ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

²²⁵ REsp 1144982/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 15/10/2009.

²²⁶ O qual foi objeto de concordância unânime pelos demais Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin.

²²⁷ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

²²⁸ Tema 401 dos Temas Repetitivos.

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAES. PARCELAMENTO ESPECIAL. DESISTÊNCIA INTEMPESTIVA DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA X PAGAMENTO TEMPESTIVO DAS PRESTAÇÕES MENSAIS ESTABELECIDAS POR MAIS DE QUATRO ANOS SEM OPOSIÇÃO DO FISCO. DEFERIMENTO TÁCITO DO PEDIDO DE ADESÃO. EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. **PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM)**. (Grifo nosso)

E, mais adiante, no item 13, constou a cópia de parte da manifestação do Ministro Relator Luiz Fux, o qual considerou que “o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo os limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, **incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium***” (grifo nosso).

A contradição apurada nesse processo foi entre a conduta do Estado em ter se recebido, mensal e tempestivamente, por mais de quatro anos os pagamentos referentes às parcelas devidas pelo contribuinte, para somente após esse período apurar que ele não havia cumprido com dos requisitos legais para concessão do benefício fiscal e excluí-lo por isso.

Por sua vez, observa-se sua aplicação implícita no **Recurso Especial 963499/PR**²²⁹, no **Recurso Especial 1338717/RN**²³⁰, no **Recurso Extraordinário nº 131741-8/SP**²³¹ e no julgamento do Recurso Voluntário apresentado perante o Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, no **Processo 001.106687.10.7**²³²,

No **Recurso Especial 963499/PR**²³³, que versava sobre a legitimidade tributária passiva de proprietário de imóvel rural invadido por aproximadamente 80 famílias

²²⁹ REsp 963.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 14/12/2009.

²³⁰ REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

²³¹ Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

²³² Processo 001.106687.10.7 (001 100655 10 6 – 001 105457 10 8), Resolução nº 033/2011/2, 2ª Câmara, Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, Relator Conselheiro Claudio Lopes de Almeida, julgado em 14 de abril de 2011.

²³³ REsp 963.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 14/12/2009.

integrantes do "Movimento Sem-Terra – MST" no ano de 1995, houve menção expressa somente ao princípio da boa-fé objetiva²³⁴, contudo da análise da fundamentação apresentada pelo Ministro Relator Herman Benjamin, fica nítida a consideração da boa-fé objetiva como vedação de comportamentos contraditórios.

No caso analisado, foi considerado que o Estado teve comportamento contraditório pois violou o direito de propriedade do administrado e depois pretendeu cobrar os impostos que seriam devidos pelo administrado na condição de proprietário do bem. A violação ao direito de propriedade do administrado deu-se na medida em que o Estado não assegurou o direito de garantia de propriedade em face de terceiros, pois a Fazenda foi sendo invadida por 80 famílias do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, e também porque não obteve êxito no cumprimento da decisão liminar que determinou a reintegração de posse em favor do proprietário.

Em razão das peculiaridades do caso concreto, colaciona-se abaixo parte do voto do Ministro Relator Herman Benjamin:

Assim, para que se estabeleça a relação jurídico-tributária é necessário que se verifiquem todos os aspectos ou elementos objetivos ou subjetivos que a lei expressamente demanda. Ou seja, o fato descrito na hipótese de incidência tributária deve ser realizado na hipótese em tela, sobretudo o elemento material essencial à ocorrência do Fato Gerador do ITR: a propriedade em sua plenitude.

No caso dos autos, é incontroverso que o imóvel denominado Fazenda Porangaba II foi invadido em 13 de dezembro de 1995 por 80 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST. A perda da posse do imóvel rural desde a referida data é fato incontroverso. Houve severa limitação ao direito de propriedade dos titulares do domínio, fosse ele produtivo ou não. Não faço, aqui, até porque desnecessário, nenhum juízo de valor sobre a invasão em si, se justa ou injusta, tampouco sobre a legitimidade dos propósitos das famílias que hoje se encontram no imóvel. A questão posta nos autos é, no plano técnico-jurídico, autônoma em relação à elevada dimensão social e nobreza de finalidades da Reforma Agrária. [...] Na hipótese dos autos, a propriedade do espólio ficou desprovida de praticamente todos os elementos citados pelo eminente civilista, pois o autor: a) foi privado da posse, do uso e da fruição do bem, em síntese: da exploração do imóvel e da possibilidade de, a partir dela, gerar renda; e b) em relação ao *ius abutendi*, a disposição do imóvel só não foi inviabilizada porque tramita na Superintendência Regional do Paraná do INCRA - Divisão de Obtenção de Terras e Implantação de Projetos e Assentamento, processo atinente à aquisição do imóvel por cifra superior a R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais). O autor foi diligente em relação à salvaguarda do seu direito. É mister observar que a cada direito corresponde uma ação, e o proprietário obteve, em demanda possessória, decisão liminar de reintegração de posse em 16.2.1996 [...] A mencionada medida não foi cumprida pelo Poder Executivo do Estado do Paraná, o que motivou o autor a solicitar a Intervenção Federal, pedido que foi acolhido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 1º de abril de 2005 [...]. A situação dos autos, portanto, demonstra que existe decisão judicial

²³⁴Tanto na ementa quanto no voto do Ministro Relator Herman Benjamin, o qual foi aprovado por unanimidade pelos Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins.

determinando a reintegração do imóvel ao autor há mais de 14 anos, inclusive com pedido de Intervenção Federal deferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Tal fato denota o esvaziamento da competência do Poder Judiciário, que fez o que lhe competia: deferir a retomada compulsória do imóvel rural.

Todavia, o Poder Executivo manteve-se inerte. Ainda, a circunstância de o INCRA ter oferecido mais de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) pelo imóvel confirma a perda da propriedade, se não jurídica, pelo menos fática, do bem em si e evidencia a irreversibilidade da situação.

Viola os Princípios da Razoabilidade e da Boa-fé Objetiva que o mesmo Estado que se omite na salvaguarda de direitos, mesmo após decisão judicial exigindo a sua intervenção protetória, venha a utilizar a aparência desse direito, ou o seu resquício, para cobrar tributos que pressupõem a incolumidade e existência nos planos jurídico (formal) e fático (material).

Pouco importa que a cobrança do tributo e a omissão estatal se encaixem em esferas diferentes da Administração Pública. União, Estados e Municípios, não obstante o perfil e personalidade próprios que lhes conferiu a Constituição de 1988, são parte de um todo maior, que é o Estado brasileiro. Ao final das contas, é este que responde pela garantia dos direitos individuais e sociais, bem como pela razoabilidade da conduta dos vários entes públicos em que se divide e organiza. [...]Diante de todo o exposto, com a invasão do imóvel rural, sobre cuja legitimidade não se faz juízo de valor, o direito de propriedade ficou desprovido de praticamente todos os elementos a ele inerentes: não há mais posse, nem possibilidade de uso ou fruição do bem. Direito de propriedade sem posse, uso, fruição e incapaz de gerar qualquer tipo de renda ao seu titular deixa de ser, na essência, direito de propriedade, pois não passa de uma casca vazia à procura de seu conteúdo e sentido, uma formalidade legal negada pela realidade dos fatos.

Por mais legítimas e humanitárias que sejam as razões do Poder Público para não cumprir, por 14 anos, decisão judicial determinando a reintegração do imóvel ao legítimo proprietário, inclusive com pedido de Intervenção Federal deferido pelo TJPR, há de se convir que o mínimo que do Estado se espera é que reconheça que aquele que – diante da omissão estatal e da dramaticidade dos conflitos agrários deste Brasil de grandes desigualdades sociais – não tem mais direito algum não pode ser tributado por algo que só por ficção ainda é de seu domínio. [...] ²³⁵. (Grifo nosso).

No **Recurso Especial 1338717/RN**²³⁵, que versa sobre a reinclusão ou não dos débitos de contribuinte ao programa de parcelamento especial, disciplinado pela Lei 10.684/03, os quais foram excluídos pela Receita da Fazenda por ausência de expressa renúncia em processo administrativo em que se discutia o crédito devido.

Apesar de ausência de menção expressa ao princípio da boa-fé objetiva e ao *venire contra factum proprium*, nota-se sua aplicação de forma implícita a partir da análise do voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho no sentido de manter a decisão de segundo grau a favor da reinclusão do contribuinte no PAES, tendo por fundamento que:

“[...] o caso em apreço se reveste de peculiaridade, que por si só, é suficiente para o desprovimento do recurso, isto porque, a Corte de origem afirmou, expressamente, que **a Fazenda Pública aceitou o parcelamento realizado pelo contribuinte, ou seja, o próprio órgão interessado no pagamento do tributo contribuiu para que**

²³⁵REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

o mesmo se realizasse, eventualmente, em desacordo com as normas vigente do parcelamento.” (Grifo nosso).

Esse raciocínio demonstra a aplicação da idéia de proteção das legítimas expectativas no caso concreto através da vedação de condutas contraditórias entre si, o que consiste no teor da máxima do *venire contra factum proprium*.

No **Recurso Extraordinário 131741-8/SP**²³⁶ também nota-se a aplicação do princípio da boa-fé objetiva por meio do *venire contra factum proprium*, embora esse não tenha sido expressamente referido.

Nesse processo a boa-fé objetiva foi utilizada como fundamento para que se decidisse que cabe ao Estado indenizar os danos causados quando ela adota conduta contrária a um parecer prévio emitido por solicitação formal de um contribuinte que procurou sua orientação sobre como deveria proceder em um caso concreto, que dizia respeito ao momento próprio do recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias.

A contradição no caso ocorreu entre a primeira e a segunda resposta do Fisco à consulta formal de um contribuinte sobre qual seria exato momento da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, pois inicialmente lhe foi informado que seria quando da expedição da nota fiscal e posteriormente, mediante nova consulta realizada em razão de ter o contribuinte constatado que outras empresas do mesmo ramo estavam efetuando o recolhimento da exação quando da real saída dos produtos do estabelecimento, o que era bem menos oneroso tendo em vista a inflação da época, tendo-lhe sido informado que o momento seria mesmo o da real saída dos produtos do estabelecimento.²³⁷

Finalmente, no julgamento do Recurso Voluntário interposto no **Processo 001.106687.10.7**²³⁸ pelo Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre (TARF), a boa-fé objetiva foi aplicada no sentido de impõe que posições deliberadamente contraditórias na relação jurídica não devem ser admitidas.

²³⁶ Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

²³⁷ O Ministro Relator Marco Aurélio em seu voto salientou que a empresa contribuinte agiu “demonstrando inegável confiança no fisco [...] havendo adotado postura de absoluta boa-fé” ao ter **conformado seu procedimento à resposta da consulta feita, o que “[...] em última análise, veio a implicar antecipação do recolhimento do imposto”**. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243) (Grifo nosso).

²³⁸ Processo 001.106687.10.7 (001 100655 10 6 – 001 105457 10 8), Resolução nº 033/2011/2, 2ª Câmara, Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, Relator Conselheiro Claudio Lopes de Almeida, julgado em 14 de abril de 2011.

O caso versava sobre a o reconhecimento ou não de imunidade do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) a respeito de alguns imóveis de propriedade de um clube de futebol que configurava-se como instituição de assistência social sem fins lucrativos. Ocorre que quando notificada da decisão que havia concedido parcialmente o pleito formulado na Reclamação na medida em que foi reconhecida a isenção sobre parte dos imóveis que eram objeto da solicitação, a empresa enviou ofício ao TARF concordando com a decisão e manifestando-se pela falta de interesse de recorrer, tendo por objetivo agilizar o julgamento do Recurso Oficial a respeito, o qual foi requerido que fosse realizado com a máxima urgência, o que de fato aconteceu apenas quatro dias após a notificação. Contudo, posteriormente, apresentou Recurso Voluntário requerendo que a isenção fosse reconhecida a respeito da totalidade dos imóveis objeto da Reclamação.

Nesse contexto, afirmou o Conselheiro Relator Claudio Lopes de Almeida que entendia ser o princípio da boa-fé objetiva aplicável ao processo administrativo, e que “no caso concreto, o Contribuinte adotou posição deliberadamente contraditória” uma vez que “afirmou expressamente, por sua livre vontade, que concordava com a decisão adotada pelo fisco municipal e que dela não recorreria. Posteriormente, sem mais mencionar tal fato, discorda da decisão e recorre, **em que pese inexistirem fatos distintos daqueles que eram de seu conhecimento quando antes anuiu**” e então, “obtida a celeridade buscada na tramitação do expediente, naquilo que lhe atende, desdiz logo a seguir, convenientemente, o que havia declarado por sua livre vontade”.

2.2.4.2 Aplicação quanto à conduta da Administração e quanto à conduta do Administrado

Observa-se a aplicação da boa-fé objetiva sob a forma do *venire contra factum proprium* em face tanto de **condutas da Administração quanto do administrado** no sentido da imposição de coerência comportamental como dever de lealdade atinente à todas as partes da relação jurídica.

Por exemplo, no julgamento do Recurso Voluntário interposto no **Processo 001.106687.10.7**²³⁹ pelo **Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre (TARF)**, o contribuinte foi considerado com tendo praticado conduta manifestamente contraditória que, por isso, não merecia o amparo do Direito.

²³⁹ Processo 001.106687.10.7 (001 100655 10 6 – 001 105457 10 8), Resolução nº 033/2011/2, 2ª Câmara, Tribunal Administrativo de Recursos Tributários de Porto Alegre, Relator Conselheiro Claudio Lopes de Almeida, julgado em 14 de abril de 2011.

E, quanto à aplicação do *venire contra factum proprium em face da Administração Pública*, pode-se citar o julgamento no caso do Recurso Especial 963499/PR²⁴⁰, cujo teor foi acima referido.

2.2.4.3 Como fundamento de pedido indenizatório

Aspecto interessante é a possibilidade de em razão da aplicação do *venire contra factum proprium* consubstanciado em conduta contraditória e, por conseguinte desleal, da Administração Pública o contribuinte ser indenizado por prejuízos suportados.

Foi o que ocorreu no caso julgado mediante o **Recurso Extraordinário 131741-8/SP**²⁴¹, em que uma empresa realizou consulta formal à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo a fim de alcançar a “certeza administrativa-tributária” quanto ao exato momento da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, se seria quando expedida a nota fiscal para entrega futura ou no momento da real saída dos produtos industrializados do estabelecimento. Foi-lhe respondido que seria quando da expedição da nota fiscal. Contudo, posteriormente o ela constatou que outras empresas do mesmo ramo estavam efetuando o recolhimento da exação quando da real saída dos produtos do estabelecimento, o que era bem menos oneroso tendo em vista a inflação da época. Então, procedeu a uma segunda consulta ao órgão fiscal, tendo-lhe sido, dessa vez, fornecida resposta diametralmente oposta da primeira.

Nesse contexto a empresa contribuinte entrou com uma ação requerendo o ressarcimento dos prejuízos suportados e teve seu pleito acolhido sob o fundamento referido pelo Relator Ministro Marco Aurélio de que “a relação jurídica Estado/contribuinte há de repousar, sempre, na confiança mútua, devendo ambos atuarem com responsabilidade, fiéis ao ordenamento jurídico em vigor” tendo inclusive sido ressaltado que o caso era exemplar “no tocante à necessidade de adotar-se postura que estimule os contribuintes a acionarem o instituto da consulta e, ao mesmo tempo, atribua à Administração Pública uma maior responsabilidade ao respondê-las” porquanto “ou a Administração Pública não está compelida a atuar no âmbito da consultoria, ou está e, claudicando, pouco importando o motivo, assume

²⁴⁰ REsp 963.499/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 14/12/2009.

²⁴¹ Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

os danos que tenha causado ao contribuinte”. De qualquer forma, a conclusão final foi a de que o que não se pode conceber “é que, diante da normatividade da matéria, fique a Administração Pública, na hipótese de equívoco – que, afinal, para ela implicou inegável vantagem – deixe de indenizar aquele que sofreu o correspondente prejuízo”.²⁴²

2.2.5 *Tu quoque*

Por sua vez, o *tu quoque*²⁴³ prescreve que uma parte não pode exigir da outra um comportamento determinado pelo conteúdo da relação obrigacional quando ela mesma não observa tal conteúdo, isto é, se descumpriu com um dever dentro da relação obrigacional, não pode exigir da outra parte o cumprimento daquele dever.

O Código Civil de 2002 trouxe essa norma positivada na essência do artigo 476²⁴⁴, que prevê a exceção do contrato não cumprido.

Sua desobediência com relação a uma conduta que deveria ser realizada supõe que tolerará caso a outra parte também não cumpra com tal conduta. Ou, por outro lado, significa que não poderá exigir a outrem a realização do dever que lhe cabe se, de sua parte, houve descumprimento.

Afinal, uma vez descumprido um dos deveres, o equilíbrio que deve haver na relação jurídica obrigacional altera-se, modificando, por conseguinte, o conteúdo da mesma. Logicamente, então, estabelece-se novo equilíbrio (sinalagma), novo conteúdo em termos de deveres a serem realizados, justificando o não cumprimento de deveres que a princípio deveriam ser adimplidos, pois a relação não é mais mesma em termos substanciais em razão de alteração propugnada pela parte que prevaricou com suas responsabilidades, embora se revista da mesma forma.²⁴⁵

²⁴²RE 131741-8, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 Ementa. Vol-01829-02 PP-00243

²⁴³ Martins-Costa (2000, p. 462-463) afirma que a mesma tutela de coibir a contradição e o aproveitamento da própria torpeza é garantia no direito da *common law* através do instituto da *estoppel*, que embora tenha como principal campo de aplicação o processo, a ele não se restringe. Ainda, no Direito argentino, corresponde à *teoria de los actos propios*, e, no direito italiano, os casos objeto da tutela são solucionados com a aplicação direta da boa-fé objetiva e do dever de *correttezza*.

²⁴⁴“Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” (BRASIL, Código Civil, 2002)

²⁴⁵ Esse aspecto é marcado por Cordeiro (1989, p. 845), segundo quem: “a justificação e a medida do *tu quoque* estão, pois, nas alterações que a violação primeiro perpetrada tenha provocado no sinalagma.” Ainda, a respeito, escreve Martins-Costa (2000, p. 461) que consiste na “regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído.” Esse adágio, conforme ela, traduz-se em uma das vertentes da teoria dos atos próprios, cuja outra vertente seria expressa pelo postulado do *venire contra factum proprium*, que já foi visto.

Ademais disso, tem também relevância no que diz respeito ao direito à indenização em razão da uma parte não ter cumprido a parte que lhe cabia e exigido o cumprimento da obrigação pelo outro.

Por outro lado, cumpre ressaltar que ela deve ser compreendida dentro do contexto da razoabilidade e proporcionalidade. Isso significa que não é qualquer inadimplemento de uma parte que legitimamente autoriza a outra a não realizar integralmente com a sua prestação. Deve ser um inadimplemento substancial e não apenas de pequena parte considerado o todo.²⁴⁶

Entende-se cabível sua aplicação em âmbito tributário, o que se faria possível de duas formas: a) na medida em que determina a antijuridicidade da conduta daquele que, sem cumprir a parte que lhe cabe na relação jurídica, exige da outra parte o integral cumprimento de seus deveres; e b) faz supor, ao inadimplir um dever que lhe cabia, que tolerará o inadimplemento de um dever de dimensões equivalentes pela outra parte²⁴⁷.

Embora em sua origem esteja a idéia de equilíbrio contratual, entende-se que tal fato não é impeditivo à sua aplicação no campo tributário. Seja porque o valor a ser promovido é o da lealdade mediante a coerência comportamental, seja porque, de certa forma, a idéia do sinalagma encontra-se também presente na relação jurídica tributária, considerando que as taxas e as contribuições de melhoria devem corresponder uma contraprestação específica por parte da Administração Pública.

²⁴⁶ Nesse sentido a teoria do adimplemento substancial, que encontra guarida na boa-fé objetiva por meio da função limitadora dos direitos subjetivos. Determina essa teoria que não se deve cogitar da resolução do contrato – da quebra do vínculo e libertação do credor – quando o devedor, tendo cumprido quase a totalidade da prestação a que estava obrigado, deixou somente de cumprir com uma pequena parte dela. Nesse caso, entende-se que não devem ser imputados ao devedor os efeitos da mora e que ao credor não cabe desobrigar-se de sua contrapartida, mas apenas cobrar o cumprimento final da prestação ou sua compensação. Inclusive, nesse caso, em razão da variação do conteúdo da relação obrigacional, não há que se aplicar o art. 389 do Código Civil, que determina a condenação em perdas e danos quando não cumprida a obrigação. Como exemplos têm-se o caso daqueles que pagam 55 de 60 parcelas do financiamento de um bem alienado fiduciariamente, seja imóvel ou móvel, quando ao credor restará o direito de cobrar a quantia faltante, mas não retomar o bem. Ou então, o caso do contrato de seguro, o qual não deve ser considerado resolvido quando apenas se deixa de pagar a última parcela do prêmio antes do sinistro (SANTOS, 2009, p. 226 e ss). E, por fim, cabe pontuar que a boa-fé objetiva lhe ampara porquanto considera o contexto social objetivamente: todos podem vir a perder seus empregos, ficarem doentes, ou terem gastos imprevistos em razão de óbito, divórcio ou outros. Assim, a conduta isolada de não adimplemento de parte da prestação em face de todas as demais condutas que se repetiram no sentido do adimplemento, deve ser relativizada, dando-se maior importância ao modo como a relação obrigacional se desenvolveu por toda a sua duração.

²⁴⁷ Afinal deve ser compreendida no contexto da razoabilidade, do que se extrai que não é qualquer inadimplemento de uma parte que legitima a outra a não realizar os seus deveres – principal, secundários ou de cooperação. Deve ser um inadimplemento substancial e não apenas de pequena parte considerado o todo.

Um caso que entende-se exemplificar sua aplicação é o julgado pelo **Recurso Especial 1338717/RN**²⁴⁸. Observa-se a presença da aplicação do *tu quoque*, isso é, da vedação do exercício de um direito quando não houve uma contraprestação devida, ou ainda, quando não se atuou para viabilizar o exercício desse direito, na seguinte colocação do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho: “Não se pode negar que o contribuinte deve ter conhecimento das normas que regem o parcelamento, no entanto, sabe-se que algumas normas, muitas vezes apresentam exigência complexa e de difícil constatação, o que ao meu sentir, não poderia ocasionar a sua imediata expulsão da moratória individual, sem lhe oportunizar a sua adequação [...]”.

2.2.6 Abuso de nulidade por motivos formais

O abuso da nulidade por motivos formais ocorre quando alguém voluntariamente adimple com uma obrigação que seria inexigível porque o negócio jurídico que lhe deu origem é ineficaz em razão de um defeito formal, caso em que o posterior ingresso de ação de nulidade pode ser considerado contrário à boa-fé. Assim, aquele que, apesar de conhecer o defeito de forma, cumpre com o negócio jurídico nulo, apesar do defeito, bem como aquele que aceita o cumprimento apesar do defeito conhecido, não pode depois colocar em dúvida ou impugnar a validade do negócio jurídico em razão daquele defeito.²⁴⁹

Consoante refere Luis Díez-Picazo (DIEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 22), consiste em outra forma de violação do princípio da boa-fé objetiva em razão do desrespeito ao dever de coerência comportamental advindo da lealdade que se deve manter nas relações jurídicas. Essa máxima impõe que é inadmissível a impugnação de validade de um ato jurídico que se sabia ser defeituoso, mas, ainda assim, com ele se concordou tacitamente (adimplindo a obrigação ou aceitando o adimplemento).

Poderia ser o caso de aplicar essa máxima, ao invés do *venire contra factum proprium*, nos casos de exclusão do parcelamento fiscal por ausência de expressa desistência de impugnação administrativa quando o contribuinte já encontra-se pagando há longa data as

²⁴⁸REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

²⁴⁹Essa regra é referida por Luis Díez-Picazo (DIEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977. p. 22) consoante se extrai de sua fala original: “*Cuando un negocio jurídico ineficaz a consecuencia de un defecto formal es voluntariamente cumplido, puede ser contrario a la buena fe ejercitar después la acción de nulidad. Quien, a pesar de conocer el defecto de forma, cumple el negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por la otra parte, no puede ya poner en duda ni impugnar la validez del negocio.*”

parcelas de forma regular. E isso pois nesse caso, apesar de o contribuinte não ter cumprido com um requisito formal legal, a Administração Fiscal, ao receber a quantia por longo período tacitamente concordou com a inclusão do contribuinte, pelo que não poderia posteriormente excluí-lo por mero vício formal no procedimento de inclusão. Nesse sentido, por exemplo, o Recurso Especial 1143216/RS²⁵⁰, já mencionado anteriormente.

2.2.7 Cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos

O *cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos contratuais* é hipótese em que a boa-fé objetiva atua moderando duas regras legais²⁵¹.

Embora a lei - no caso, os artigos 313²⁵² e 314²⁵³ do Código Civil - determine que o cumprimento da obrigação deva ser integralmente conforme o combinado, não podendo compelir-se o credor a receber um cumprimento parcial, a incidência da boa-fé pode vir a impor que seria desleal e portanto antijurídico a consideração da obrigação como inadimplida quando a parte ainda cabe ao devedor quitar for considerada exígua.

Da mesma forma, a boa-fé pode determinar uma moderação da regra de exigibilidade imediata da obrigação, conforme artigo 331 do Código Civil²⁵⁴, ao permitir uma ligeira ou insignificante transgressão de prazo (DÍEZ-PICAZO apud, WIEACKER, 1977. p. 22).

Parece possível a utilização dessa máxima no campo do Direito Tributário.

Nesse sentido, a incidência da boa-fé pode vir a impor que seria antijurídico, por violar o dever de lealdade, a consideração da obrigação como inadimplida quando a parte que ainda cabe ao devedor quitar for considerada exígua perto do todo já adimplido.

Ainda, a boa-fé pode incidir para fins de moderar uma regra contida em legislação tributária para permitir uma ligeira ou insignificante transgressão de prazo.

²⁵⁰ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

²⁵¹ Consoante as palavras de Luis Díez-Picazo (apud, WIEACKER, 1977. p. 22): “*Sin embargo la buena fe puede imponer que cuando la parte que al deudor le queda por cumplir sea exigua la rehusa del cumplimiento como parcial sea contraria a la buena fe. De la misma manera la buena fe puede imponer una moderación a la regla de la exigibilidad inmediata de la obligación ex Art. 1113 o permitir una ligera o insignificante transgresión del plazo.*”

²⁵² “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.” (BRASIL, Código Civil, 2002)

²⁵³ “Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.” (BRASIL, Código Civil, 2002)

²⁵⁴ “Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente.” (BRASIL, Código Civil, 2002)

A ressalva de sua aplicação consistiria, contudo, na incerteza sobre sua necessidade, já que, atualmente, cabe ao postulado da razoabilidade resolver esse tipo de problema jurídico. Por outro lado, da análise jurisprudencial observa-se que é comum a razoabilidade e a boa-fé acompanharem-se como fundamentos jurídicos decisórios, o que indica uma relação de reforço recíproco de sentido. Sob esse aspecto, seria positivo entender-se a boa-fé objetiva como possuindo mais essa hipótese de atuação em sua função de limitadora de direitos.

2.2.8 *Dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*

Finalmente, o *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset* é regra segundo a qual consiste em transgressão dos ditames da boa-fé a conduta daquele que exige o cumprimento de uma prestação quando deveria restituí-la ou devolvê-la imediatamente.²⁵⁵

Trata-se de máxima não muito disseminada de forma geral, o que dificulta a apresentação de exemplos fornecidos pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência²⁵⁶, contudo, considerada em sua essência, que revela a concretização da lealdade no sentido de que somente deve permanecer-se com o que é seu por direito, entende-se não haver óbice a sua aplicação no campo do Direito Tributário.

Os únicos julgados encontrados aplicando-se essa máxima são referentes à causas cíveis. No julgamento da Apelação Cível 2.0000.00.298992-6/000²⁵⁷ pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ela foi aplicada para fins de compensação de valores e no julgamento do Agravo de Instrumento 2.0000.00.381704-7/000²⁵⁸ procedeu-se à sua aplicação considerando-que que “não se afigura jurídico e equânime exigir-se do locador, como pressuposto da execução de despejo, o depósito prévio da indenização às benfeitorias, se o inquilino, comprovadamente, lhe é devedor de quantia muito maior por locativos atrasados. Hipótese em que as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

²⁵⁵Essa aplicação é realizada por Luis Díez-Picazo (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977. p. 23) nos seguintes termos: “*Contraviene los dictados de la buena fe el que reclama el cumplimiento de una prestación cuando debe restituirla o devolver la inmediatamente.*”

²⁵⁶Foram encontrados dois julgados cujo inteiro teor referia-se a essa máxima, ambos em julgamentos ocorridos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

²⁵⁷TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.298992-6/000, Relator(a): Des.(a) Edivaldo George dos Santos, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 22/02/2000, publicação da súmula em 18/03/2000.

²⁵⁸TJMG - Agravo de Instrumento 2.0000.00.381704-7/000, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 14/11/2002, publicação da súmula em 27/11/2002.

2.3 Função criadora de deveres jurídicos

No **papel de criadora de deveres jurídicos**, o princípio da boa-fé objetiva concretiza, através da imposição de deveres jurídicos de colaboração, o valor da lealdade nas relações jurídicas tributárias, o que ocorre a partir da premissa de que as partes devem, tanto uma, quanto a outra, cooperar a fim de seja alcançada a finalidade em razão da qual a relação jurídica se formou. Em outras palavras, para ser considerado cooperador e leal o comportamento das partes deve respeitar o conjunto de deveres de colaboração²⁵⁹ estabelecidos pelo ordenamento jurídico através da operatividade da boa-fé objetiva como princípio, os quais, por sua vez, são interpretados sob o prisma da boa-fé objetiva.

2.3.1 Considerações gerais

O princípio da boa-fé objetiva no **papel de criador de deveres jurídicos** se presta a concretizar o valor da lealdade sob a forma da imposição do dever de cooperação entre as partes para a consecução da finalidade em razão da qual existe aquela relação jurídica.

Ou seja, a partir da premissa de que as partes devem uma à outra o dever de colaboração a fim de atingir a finalidade em razão da qual a relação jurídica se formou, surgem deveres jurídicos a serem cumpridos pelos envolvidos na relação jurídica.²⁶⁰

Os deveres em questão são referidos por Judith Martins-Costa (2000, p. 438) como deveres instrumentais ou laterais, deveres acessórias de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela e por Clóvis do Couto e Silva como deveres “de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”²⁶¹.

Constituem eles categoria jurídica que se aloca em todas e cada uma das relações jurídicas obrigacionais se visualizadas pela perspectiva da boa-fé objetiva, isto é, como fenômeno complexo e como processo.

²⁵⁹Eles recebem da doutrina civilística o nome de deveres instrumentais ou laterais, deveres acessórios de conduta, deveres de proteção ou, ainda, deveres de tutela. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 438; SILVA, Clóvis do Couto e., 2007, p. 91 e ss).

²⁶⁰ Nesse sentido Carlos Alberto da Motta Pinto (1985, p. 281) frisa que consistem em “deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato [...]”.

²⁶¹ Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 91 e ss.) adota também a nomenclatura de deveres secundários, dizendo corresponder ao termo ‘*Nebenpflichten*’ em alemão, que é o utilizado para descrever os deveres instrumentais, laterais ou anexos, embora mencione e cite a existência das demais denominações. Cabe salientar que não se acredita ser a melhor porque a mesma nomenclatura é utilizada por outros para tratar de outra categoria jurídica – a dos deveres formativos referentes ao estado de sujeição – que também faz parte da relação jurídica conforme preza a boa-fé objetiva.

A doutrina ao seu respeito desenvolveu-se na Alemanha²⁶², no início do século XX, quando o conceito de obrigação como fenômeno simples foi reformado para ser compreendido como relação obrigacional complexa, composta por vários elementos jurídicos de diferentes naturezas jurídicas e não apenas pelo dever de prestação (principal e acessório).

Em outras palavras, a comunidade jurídica passou a entender que apenas o cumprimento dos deveres de prestação não seria capaz de satisfazer os interesses globais envolvidos na relação obrigacional. Para tanto, era necessário haver certas condutas dos partícipes da relação jurídica visando à cooperação das partes voltada ao alcance da finalidade da relação jurídica.

Afinal, como ressalta Rogério José Ferraz Donnini (2007, p. 123-124), “não há justiça social com a ruptura, numa relação jurídica, dos deveres acessórios, laterais ou anexos”, o que evidencia que tais deveres foram concebidos no intuito de se alcançar, por meio de tutela específica e concreta, o ideal da justiça nas relações jurídicas, finalidade última do princípio da boa-fé objetiva, bem como dos demais princípios atuantes no ordenamento jurídico.

Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 93), ensina que esses deveres “consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência”.

Por sua vez, Judith Martins-Costa (2000, p. 439-440 e 449, grifo do autor) sublinha, a seu respeito, que tais “deveres de adoção de determinados comportamentos”

[...] não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente [...] [são]variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação [...] por isso mesmo, não constituem elementos da relação contratual existente *ab initio* e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo. A sua concretização opera, sempre, conforme a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, [...].

Sobre seu **fundamento de aplicação**, Judith Martins-Costa (2004, p. 66) aponta como sendo três: cláusula contratual, dispositivo de lei ou incidência da boa-fé objetiva.

²⁶² Onde eles correspondem ao termo *Nebenflichten*, utilizado por Esser; *Schulzpflichten*, utilizado por Stoll; e *WeitereVerhaltenspflichten*, conforme Larenz, todos estes citados por Judith Martins-Costa (2000, p. 438).

Ainda, a respeito de sua **classificação**, tem-se que, considerando que seu conteúdo é caracterizado pela flexibilidade, não há como fixar em termos absolutos a sua amplitude, o que, todavia, não impede de se discriminar os principais.

Nesse intuito, Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 94-97) os divide em duas categorias: a dos deveres de indicação e esclarecimento e a dos deveres de cooperação e auxílio. Os primeiros consistem no dever de tornar clara à outra parte da relação jurídica certa circunstância – relevante, por óbvio – de que ela tenha conhecimento “imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente”, enquanto que os segundos abrangeriam todos os deveres imprescindíveis para que a finalidade da relação seja alcançada, pois se tratam de pré-requisitos implícitos ao adimplemento integral da obrigação.

Não obstante, é comum que a doutrina privatística brasileira – e também parte da portuguesa – apresentem a classificação dos deveres anexos de conduta trazendo à luz a bibliografia germânica²⁶³, na qual são divididos em seis grupos: (a) os deveres de cuidado, previdência e segurança²⁶⁴; (b) os deveres de aviso e esclarecimento²⁶⁵; (c) os deveres de informação²⁶⁶ e o dever de prestar contas²⁶⁷; (d) os deveres de colaboração e cooperação²⁶⁸;

²⁶³ Por exemplo, Martins (2008, p. 229) e Santos (2009, p. 216 e 240) adotam a classificação de Martins-Costa (2000, p. 439), a qual utiliza-se da tipologia adotada por Costa (2004, nota 1, p. 67-68) e de Motta Pinto (1985, p. 278-288). Estes, por seu turno, fazem uso da classificação da doutrina alemã proposta por Siebert/Knopp, in *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 10. Ed., Stuttgart/Berlin/Mainz, 1967, v. II, Schuldrecht, I (§§ 241-610).

²⁶⁴ Os deveres de cuidado, previdência e segurança dizem respeito a zelar pela preservação do objeto da prestação principal, no sentido de que tal conduta revela-se um pressuposto lógico para o adimplemento da mesma, posto que na ausência do objeto que consiste em seu conteúdo, esse ficará vazio. Como exemplo tem-se o dever do depositário de acondicionar a coisa até que a entregue a quem de direito e não apenas guardá-la de qualquer forma. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439).

²⁶⁵ Os deveres de aviso e esclarecimento determinam que uma parte deve, sempre que possível, avisar a outra sobre os riscos e possibilidades que o negócio envolve, isto é, não deve ser criada uma falsa expectativa, seja de forma direta ou, principalmente, indireta, cabendo deixar claro o custo/benefício envolvido no contexto. É o caso, por exemplo, do dever que o advogado tem de aconselhar o seu cliente sobre as opções em termos de procedimentos e ações judiciais para que ele alcance o seu intuito; do dever do consultor financeiro de apresentar não apenas as possibilidades de ganho dos investimentos propostos, mas também as de prejuízo, isso é do risco envolvido na operação; do dever do médico de esclarecer o paciente quanto aos efeitos colaterais a que estão sujeitos os tratamentos existentes para a sua doença; e do dever do administrador e vendedor ao travarem negócios jurídicos de avisar a outra parte de todos os dados substanciais para formação de sua vontade, e não apenas daqueles que convém à conclusão do negócio jurídico conforme eles desejem. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439).

²⁶⁶ Os deveres de informação consistem também no aviso e esclarecimento da outra parte quanto aos dados essenciais que a prestação principal envolve; todavia, diferenciam-se dos deveres de aviso e esclarecimento porque são considerados não em relações entre partes determinadas, mas quando o outro polo da relação não é definido em razão da natureza da prestação principal. É o notório caso das relações de consumo, sendo que, nesse caso específico, tais deveres derivam não apenas da boa-fé objetiva, mas também da positividade dos mesmos, no espírito daquela, no Código de Defesa do Consumidor, nos moldes dos artigos 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31.

²⁶⁷ Aplicável aos gestores e mandatários (sentido amplo) (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439).

²⁶⁸ Os deveres de colaboração e cooperação refletem as condutas omissivas – não fazer ou abster-se – relacionadas ao correto adimplemento da prestação principal.

(e) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte²⁶⁹; e (f) os deveres de omissão e de segredo²⁷⁰.

Ademais disso, há também a classificação realizada por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 603 e ss.) em três grandes grupos: (a) deveres de proteção²⁷¹, (b) deveres de esclarecimento²⁷² e (c) deveres de lealdade^{273, 274}.

Nesse trabalho a abordagem do assunto, dentro do campo do Direito Tributário, se dará com foco em três aspectos: o cabimento da aplicação dessa função tanto à Administração quanto ao administrado, os tipos de deveres que surgem da aplicação dessa função, e da relação entre as obrigações tributárias acessórias e os deveres jurídicos advindos da aplicação da boa-fé objetiva²⁷⁵.

Ainda, importa pontuar que se adota neste trabalho o termo “deveres de cooperação” como gênero que compreende todos os demais deveres de conduta que tem como fonte o princípio da boa-fé objetiva.

²⁶⁹ Os deveres de proteção e cuidado versam sobre as precauções que devem circundar a relação jurídica a fim de diminuir os riscos de segurança e saúde da pessoa envolvida bem como os riscos de segurança afetos a seu patrimônio. É o caso do planejamento de prédios para diminuir os acidentes, de salas de cinema com os cuidados para saídas emergenciais e de hotéis quanto a cofres para os pertences de valor de seus hóspedes.

²⁷⁰ E os deveres de omissão e de segredo, finalmente, consistem no dever que uma pessoa tem de omitir informações às quais teve acesso em razão de uma relação jurídica em que se esteve envolvida, mas que não devem ser compartilhados, pois, caso contrário, poderiam causar danos aos demais envolvidos, na mesma ou em outra relação jurídica.

²⁷¹ Os **deveres acessórios de proteção**, conforme Cordeiro (1997, p. 604), determinam que “[...] as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.”

²⁷² Os **deveres acessórios de esclarecimento**, por seu turno, nas palavras de Cordeiro (1997, p. 605), “obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de que todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual possam advir”. O autor refere que o campo de maior incidência de tais deveres acessórios seria o dos contratos de prestação de serviços médicos. Mas ressalva que outros contratos também comportam deveres de esclarecimento (CORDEIRO, 1997, p. 605). Nelson Rosenthal (2005, p. 109) salienta que tais deveres não são absolutos, mas limitam-se dentro da razoabilidade e proporcionalidade, pois a informação a ser prestada é somente a que represente um interesse objetivamente justificado, não sendo abrangidos os fatos notórios, já que a diligência deve caracterizar não apenas a conduta do outro, mas também a própria.

²⁷³ Os **deveres acessórios de lealdade**, por fim, consoante exposto por Cordeiro (1997, p. 606-607), “[...] obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ela consignado. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de atuação positiva. A casuística permite apontar, como concretização desta regra, a existência, enquanto um contrato se encontra em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face a elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vista a preservar o objetivo e a economia contratuais. Estes deveres não de imputar-se à boa-fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato considerado.”

²⁷⁴ Essa classificação é a adotada por Murilo Rezende dos Santos (2009, p. 246 e ss). Apesar de citar a classificação de Judith Martins-Costa, que por sua vez se reporta à doutrina germânica, ao tratar sobre cada um dos deveres laterais, o faz discorrendo sobre as três espécies citadas por Cordeiro.

²⁷⁵ Nesse sentido a dissertação de mestrado intitulada “Da natureza jurídica das obrigações tributárias acessórias conforme a boa-fé objetiva” (LEOPOLDO, 2012).

2.3.2 Da obrigatoriedade de lei para imposição de deveres ao administrado

Por sua vez, o segundo comentário diz respeito a uma questão que diferencia a aplicação desta função no âmbito do Direito Civil e do Direito Tributário, qual seja, a possibilidade de ser fonte de deveres de conduta exigíveis para ambas as partes da relação jurídica sem respaldo em legislação tributária.

Embora o Código Tributário Nacional, no artigo 113, § 2º, determine que as obrigações tributárias acessórias decorrem da legislação tributária, termo esse definido pelo artigo 96 do mesmo diploma legal como sendo expressão que “compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”, deve ser atribuído ao dispositivo legal interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

Há comando constitucional no artigo 5º, inciso II, que estabelece como direito fundamental dos administrados somente serem obrigados a fazer algo em virtude de lei. Assim, a norma advinda do artigo 113, § 2º, somente se legitima perante o ordenamento jurídico na medida em que respeite os limites constitucionalmente previstos para atuação estatal, do que se conclui que as espécies legislativas previstas no artigo 100 do Código Tributário Nacional não encontram-se aptas a instituir deveres jurídicos e, conseqüentemente, punições em caso de descumprimento, aos administrados. Esse papel cabe somente à lei.

Portanto, parece imperioso concluir que essa função do princípio da boa-fé objetiva como fonte criadora de deveres jurídicos de conduta não se aplica aos administrados, mas somente à Administração Pública, contra a qual não há qualquer vedação a respeito.

Nesse sentido o entendimento esboçado no **Recurso Especial 1038724/RJ**²⁷⁶, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça e que analisava a exclusão de um contribuinte do REFIS porque foi constatado que não houve desistência expressa de procedimento tributário do contribuinte que tramitava no contencioso administrativo.

Na origem, foi impetrado mandado de segurança em face de ato do Delegado da Receita Federal do Estado do Rio de Janeiro e Delegado Adjunto que excluiu a pessoa jurídica impetrante do REFIS.

A análise jurídica na corte superior teve como foco, conforme fixado pelo Ministro Relator, “a questão de verificar se a desistência de recurso administrativo, que impede o deferimento da concessão do parcelamento ao contribuinte, pode motivar sua exclusão do programa”.

²⁷⁶REsp 1038724/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 25/03/2009.

O fundamento jurídico da decisão no sentido de manter o contribuinte no programa de parcelamento foi o princípio da legalidade, traduzido nas palavras do Ministro Relator Luiz Fuz na “evidente ausência de norma jurídica para tanto”, pois analisando-se o artigo 5º da Lei nº 9.964/2000, a qual versa sobre o REFIS, concluiu que a não desistência de processo administrativo fiscal não constitui motivo legal para a exclusão do contribuinte do referido programa de parcelamento.

Contudo, foi também analisada outra questão, periférica, referente à carência de competência legislativa de instrução normativa para impor deveres ao administrado. E isso pois o artigo 5º da Instrução Normativa 43/00, editada pela Receita Federal, determinava que a informação de desistência de ações judiciais, impugnações e recursos administrativos na Declaração Refis seria somente indicativa, devendo ser formalizada em requerimento, no caso de desistência de impugnação ou de recurso, ou em petição no processo, no caso de ações judiciais.²⁷⁷

Nesse contexto, asseverou o Ministro Luiz Fux que **“somente a lei ordinária poderia estabelecer obrigações e penalidades ao administrado”** (grifo nosso). Complementou, ainda, que “no mesmo sentido, as obrigações acessórias previstas no art. 113 do CTN não representa uma outorga ampla às normas infralegais, com permissão para que sejam produzidas obrigações acessórias e até punitivas, ao arripio da Lei.”²⁷⁸

Dessa forma, foi confirmado o entendimento adotado no julgamento em segundo grau, cujo extrato da ementa do aresto do Tribunal Regional Federal da 2ª Região referia: “Impossibilidade da Instrução Normativa 43/00, a pretexto de viabilizar a aplicação da lei, estabelecer novas exigências atinentes à admissão do contribuinte no Programa de Recuperação Fiscal, em regulamentação que extrapola o conteúdo da lei”.²⁷⁹

Não obstante, também merece destaque a respeito à manifestação do Supremo Tribunal Federal na ocasião em que o Tribunal Pleno apreciou o pedido liminar realizado no

²⁷⁷ “Art. 5º A informação de desistência de ações judiciais, impugnações e recursos administrativos na Declaração Refis terá efeito apenas indicativo, não eximindo o contribuinte de formalizar o pedido de desistência da ação judicial ou do contencioso administrativo, no prazo a que se refere o art. 2º desta Instrução Normativa. §1º A desistência de impugnação ou recurso, no âmbito administrativo, será formalizada em requerimento que deverá ser apresentado à unidade da SRF com jurisdição sobre o domicílio fiscal da pessoa jurídica optante. §2º A desistência da ação judicial deve ser peticionada perante a autoridade judicial, na forma da legislação vigente e das instruções editadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN.”

²⁷⁸ REsp 1038724/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 25/03/2009.

²⁷⁹ Processo: Nº 0022933-27.2002.4.02.5101 (TRF2 2002.51.01.022933-0) XII - APELACAO EM MANDADO DE SEGURANCA (AMS /50102) - AUTUADO EM 16.05.2003 PROC. ORIGINÁRIO Nº 200251010229330 JUSTIÇA FEDERAL RIO DE JANEIRO

Agravo Regimental interposto na **Ação Civil Originária 1098 /MG**²⁸⁰, pois foi abordada a questão da necessidade de lei em sentido formal e material para o surgimento da obrigação tributária acessória e considerando o entendimento majoritário, foi dado provimento ao recurso de agravo, vencido o Ministro Joaquim Barbosa, para suspender a exigibilidade de obrigações acessórias fiscais de um Estado da Federação em relação à União, as quais foram impostas por Ato Normativo da Secretaria da Receita Federal e não por lei em sentido estrito.

A decisão restou assim ementada:

EMENTA: OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA - SURGIMENTO POR FORÇA DE INSTRUÇÃO DA RECEITA FEDERAL - RELEVÂNCIA DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA E RISCO DE MANTER-SE O QUADRO COM PLENA EFICÁCIA. Ante o disposto no artigo 113, § 2º, do Código Tributário Nacional, a exigir lei em sentido formal e material para ter-se o surgimento de obrigação tributária, ainda que acessória, mostra-se relevante pedido de tutela antecipada veiculado por Estado, visando a afastar sanções, considerado o que previsto em instrução da Receita Federal.

A ação cível originária foi ajuizada pelo Estado de Minas Gerais com pedido de antecipação dos efeitos de tutela no intuito de: (a) garantir a dispensa dos órgãos públicos estaduais da obrigação de apresentar a Declaração de Débito e Créditos de Tributos Federais (DCTF), imposta pelo artigo 4º, inciso III, da Instrução Normativa/SRF 695/2006 expedida pela Secretaria da Receita Federal; e (b) assegurar que a União se abstenha de adotar sanções em virtude da não apresentação do documento.

Os fundamentos jurídicos da pretensão, consoante fixados pelo Ministro Relator do caso, o Ministro Joaquim Barbosa, foram três: (a) as normas disciplinadoras da DCTF por instituírem obrigação tributária acessória que prevê a restrição de direito violam a garantia prevista no artigo 5, inciso II, da Constituição Federal; (b) falta de respaldo legal da Instrução Normativa impugnada na medida em que os regulamentos em geral não podem conter normas *contra legem* ou *ultra legem*, devendo limitar-se a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração sendo-lhes vedado inovar na ordem jurídica; e (c) a Instrução Normativa ora combatida desigualou os órgãos públicos porquanto ofereceu distinção de tratamento entre os órgãos públicos federais e os órgãos públicos estaduais e municipais.

Como o Ministro Relator Joaquim Barbosa indeferiu o pedido da medida liminar, foi interposto agravo regimental requerendo a reconsideração da decisão agravada.

²⁸⁰ ACO 1098 AgR-TA, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2009, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00035.

Em seu voto no julgamento do agravo regimental, o Ministro Relator Joaquim Barbosa se referiu à DCTF como “típica obrigação acessória, também chamada de dever instrumental. [...] O objetivo da DCTF é aparelhar a atividade de fiscalização e arrecadação do Estado em relação a dez tributos federais ou respectivas modalidades de arrecadação [...]” Seu entendimento foi no sentido de que, diferentemente das obrigações principais que somente poderiam ser válidas se previstas em texto de lei em sentido estrito, as obrigações acessórias não se revestiam dessa exigência. Nesse sentido, suas palavras: “Quanto à regra da legalidade, pondero que a obrigatoriedade da veiculação do dever instrumental em lei não alcança o estabelecimento dos detalhes e peculiaridades encilares relativos à forma de cumprimento da obrigação acessória. Dados como quais informações devem ser prestadas, a organização do formulário, se o envio deve ser feito em papel ou meio eletrônico, a periodicidade da prestação, etc., não possuem densidade normativa suficiente para demandar, obrigatoriamente, a respetiva previsão em lei em sentido estrito.” Fundamentou seu entendimento no artigo 16 da Lei 9.779/1999, que dispõe que “compete à Secretaria da Receita Federal dispor sobre as obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições por ela administrados, estabelecendo, inclusive, forma, prazo e condições para o seu cumprimento e o respectivo responsável.”

Contudo o **Ministro Marco Aurélio**, Relator para o acórdão pois o Ministro Relator Joaquim Barbosa foi voto vencido, se manifestou no sentido de prover o agravo regimental para deferir a liminar a fim de afastar a aplicação de sanções pelo descumprimento da Instrução Normativa. Entre os argumentos jurídicos levantados encontra-se o de que **entendeu verossímil a alegação do Estado de Minas Gerais “considerado o que se contém na Lei Complementar que é o Código Tributário Nacional”, pois se apontou na inicial que a Receita Federal teria criado obrigação tributária acessória para o Estado quando a “obrigação que o artigo 113, §2º, do Código Tributário Nacional remete a lei – em sentido formal e material – e não a simples instrução da Receita Federal”** o que tinha ainda como efeito “[...] criar verdadeiro tratamento discriminatório, no que entidades públicas federais não estariam a tanto compelidas”. Então, concluiu que a situação concreta demandava que o poder de cautela insito ao Judiciário afastasse a possibilidade de em caso de não cumprimento, ressaltou, não da Lei Complementar, mas da Instrução Normativa da Receita, o Estado acabar por sofrer sanções. (Grifo nosso)

A questão da obrigatoriedade ou não da apresentação da declaração em si não foi objeto das demais manifestações a que se seguiram, que se focaram na questão da aplicação ou não de sanção em caso de descumprimento. O fato é evidenciado pelo diálogo

travado entre os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, em que o primeiro perguntou se o segundo não estaria a, em seu entendimento, afastar a obrigatoriedade da apresentação da declaração em si, ao que sobreveio a resposta de que ele estaria apenas afastando a obrigatoriedade da declaração em si, tendo nesse sentido o Ministro Joaquim Barbosa referido que nesse aspecto concordava, ressalvando que a questão da isonomia deveria levar em conta que os órgãos federais tinham a mesma obrigação acessória objeto de análise, só que a sua operabilidade ocorria através de um programa federal SIAFI que servia a prestar tais informações.

Contudo, o Ministro Marco Aurélio ressaltou em comentário que se seguiu que a lide cingia não apenas à questão do tratamento isonômico órgãos federais e estaduais, mas também sobre a questão de que “a matéria seria reservada não à Receita, mediante instrução normativa, mas à lei, pelo Código Tributário Nacional.”

O Ministro Carlos Britto²⁸¹, ponderando que a análise estava ocorrendo em sede cautelar, o que evidenciava que o poder de cautela estava sendo “exercido numa situação de mescla da urgência do pedido e da inviabilidade de um aprofundamento analítico do caso”, acompanhou a divergência do Ministro Marco Aurélio sob o fundamento de que tal posição concretizaria o princípio democrático, não abordado a questão da obrigatoriedade ou não de veiculação de obrigações tributárias acessórias por meio de lei em sentido estrito.

No debate jurídico desenvolvido, o Ministro Cezar Peluso alertou que o afastamento da sanção estava a gerar um problema sério referência à inutilidade do indeferimento da liminar na medida em que se ela fosse deferida para o Estado de Minas Gerais continuar a ser obrigado a aprestar a declaração, mas fosse suspensa a pena cominada, não haveria qualquer consequência para sua não apresentação, isso é, o indeferimento da liminar “noutras palavras, é inútil”.

O Ministro Ricardo Lewandowski, então, se posicionou pelo deferimento integral da liminar, “não apenas para afastar as sanções, mas para também que ele não seja obrigado a apresentar essa declaração até o julgamento do mérito” considerando o argumento levantado pelo Ministro Marco Aurélio “no sentido de que há possibilidade de que esta regulamentação de caráter infra legal possa ter infringido a própria lei que regulamenta o assunto, a lei complementar”, do que se depreendia a presença do *fumus boni juris* e do

²⁸¹Suas palavras quanto à intervenção do Ministro Marco Aurélio foram as de que ela “significa fortalecer os laços federativos, ou seja, proteger os entes periféricos da Federação, num movimento típico da democracia, que é ascendente e não descendente. Numa democracia, o fluxo de poder vem de baixo para cima e não de cima para baixo.”

periculum in mora em face da possibilidade de o Estado sofrer sanções se não apresentasse o documento.

Às considerações realizadas pelo Ministro Cezar Peluso e pelo Ministro Ricardo Lewandowski, aderiu o Ministro Marco Aurélio. Somaram-se a eles, concedendo totalmente o deferimento da liminar, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia, tendo se manifestado divergentemente apenas o Ministro Relator Joaquim Barbosa.

Cabe ressaltar, porém que até o momento o mérito da Ação Civil Ordinária não foi objeto de julgamento, tendo sido os autos conclusos ao Relator em 27 de maio de 2010, sendo o último movimento registrado o de substituição do Ministro Relator, em 26 de junho de 2013, nos termos do artigo 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Roberto Barroso.

Dessa forma, embora não seja possível asseverar cabalmente a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da obrigatoriedade ou não da previsão das obrigações acessórias por meio de lei formal e material, possível afirmar que o Ministro Marco Aurélio já sinalizou sua posição nesse sentido a favor da tese da obrigatoriedade.

2.3.3 Dos tipos de deveres acessórios

De forma apenas exemplificativa, podem ser listados os seguintes deveres de cooperação exigíveis da Administração Pública no exercício da atividade fiscal:

(a) Dever de fiscalizar

Embora a boa-fé objetiva não tenha sido utilizada como único fundamento nos arestos abaixo, observa-se o reconhecimento do dever do Estado de fiscalizar o cumprimento das determinações legais de fazer e não fazer pelo administrado antes de incluí-lo em programas de benefícios fiscais, não se entendendo legítimo posteriormente, por violação aos deveres de cooperação da boa-fé objetiva, rever os atos administrativos que beneficiaram os administrados.

No **Recurso Especial 1038724/RJ**²⁸², o Relator Ministro Luiz Fux, discorrendo sobre as razões pelas quais entendia que certo contribuinte deveria ser mantido no programa de parcelamento conhecido como REFIS, do qual fora excluído em razão da

²⁸²REsp 1038724/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 25/03/2009.

constatação da falta de desistência expressa pelo contribuinte de recurso administrativo sobre crédito incluído no benefício fiscal, referiu que “falhou o Fisco no seu dever de auditoria dos débitos fiscais passíveis de adesão ao REFIS”.

Também no **Recurso Especial 1338717/RN**²⁸³, no qual discutiu-se a reinclusão ou não dos débitos de contribuinte ao programa de parcelamento especial (PAES), os quais haviam sido excluídos pela Receita da Fazenda por ausência de expressa renúncia em processo administrativo em que se discutia o crédito devido, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho justificou sua decisão a favor da reinclusão do contribuinte nos seguintes termos:

“Ressalta-se, ainda, que embora haja previsão legal determinando que o interessado em aderir ao parcelamento deva *desistir expressamente e de forma irrevogável de impugnações administrativas ou ações judiciais*, **caberia à parte exequente fiscalizar se o contribuinte cumpriu as exigências da lei e não conceder a moratória e depois excluí-lo sem oportunizar o ajuste.**” (Itálico do autor e negrito nosso)

No mesmo sentido, nota-se a exigência de que a Administração Pública atuar eficientemente em sua função fiscalizadora sob pena de não poder posteriormente suspender efeitos de atos já praticados sob pena de que não encontravam-se plenamente presentes os requisitos autorizadores, no julgamento da Apelação, em regime de reexame necessário, no **Mandado de Segurança 2005.71.02.004120-4/RS**²⁸⁴, pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4 Região, cuja ementa ressaltou que: “**A administração deve zelar pela observância dos prazos criados em favor do administrado**, a fim de dar concretude aos princípios que guiam o procedimento da administração pública, notadamente os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, do interesse público e da eficiência.” (Grifo nosso).

(b) Dever de transparência e de informação consistente clara

No **Recurso Extraordinário 131741-8/SP**²⁸⁵, que teve origem em razão de contradição da informação prestada pelo Fisco Estadual de São Paulo quanto ao momento da

²⁸³REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

²⁸⁴TRF4, APELREEX 2005.71.02.004120-4, PRIMEIRA TURMA, Relator JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 05/08/2008.

²⁸⁵ Ementa: TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta à consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se lhe a

incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, tendo sido fornecidas na segunda consulta formal realizada pelo contribuinte resposta diametralmente oposta àquelas fornecida na primeira consulta, , observa-se que a confiança mútua que deve caracterizar a relação jurídica entre o Estado e o contribuinte inclui o dever da Administração Pública de fornecer informações corretas e não inconsistentes em face da informação dada a outros contribuintes.

Nesse diapasão, entendeu-se que o equívoco na prestação de informações, ou seja, a violação do dever de prestar informações consistentes e claras repercute na responsabilização da Administração Pública pelos danos que do equívoco advierem.²⁸⁶

Ainda, na análise do Recurso Especial **1143216/RS**²⁸⁷ o Ministro Luiz Fux, ao explicar as razões jurídicas pelas quais entendia que o contribuinte deveria ser mantido no programa de parcelamento conhecido como PAES apesar de não ter desistido formalmente de impugnação administrativa apresentada dois dias antes de sua adesão ao programa de parcelamento, salientou que em razão da aplicação da boa-fé objetiva “ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na **ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos** [...]” (grifo nosso).

2.3.4 Das obrigações tributárias acessórias como deveres acessórios

Ainda, importa referir que se entende que as “obrigações tributárias acessórias” consistam na manifestação da boa-fé objetiva em sua função de criadora de deveres de cooperação.

Por certo que nesse caso os deveres em questão têm sua força normativa direta resultante da aplicação de uma regra legal, já que o parágrafo segundo do artigo 113 do Código Tributário Nacional determina que “a obrigação acessória decorre da legislação

responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

²⁸⁶ Nesse sentido o voto do Ministro Relator Marco Aurélio de que o caso deveria ser paradigmático “no tocante à necessidade de adotar-se postura que estimule os contribuintes a acionarem o instituto da consulta e, ao mesmo tempo, atribua à Administração Pública uma maior responsabilidade ao respondê-las”, afinal “de duas, uma: ou a Administração Pública não está compelida a atuar no âmbito da consultoria, ou está e, claudicando, pouco importando o motivo, assume os danos que tenha causado ao contribuinte”, tendo sido arrematado, ao final, que “o que não se concebe é que, diante da normatividade da matéria, fique a Administração Pública, na hipótese de equívoco – que, afinal, para ela implicou inegável vantagem – deixe de indenizar aquele que sofreu o correspondente prejuízo”.

²⁸⁷ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

Porém, isso não significa que não sejam fruto da incidência do princípio da boa-fé objetiva, atuando esta como suporte normativo de tais regras.

Afinal, foi por meio da edificação da doutrina da boa-fé objetiva que essa categoria jurídica ganhou forma e corpo científico, ou, em outras palavras, alcançou sistematização através de elementos estruturais objetivos aptos a distingui-la de outras categorias jurídicas no rol dos deveres jurídicos.²⁸⁸²⁸⁹

Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2000, p. 449) menciona que consistem “[...] de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé [...]” e Carlos Alberto da Motta Pinto (1985, p. 281) refere que representam “deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato”.

Ademais disso, fica nítida a natureza das obrigações tributárias acessórias como deveres de cooperação considerando os elementos estruturais diferenciais desses: a) São deveres cogentes²⁹⁰; b) podem existir de forma independente à prestação principal²⁹¹; c) são deveres que não se encontram orientados de forma direta ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais (atributo que os diferencia dos deveres de prestação secundários ou

²⁸⁸ Para Murilo Rezende dos Santos (2009, p. 245), o nascedouro dos “deveres acessórios de conduta” seriam os princípios da solidariedade e cooperação, os quais, parece, se confundem com a essência da boa-fé objetiva.

²⁸⁹ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1989, p. 602) entende que a origem dos mesmos liga-se aos casos de violação positiva do contrato, isto é, quando apesar da prestação principal ter sido adimplida, não se deve considerar a relação obrigacional adimplida porque houve uma ação ou omissão reprovável, o que prejudicou o resultado final que se pretendia com a relação jurídica. Entretanto, parece que se tem aqui uma causa concreta mas não uma origem dogmática.

²⁹⁰ E isso porque, como em todo dever, há para eles a possibilidade de imposição de uma sanção em caso de seu descumprimento. Tal atributo lhes coloca dentro do grande gênero jurídico dos deveres jurídicos. Nesse sentido, por exemplo, expressamente Santos (2009, p. 242) e Marques (2002, p. 182).

²⁹¹ Em outras palavras, é possível situarem-se autonomamente em relação à prestação principal, conforme pontua Judith Martins-Costa (2000, p. 438). Esse atributo se deve a sua finalidade ser autônoma, isto é, não ser a mesma da obrigação principal. Nos dizeres de Murilo Rezende dos Santos (2009, p. 257), “entende-se que, não obstante estejam cumpridas as obrigações principais, os contratantes devem abster-se de condutas que possam colocar em risco ou prejudicar o fim do contrato, bem como praticar os atos necessários, e que dependam dele, para que a prestação mantenha útil à contraparte.” Como bem ensina o professor Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 96-97), há deveres instrumentais, formais ou anexos que são dependentes e outros independentes, conforme a possibilidade de acioná-los independentemente ou não da prestação principal, sendo que os dependentes seriam pertencas da obrigação principal (porque sua finalidade seria a mesma, assim seu descumprimento acarretaria também o do dever principal e por isso não teriam racionalidade própria) e os independentes alçariam essa posição porque têm fim próprio, diverso daquele da obrigação principal. E, sobre quais seriam dependentes e quais independentes, Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 97) pontua que não seria possível dizer de antemão, porque isso dependeria do exame de cada um dos deveres no desenvolvimento da relação obrigacional. Contudo, ele ressalva (2007, p. 96-97) que todos dependem da obrigação principal para seu nascimento, o que deve ser entendido no sentido de que existem não se justificando em si a sua existência, mas para servir a um fim maior, que é representado pela obrigação principal. Por fim, tal entendimento ganha adesão, também, de Raphael Manhães Martins (2008, p. 227).

acessórios)²⁹²; d) o conteúdo e a intensidade dos deveres de conduta anexos são variáveis conforme o contexto da relação jurídica e os nela envolvidos²⁹³; e) são deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor²⁹⁴; f) podem se estender a terceiros, isto é, pessoas não envolvidas diretamente na prestação principal podem ser sujeitos passivos²⁹⁵; g) não tem conteúdo econômico apreciável, já que consubstanciados em condutas instrumentais e não de prestação²⁹⁶; h) nascem sem intenção fixada na extinção, isto é, são perenes e não transitórios por natureza, tendo em vista a finalidade a que se prestam, como antes já mencionado.

2.4 Função Interpretativa

2.4.1 Entendimento Doutrinário no Direito Civil

²⁹² Seu propósito é, consoante Judith Martins-Costa (2000, p. 440), zelar pelo “exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”. Partilhando do mesmo ponto de vista, Raphael Manhães Martins (2008, p. 28), para quem os deveres laterais também não são orientados diretamente ao cumprimento do dever principal da prestação, mas “seu papel é auxiliar a realização positiva do fim da relação obrigacional, principalmente protegendo as pessoas envolvidas ou os bens da outra parte da relação contra os riscos de danos concomitantes”.

²⁹³ Contudo, isso não impede que seu conteúdo seja identificado em certo momento, no caso concreto (como, aliás, tipo da boa-fé objetiva), pois existem potencialmente desde o nascimento da relação obrigacional. Apenas significa que, a depender do momento e desenvolvimento dela, isto é, dos aspectos concretos do caso, o conteúdo dos deveres laterais pode variar em conteúdo e mesmo intensidade. A esse atributo, Judith Martins-Costa (2000, p. 449 e 450) nomina proteiformicidade e transformicidade e, como exemplo, refere que é diferente o conteúdo do dever de informação a depender do nível de esclarecimento das pessoas envolvidas. Ainda a respeito, discorre Raphael Manhães Martins (2008, p. 28) que “é possível saber qual a resposta - qual o standard de conduta - que é exigido do sujeito em cada situação, sendo necessário, para tanto, apenas recorrer ao que a doutrina denominou de ‘chave dos deveres laterais’, isto é, o fim da obrigação”. E, também, Carlos Alberto da Motta Pinto (1985, p. 348 e 349), segundo quem é de se considerar como “não existindo, pois, desde o início, em número e com um conteúdo fixo, dependendo o seu surgimento e a sua superação da situação material concreta, como emanações do princípio da boa-fé, segundo o fim do contrato, carecendo dum fim próprio, diverso do auxílio à consecução do interesse contratual e do impedimento de consequências laterais indesejáveis”.

²⁹⁴ É a posição que se encontra, por exemplo, na doutrina de Judith Martins-Costa (2000, p. 439), que menciona que “[...] se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”, bem como no artigo de Raphael Manhães Martins (2008, p. 227), o qual comenta que essa característica se deve à independência, que é atributo de sua categoria jurídica, bem como que os deveres recíprocos ocorrem em “*proporções diferentes*” com relação ao credor e ao devedor.

²⁹⁵ A não ser que se entenda, como Teresa Negreiros (2006, p. 233-234), que no conceito de parte possam ser incluídas aquelas pessoas que apesar de não envolvidas na prestação principal estejam sujeitas a serem por ela afetadas. Essa característica é, também, mencionada por Raphael Manhães Martins (2008, p. 227). Inclusive, encontra-se esse atributo de certa forma positivado do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 17 (“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”), quando se estende a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço a todos os que forem vítimas do dano gerado pela falta do dever de proteção, informação ou, ainda, de outra espécie.

²⁹⁶ E, ainda quando descumpridos, os deveres de cooperação não adquirem qualidade de patrimonial, porquanto não há como convertê-los em pecúnia proporcional ao seu conteúdo em razão de este carecer de valor pecuniário apreciável.

A função interpretativa²⁹⁷ é a função mais conhecida da boa-fé objetiva, consoante Judith Martins-Costa (2000, p. 428), porém observa-se também da análise doutrinária a respeito que é a aquela em que menos se encontra exposição clara e consenso sobre a forma como seja aplicada²⁹⁸.

Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 35) menciona que “não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”, salientando que “tal interdependência manifesta-se mais intensamente nos sistemas que não consagram o princípio da boa-fé, quer como dispositivo de ordem geral, dentro do direito civil, quer como norma geral, dentro do campo mais restrito do direito das obrigações”.

Contudo, o que se nota em sua explicação sobre a relação que entende haver entre o processo hermenêutico e a boa-fé é que, no seu ponto de vista, embora muitas vezes seja difícil “determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora” esses dois fenômenos não devem ser confundidos, pois “o rigor científico exige a separação entre as hipóteses da interpretação integradora e da concreção do princípio da boa-fé, o qual tem vigência mesmo como norma não escrita” (SILVA, 2007, p. 36).

Nesse sentido, procura o autor (2007, p. 33-36) explicar que o processo hermenêutico deve ser compreendido como o ato de “conferir junta medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de um a oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado”.

A confusão nos limites de aplicação do processo hermenêutico e da boa-fé²⁹⁹, contudo, se atribui ao fato de que através daquele, considerado como a interpretação da vontade, “é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração”, o que também é uma das funções da aplicação do princípio da boa-fé, o qual, nas palavras de Clóvis do Couto e Silva “revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e

²⁹⁷ Também chamada de função hermenêutico-integrativa por Judith Martins-Costa (2000, p. 428 e ss.).

²⁹⁸ Nesse sentido, a observação de Teresa Negreiros (1998, p. 224) ao tratar do princípio da boa-fé como cânone interpretativo-integrativo: “Na verdade, a procura de algum ponto de convergência a partir do qual o tema poderia ser introduzido de forma clara e segura revelou-se uma procura inútil. Ao contrário, o consenso nesta material, quando surge, é revelador da profunda indefinição doutrinária acerca do conteúdo atual do princípio da boa-fé, afigurando-se como um consenso intrinsecamente vazio.”

²⁹⁹ Tanto assim que frisa o autor que “[...] em muitos casos, quando se pensa estar fazendo interpretação integradora, em realidade o que se realizada é a aplicação do princípio da boa-fé”. (SILVA, 2007, p. 36)

intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ao aos bons costumes ou à boa-fé”. (SILVA, 2007, p. 36).

Contudo, é enfatizado que ao mesmo tempo em que se reconhece que a “interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico”, é necessário considerar que tal instituto se limita apenas “à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato”, não abrangendo, portanto, “as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora e direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações”.

A partir das colocações do autor, observa-se que o processo hermenêutico em questão traduz-se em desvendar a vontade das partes em uma relação contratual, bem como nota-se que a proximidade que entende ocorrer entre o processo hermenêutico e a aplicação da boa-fé se dá no âmbito da aplicação dessa em sua faceta subjetiva, que é a pertinente a relevar a vontade da partes para fins de atribuição dos efeitos que devem ser considerados como legitimamente advindos da relação jurídica. Contudo, essa importância da vontade das partes na aplicação do Direito é minimizada pelo próprio autor, quando refere que “a explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo quando inexistente – é sobrevivência da ciência do direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento”. (SILVA, 2007, p. 36).

A função interpretativa da boa-fé objetiva seria o que Franz Wieacker (1977, p. 53) refere como *officium iudicis*, ou seja, quando o juiz de direito exerce o seu ofício por meio da concretização do projeto estabelecido pelo legislador no texto legal, do qual se prestaria a realizar uma adequada aplicação – no caso concreto. Consistiria, portanto, na mera realização do direito extraído da lei, isso é, “simplesmente na via adequada para uma adequada realização pelo juiz do plano de valoração do legislador”³⁰⁰.

Na aplicação da boa-fé objetiva com essa função não estaria o juiz agindo como criador de um direito não expressamente previsto (*praeter legem*) ou ainda contrário a ao que determina uma regra legal expressa (*contra legem*). (WIEACKER, 1977, p. 53)

Importante salientar, contudo, que segundo o autor (1977, p. 56-58) a atividade de *officium iudicis* do juiz abrangeria tanto essa função interpretativa quanto a função criadora de deveres de conduta (*deveres de cuidado*, como o do dever do transportador de conduzir a

³⁰⁰ Conforme as palavras de Wieacker (1977, p. 52, tradução nossa) “[...] es simplemente la vía para una adecuada realización por el juez del plano de valoración del legislador.”

pessoa ou coisa transportada com segurança, denominados deveres secundários de prestação), pois nesses casos não haveria de se considerar a atividade judicial como *praeter legem* ou como criadora de novos direitos, mas apenas cumpridora dos ditames legais de atuação quanto ao integral cumprimento da obrigação.³⁰¹

Ou seja, mais uma vez não resta clara a delimitação entre o que se pretende por função interpretativa da boa-fé objetiva e função integradora no sentido de criadora de deveres de conduta não expressamente previstos, sendo seguro afirmar que em ambos os casos, no campo da aplicação da boa-fé objetiva no campo do Direito Contratual, para Franz Wieacker, o juiz estaria a operar dentro dos estritos limites da lei ao valorar o conteúdo da relação jurídica tendo por critério a finalidade pretendida em concreto por ela, pois agir assim seria concretizar, pelo juiz, o valor da lealdade, ínsito ao ordenamento jurídico.

Da leitura da manifestação de Luis Díez-Picazo sobre a boa-fé no prologo da obra de Franz Wieacker sobre o assunto, extrai-se que, extrai-se que em seu entendimento essa função seria a corresponde à função da boa-fé considerada como uma causa de exclusão da culpabilidade em um ato formalmente ilícito e, por consequência, como causa de exoneração da sanção, ou, pelo menos, de sua atenuação. (DÍEZ-PICAZO apud WIEACKER, 1977, p. 19)

Judith Martins Costa (2000, p. 429, grifo do autor), por seu turno, também analisando o instituto no âmbito de sua aplicação no Direito Obrigacional, mais especificamente o ramo pertinente aos contratos, tomando por base os ensinamentos do professor Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 35-36), pondera que nessa função “não atua a boa-fé apenas como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das parte: também a integração das lacunas a ela se liga~ porque “para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem de cláusulas pactuadas” de modo que conclui que “a boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar essas comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual” bem como essenciais também “à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto~.

São apontados por Judith Martins-Costa os seguintes casos de aplicação da boa-fé objetiva nessa função:

³⁰¹Nas palavras de Wieacker (1977, p. 56), “[...] *la función officiumiudicis del § 242 se basa el desarrollo de los hoy generalmente denominados deberes de protección. Por ejemplo: deberes de custodia, de información, de aclaración y de la defensa de los intereses del otro contratante.*”

(a) Quando houver lacunas, ou seja, “nas hipóteses em que o juiz não encontra apoio com texto contratual, nem literalmente considerado, nem segundo a reconstrução da intenção das partes (Código Civil, art. 85) e nem mesmo quando tomado em conta o valor da declaração ‘razoavelmente apreciado, ou segundo só usos do tráfego’”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 429-430)

Atua, nessa circunstância de duas formas.

Inicialmente, opera a boa-fé objetiva na busca do “sentido total” do contrato.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2000, p. 430) explica como deve ocorrer a aplicação dessa técnica hermenêutica:

“Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução o de certa finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, inftetem na formação deste conjunto significativo *as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual* visualizadas como um todo.”

A autora frisa que o raciocínio desenvolvido na busca do “sentido total “do contrato, o qual somente pode ser aclarado através da utilização do princípio da boa-fé³⁰², é similar “ao que se manifesta em matéria de interpretação da lei quando se intenta averiguar o sentido de uma norma ou de um complexo de normas, considerando-se os elementos de valoração postos nos princípios fundamentais do sistema ou do conjunto normativo em análise”.

Dois comentários são dignos de realce nesse ponto.

O primeiro se refere ao fato de que a *função interpretativa da boa-fé objetiva é considerada em face de um fenômeno fático, isso é, um contrato, e não de uma norma.*

O segundo é que *se observa que em ambos os casos, da interpretação dos contratos consoante a operação do princípio da boa-fé objetiva e da interpretação das normas, se procede teologicamente na medida em que se considera a finalidade em questão, no primeiro caso concretamente, pois referente ao contrato objeto da atividade interpretativa, e no segundo caso abstratamente, porquanto referente à norma a ser aplicada.*

³⁰²Nesse sentido, refere que “para a aclaração deste ‘sentido total’ é imprescindível a referência ao princípio da boa-fé”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 431).

Tanto assim que conclui a autora (2000, p. 431), referindo-se a Larenz, que “na formação e no desenvolvimento do modo de raciocínio que busca explicitar o sentido do conjunto contratual concretamente considerado dever-se-ão considerar, portanto [...] os princípios jurídicos materiais e os módulos valorativos do sistema”.³⁰³

E, ainda, atua também nessa esfera, além de fornecer o raciocínio a ser desenvolvido pelo operador do Direito, como guia valorativa nessa atividade, na medida em que opera como mandamento “ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta o contrária àquela que, razoavelmente à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 432).

Judith Martins-Costa (2000, p. 432) ressalta que a aplicação da boa-fé objetiva dessa forma consiste no exercício do *officium iudicis*, nos moldes da doutrina de Franz Wieacker, bem como exemplifica “essa função de especificação do conteúdo contratual” através da apresentação de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal³⁰⁴, na qual a boa-fé foi aplicada para “inserir no complexo contratual o dever de atendimento aos legítimos interesses da contraparte”.

(b) Nos casos de aplicação da teoria da aparência³⁰⁵, quando explica que a boa-fé subjetiva atuará em conjunto com a boa-fé objetiva, porquanto “a primeira concerta à valoração da conduta do lesado, porque agiu na crença (condição psicológica, interna, subjetivamente avaliável), a segunda à valoração do comportamento da parte que permitiu, por ação ou omissão, que a aparência errônea fosse criada. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 435-436).

Ampara-se a autora em um caso jurisprudencial segundo o qual:

A senhora X intentou ação de cobrança contra a Sociedade Y, visando à devolução do valor expendido junto àquela para a aquisição de uma casa pré-fabricada, em razão de inadimplemento contratual, alegou esta não manter nenhum vínculo com o vendedor, o senhor Z, que firmara o contrato de compra e venda, uma vez tratar-se o mesmo de vendedor autônomo, que, utilizando os formulários com o timbre da empresa, em sua sede, ajustara o contrato e recebera o valor pactuado.

Julgada procedente em primeira instância a demanda da compradora, a ação foi apreciada, por força de apelação, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal da Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou a empresa com fundamento na seguinte linha de

³⁰³ Quanto aos princípios jurídicos materiais, Judith Martins-Costa (2000, p. 431, nota de rodapé 126) ressalta “os princípios da auto vinculação, auto responsabilidade, equilíbrio, comutatividade, boa-fé e justiça material”.

³⁰⁴ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 11 de janeiro de 1985, Proc. 773 – 4 Secção, rel. Licínio Carneiro, in *Boletim Ministério da Justiça* n. 343, fev. 1985, Lisboa, p. 292-299.

³⁰⁵ Nas palavras da autora, “em tema de interpretação e integração dos contratos, a boa-fé objetiva também desempenha exponencial papel nos casos de aplicação da *teoria da aparência*”. (MARTINS-COSTA, p. 435, grifo do autor).

argumentação: “Trata-se a espécie, de caso típico de aplicação da teoria da aparência (...). Esta se funda, basilarmente na boa-fé e na pacificação das relações sociais”. Fundamentou o relator a decisão no fato de a teoria da aparência fundar-se na boa-fé, entendida como geradora da confiança legítima, cuja existência e necessária nos relacionamentos sinalagmáticos “para tornar possível a vida social dentro de um padrão médio de honestidade e moralidade”, uma vez que “a todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude”. Comprovou-se que o aparente vendedor, embora formalmente autônomo, utilizava-se das dependências da empresa ré e de seu material, como folhas de papel timbrado, com o consentimento daquela, com o que se solveu a lide com o recurso ao instituto do mandato tácito, previsto no art. 1.290 do Código Civil. Como se vê, típico em caso em que a boa-fé reenviou a solução para conjunto normativo integrante do próprio sistema.” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 435-436).

(c) No controle das cláusulas contratuais abusivas, em casos de exceção de inadimplemento e na interpretação da regra resolutiva, os quais são mencionados como exemplos dos “variadíssimos” casos em que esta função se manifestaria, contudo, não é apresentada abordagem de como ocorreria a aplicação da boa-fé objetiva no exercício da “função flexibilizadora e integradora” nessas hipóteses. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 436).

Por fim, Judith Martins-Costa (2000, p. 436) conclui que, qualquer que seja o aspecto em que a boa-fé objetiva é utilizada em sua função interpretativa, sua importância volta-se para sua caracterização como norma jurídica, distanciando-a da idéia de mero reclamo ético, pois possibilita a sistematização das decisões judiciais na medida em que “substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade -, todos eles ‘demasiadamente equívocos ou genéricos’, surgindo, assim, o recurso à boa-fé objetiva como resultante da ‘exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um real valor prático’”. Sob essa perspectiva, “desempenha exponencial papel no campo metodológico”, prestando auxílio ao operador do Direito ao facilitar a aplicação do Direito no caso concreto.

Ainda, de se ressaltar a posição de Teresa Negreiros (1998, p. 232-233, grifo do autor), para quem o papel de “cânone interpretativo-integrativo da relação jurídica” atribuído à boa-fé significa “invocar o princípio da boa-fé como fundamento para se considerar a **finalidade** da relação jurídica *sub judice* e, neste sentido, condicionar a sua interpretação às circunstâncias concretas do caso em exame na medida em que reveladoras desta finalidade.”³⁰⁶

³⁰⁶A autora apresenta um julgado e refere que “trata-se de caso bastante ilustrativo de como a finalidade específica do contrato influi na sua interpretação”, ponderando que “embora o acórdão em referência não se referia expressamente à boa-fé, pensamos que se trata de uma solução que a ela poderia ser remetida [...]”. (NEGREIROS, 1998, p. 234).

Remarca a autora, ainda, que “esta finalidade é posta em termos sociais, e não individuais, donde se justifica que a sua consideração resulta em deveres não necessariamente reconduzíveis à vontade das partes, concluindo que “na verdade, mesmo quando limitada aparentemente a uma função interpretativa, a boa-fé acaba por configurar-se como uma fonte de deveres ou de limitação a direitos subjetivos”. (NEGREIROS, 1998, p. 235).

Dessa consideração pode-se extrair que a aplicação da boa-fé como princípio interpretativo ocorreria, portanto, ao mesmo tempo em que subsidiariamente, isso é, quando não evidente a sua aplicação através das outras funções, também como pressuposto para a aplicação do princípio nas duas demais funções.

2.4.2 Aplicação no Direito Tributário

Entende-se que o campo de aplicação do princípio da boa-fé objetiva no Direito Tributário ocorre nos moldes do que Humberto Ávila denomina função eficaz interna direta integrativa, que é peculiar a cada um dos princípios. (ÁVILA, 2010, p. 45 e ss.)

Ao passo que a eficácia interna indireta possui quatro modalidades³⁰⁷, a eficácia interna direta possui apenas uma modalidade, a integrativa, que corresponde à aplicação do princípio para resolução de algum caso sem a interposição de qualquer outra norma, ainda que diretamente derivada de si, o que ocorre de duas formas: resolvendo-se um caso através da aplicação de seu conteúdo autônomo em face de subprincípios que eventualmente o componham ou, ainda, resolvendo-se um caso em que não existe regra que

³⁰⁷ A eficácia interna indireta, que é aquela operante através da interposição de outras normas que apresentam relação com o princípio, pode ser de quatro tipos: definitória, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora. A eficácia interna indireta **definitória** é a eficácia peculiar dos subprincípios, que são aqueles princípios que acabam por concretizar parcialmente outro princípio de abrangência maior, chamado sobreprincípio, ajudando a definir o significado desse, que passará a abranger o significado daqueles princípios que se prestarem a defini-lo. (ÁVILA, 2010, p. 46). Vista a moeda de outro lado, há a eficácia interna **rearticuladora**, que é a função distintiva daqueles princípios compreendidos como sobreprincípios, os quais são considerados dessa forma justamente porque possuem sobre seus subprincípios a função de, ao estruturar um valor fundamental que deve ser perseguido e respeitado pela atividade estatal, articular a aplicação de seus vários (sub)princípios nesse sentido, uma vez que serão interpretados tendo em vista a finalidade estabelecida pelo sobreprincípio e passarão a incorporar o sentido do sobreprincípio e dos demais subprincípios correlatos. Assim, funciona essa eficácia como elemento de coesão para compor uma unidade maior principiológica (ÁVILA, 2010, p. 47-48). A função eficaz **interpretativa** é a função exercida pelos princípios, em geral, em relação à compreensão do significado das normas que possuem grau de abstração menor que o seu (como, por exemplo, é o efeito dos sobreprincípios nos princípios e dos princípios nas regras). Nesse sentido, a interpretação das normas menos abstratas deve ser realizada considerando uma finalidade maior a ser alcançada (determinada pelo princípio mais abstrato). Essa função serve como meio de ligação entre as normas propiciando coesão e complementariedade semântica normativa (ÁVILA, 2010, 46-47). E a função eficaz **bloqueadora** diz respeito à função exercida pelos princípios, de forma geral, no sentido de impedir a realização, no sistema jurídico, de elementos que, embora estejam previstos, destoem dos fundamentos e objetivos da Constituição. (ÁVILA, 2010, p. 47)

se subsuma à situação, a qual pode, entretanto, ser resolvida em razão da aplicação dos valores trazidos implicitamente pelo princípio em questão. (ÁVILA, 2010, p. 46).

2.4.3 *Suprimento de lacunas*

Aplica-se o princípio da boa-fé objetiva **quando forem constatadas lacunas**, ou seja, quando o caso concreto não se enquadrar com exatidão às situações previstas expressamente pela lei.

Nesse sentido, agirá o juiz em adstrito cumprimento de seu dever legal de proporcionar a solução para o caso concreto³⁰⁸, conforme lhe determina o artigo 108 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia; II – os princípios gerais de Direito Tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade.” (BRASIL, 1966).

E isso pois o princípio da boa-fé objetiva é um princípio geral de Direito Público que deve, também, ser considerado um princípio geral de Direito Tributário.³⁰⁹

Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva será aplicado para prover uma solução para o caso concreto que coadune com o valores de lealdade, o qual impõem tanto ao Fisco quanto ao administrado, sempre, o dever de conduta consoante o ordenamento jurídico, de forma a zelar para que seja ao final adimplido o valor devido a título de tributo, não mais e não menos, consoante determinam as regras legais.

2.4.4 *Função polarizadora*

A boa-fé objetiva possui importante função interpretativa na medida em que serve de fundamento condicionar a interpretação das circunstâncias concretas do caso objeto e análise à finalidade da relação jurídica.

³⁰⁸ Nesse sentido, no âmbito do Direito Civil trata-se atuar conforme mandamento legal previsto no artigo 4º da Lei nº 4567/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), portanto, age o juiz em adstrito cumprimento de dever legal.

³⁰⁹ Nessa perspectiva, cabe pontuar que no parágrafo segundo do artigo 108 do Código Tributário Nacional há proibição de dispensa do pagamento de tributo devido em razão do emprego da equidade, mas não consta vedação em razão da aplicação dos princípios gerais de Direito Tributário, como é o caso.

Trata-se da **função de polarização da boa-fé objetiva** e funciona como pressuposto para a compreensão da relação jurídica obrigacional como fenômeno complexo e como processo.

A aplicação da boa-fé objetiva nesse diapasão pode ser observada no julgamento do **Recurso Especial 1338717/RN**³¹⁰, que tinha por objeto a apreciação da reinclusão dos débitos de certo contribuinte ao programa de parcelamento especial (PAES), os quais foram excluídos pela Receita da Fazenda exclusivamente em razão da não renúncia formal em processo administrativo em que se discutia o crédito devido.

Apesar de o princípio da boa-fé objetiva não ter sido expressamente mencionado como fundamento da decisão, nota-se sua presença no voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, o qual foi seguido por unanimidade no sentido de manter a decisão de segundo grau a favor da reinclusão do contribuinte no PAES.

A aplicação da boa-fé em sua função interpretativa se faz presente ao se considerar que decisão diferente violaria a finalidade principal da relação jurídica em concreto, que consistia no pagamento pontual da dívida devida³¹¹, finalidade essa que estava sendo alcançada através do benefício fiscal de parcelamento da dívida do contribuinte.³¹²

2.4.4.1 Impacto na estrutura da relação obrigacional.

A função interpretativa da boa-fé traz para dentro da figura da relação jurídica a finalidade como elemento, de modo que seu adimplemento depende do cumprimento integral da finalidade que determinou a sua existência.

Essa função tem particular importância no ordenamento jurídico, pois se trata de pressuposto para a compreensão da relação jurídica obrigacional como fenômeno complexo e como processo, que é a forma como a obrigação civil atualmente é concebida pela maioria da doutrina, o que resulta do desenvolvimento da conformação do Direito Civil ao

³¹⁰ REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

³¹¹ “[...] ainda mais como no caso, que o contribuinte simplesmente não renunciou expressamente ao processo administrativo que discutia a legalidade do crédito, mas cumpriu todos os demais requisitos exigidos pelo Fisco, **além de alcançar a sua finalidade principal que é o pagamento pontual da dívida devida.**” (Grifo nosso)

³¹² Nesse sentido, as palavras do Ministro Relator Luis Fux em seu voto: “Nesta toada, o STJ reconhece a *viabilidade de incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo do Erário.*” (REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015).

Direito Constitucional. E isso, pois a Constituição Federal impõe que as relações jurídicas existam com uma finalidade, a qual deve servir de parâmetro para valoração das condutas praticadas no bojo de relação jurídica.

Dessa forma, a conduta das partes deve direcionar-se – sempre – ao cumprimento do legítimo propósito que deu origem à relação jurídica, pois nisto se revela, em essência, a concreção do valor da lealdade.

Trata-se da função polarizadora da boa-fé objetiva porque em razão de sua incidência as relações jurídicas, especialmente as obrigações (campo do Direito em que a idéia foi inicialmente desenvolvida, pelo menos no Brasil), passam a ser vistas sob a ótica de que servem a um propósito o qual deve balizar a valoração das condutas praticadas no bojo de relação jurídica no sentido de que devem direcionar-se – sempre – ao cumprimento de tal propósito.

Sobre o assunto, afirma Judith Martins-Costa (2000, p. 430, grifo do autor) que

Os passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente – o complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao logo do tempo de sua vigência. Por igual, infletem na formação deste conjunto significativo as *circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual* visualizadas como um todo.

Portanto, é por meio dessa função que a boa-fé objetiva atua determinando que as relações jurídicas, especialmente as obrigações – campo no qual a teoria da boa-fé objetiva foi mais desenvolvida e sedimentada – devem ser vistas como fenômenos dinâmicos e complexos e ser polarizadas pela finalidade pela qual elas foram constituídas, o que revela sua função social no caso concreto.

2.4.4.2 Da obrigação civil entendida como fenômeno complexo e como processo

Assim, para melhor compreender o impacto desta função, passa-se à análise da repercussão da boa-fé objetiva na relação obrigacional, o que será feito através da perspectiva de seus três elementos constitutivos: partes, objeto e vínculo jurídico. Afinal, independentemente da perspectiva pela qual se encare a relação obrigacional, é consenso que

sua estrutura seja formada pelos elementos acima elencados. O foco da divergência será apenas quanto à concepção que cada elemento alcança, isso é (i) qual o conteúdo da prestação, (ii) no que consiste o vínculo jurídico e, não obstante, (iii) como devem ser entendidos o sujeito ativo e o passivo, protagonistas da relação obrigacional.

Nos moldes da concepção clássica obrigacional, isto é, prévia à aplicação da boa-fé objetiva à teoria geral das obrigações, essas eram concebidas como fenômeno simples ou estático.

Simples porque as partes ocupavam, conforme entendimento consolidado, apenas uma posição: o credor era o sujeito dos direitos e único a figurar no polo ativo da relação, enquanto que o devedor era o sujeito dos deveres e único a figurar no polo passivo da relação. Portanto, o credor possuía apenas direitos e o devedor, apenas deveres.

Estático porque seu objeto era inalterável: consistia única e exclusivamente no adimplemento de deveres obrigacionais: do dever principal de dar, fazer ou não fazer algo (em razão do qual a relação foi travada) e dos a ele acessórios (também chamados secundários).

Judith Martins-Costa (2000, p. 385) define esta concepção com muita propriedade:

A perspectiva estática da relação obrigacional é uma perspectiva atomística que vem da primeira grande concepção de obrigação, gerada no direito romano. Como é por todos sabido, neste vem consagrada a idéia de que a obrigação é um vínculo jurídico que constringe uma parte a fazer algo em favor da outra, como lapidamente definiu Justiniano nas Institutas: *'Obligatio est iuris vinculum, quo necessitatis adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura'*. Como se vê, aí estão inscritos dois pólos rigidamente opostos entre si. O pólo credor tem o poder de, pelo vínculo, adstringir – verbo dicionarizado como sinônimo de submeter, subjugar, dominar ou apertar – o outro pólo, devedor, a solver a obrigação, segundo a lei civil.

Acontece que, com o passar do tempo e com as mudanças sociais – cada vez mais rápidas e imprevisíveis – esse conceito revelou-se insuficiente para sanar os problemas que a realidade social apresentava. Inicialmente porque a sociedade revelou-se uma sociedade de massas, o que repercutiu na realização dos negócios jurídicos e, também, porque alguns problemas práticos – como, por exemplo, as obrigações duradouras – não encontravam, na legislação e doutrina da época, uma solução adequada e conforme os mais evidentes traços de justiça.

Foi então que surgiu a boa-fé objetiva, moldada pela doutrina germânica e que passou a influenciar não apenas a doutrina e jurisprudência pátrias, mas também a estrutura positivo-normativa brasileira, como demonstra o Código de Defesa do Consumidor, que

trouxe o princípio da boa-fé objetiva expressamente às relações obrigacionais, e a própria Constituição, que vestiu o cidadão de uma série de direitos fundamentais. Tudo a fim de impedir os abusos a que estavam sujeitos os cidadãos em razão do acelerado desenvolvimento do capitalismo e da sede inesgotável de verba pelo Poder Público.

No país, a profunda influência de tal movimento no direito obrigacional foi ressaltada pelo professor Couto e Silva, que apresentou a teoria de que a relação obrigacional deveria ser entendida, em razão da aplicação da boa-fé objetiva, como uma totalidade que incluiria não apenas a obrigação em sentido estrito, mas também uma série de outras situações jurídicas, dentre as quais os deveres de conduta instrumentais, laterais ou anexos, que se aplicariam a todas as fases do desenvolvimento da relação obrigacional (nascimento e amadurecimento de um lado e extinção de outro) a fim de chegar ao pleno adimplemento, que consistiria, por sua vez, não apenas na satisfação plena do credor, mas também na satisfação da finalidade da relação jurídica em si.

Nesse sentido, as palavras de Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 17-20):

A presente obra, “A obrigação como processo”, tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor. [...] Como totalidade, a relação processual é um sistema de processos. [...] Os deveres, na dogmática atual, sofreram ainda divisão em deveres principais e secundários (anexos ou instrumentais), e em dependentes e independentes. [...] A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. Lato sensu, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres, (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. Stricto sensu, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos. [...] Com a expressão ‘obrigação como um processo’ tenciona-se a sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si ligam com interdependência. [...] A obrigação, vista como um processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor.

A obrigação passa então a ser qualificada como fenômeno complexo porque seu objeto é composto de vários elementos que não apenas o referente à prestação da obrigação em sentido estrito.³¹³ Por sua vez, o adimplemento somente ocorrerá quando cumpridos todos os objetos da relação jurídica.³¹⁴

³¹³Não obstante, há aqueles que atribuem o atributo complexo àquelas obrigações que tem mais de um sujeito (credor ou devedor) ou mais de um objeto (mais de uma prestação). Cabe esclarecer que não é com esse significado que o termo é utilizado nesse trabalho.

³¹⁴Concorda Martins (2008, p. 219): “a disciplina do direito das obrigações não se limitará ao mero direito de crédito, visto que do contato social surge uma série de deveres que passam a integrar a relação obrigacional, ao lado da própria prestação principal”.

E, por seu turno, são duas as razões pelas quais a boa-fé objetiva influenciou intimamente a concepção da obrigação como fenômeno complexo.³¹⁵

A primeira é porque criou a categoria de deveres instrumentais, laterais ou anexos, tendo em vista a concreção dos princípios constitucionais de lealdade, solidariedade, justiça, função social e mesmo dignidade da pessoa humana. Ou seja, inseriu impreterivelmente mais elementos – cuja natureza não é obrigacional, como será visto – dentro da relação jurídica obrigacional e assim ampliou seu objeto e a tornou complexa porque vinculou seu adimplemento à realização de todos os deveres que a compõem.

E a segunda porque em razão dela que se passou a *conceber as relações jurídicas como voltadas à realização de uma finalidade maior* do que apenas o pleno adimplemento do credor, justificando ainda mais a ampliação do conteúdo relação obrigacional a fim de abarcar outros deveres e posições jurídicas que cooperassem nesse intuito.

São elementos da obrigação em sentido amplo, isto é, relação obrigacional, ou compreendida como fenômeno complexo: dever principal, os deveres secundários, os deveres laterais de conduta, os ônus³¹⁶, as expectativas³¹⁷, as sujeições³¹⁸, os direitos protestativos³¹⁹ e os deveres laterais de conduta.³²⁰

O dever principal³²¹, também conhecido como prestação principal ou primária, é o objeto da obrigação em sentido estrito: o crédito e o débito. É a razão da existência da relação obrigacional, a sua ‘alma’. É a ele que se dirige o adimplemento, que abrange não apenas o cumprimento dele em si, mas também da finalidade que o motivou. Constitui ele, portanto, o eixo da relação obrigacional (COSTA, 2004, p. 65).

³¹⁵Ainda, a obrigação vista por essa perspectiva recebia o nome de “totalitária”, “organismo”, “estrutura”, “relação-quadro”, “complexidade intra-obrigacional” (MARTINS, 2008, p. 220).

³¹⁶Dever jurídico que depende exclusivamente de quem tem de praticá-lo para fins de conseguir ou manter uma vantagem jurídica.

³¹⁷Nas palavras de Costa (2004, p. 69, grifo do autor): “A *expectativa jurídica*, configura-se como situação intermédia, objeto de específica tutela jurídica, no processo de formação sucessiva de um direito”.

³¹⁸Que é aquele que representa o outro lado do direito protestativo, quando cabe ao que tem o direito exercê-lo e ao que tem o dever de sujeição apenas sujeitar-se a tal exercício.

³¹⁹Que é o outro lado do estado de sujeição, a respeito do qual Costa (2004, p. 69) exemplifica com a resolução, modificação ou denúncia do contrato.

³²⁰Preciosa é a explanação fornecida por Costa (2004, p. 63, grifo do autor): “Desse modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tantos *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* – os *deveres laterais* (“*Nebenpflichten*”), além de *direitos protestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funciona: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*.”

³²¹Denominando-a dever principal, tem-se Santos (2009, p. 238-239).

Por sua vez, junto com o dever principal, formando os deveres de prestação (isso é, os deveres de índole obrigacional), tem-se o segundo elemento, consubstanciando nos deveres secundários ou acidentais de prestação, conforme explanação de Costa (2004, p. 66). Esses podem ser de duas modalidades: os meramente acessórios da prestação principal e os com prestação autônoma.

Os deveres secundários meramente acessórios da prestação principal “se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização”, como é o caso de conservar a coisa vendida ou de embalá-la adequadamente para fins de entrega da mesma. Já os deveres secundários de prestação autônoma se subdividem em dois tipos: sucedâneos do dever principal de prestação (que é o caso, por exemplo, do dever de indenizar resultante da impossibilidade de se cumprir com a prestação originária em razão de culpa, que substitui essa) e coexistentes com o dever principal da prestação (como quando há o dever de indenizar em razão de mora no cumprimento ou de realização do mesmo de forma defeituosa, quando não se fala em substituição do dever de prestação principal, mas de acréscimo ao mesmo). (SILVA, Carlos, 2004, p. 66).³²²

Há ainda necessariamente um terceiro elemento consubstanciado pelos deveres laterais, instrumentais ou anexos de conduta, que se destinam precipuamente a garantir que a relação obrigacional se desenvolva de modo adequado e justo.

A união desses elementos forma a relação obrigacional conforme o prisma da boa-fé objetiva e presentes devem estar para fins de se poder conceber a aplicação do princípio da boa-fé na matéria das obrigações. Assim como, por outro lado, uma vez presentes, deduz-se que há incidência da boa-fé objetiva, que é a ensejadora de tal concepção.

Por fim, importa pontuar que essa concepção das obrigações como fenômeno complexo interfere também na compreensão dos elementos subjetivo e abstrato das mesmas e não apenas do elemento objetivo.

No subjetivo posto que o sujeito ativo não mais é exclusivamente o credor e o sujeito passivo não mais é exclusivamente o devedor. Claro que o sujeito ativo ainda é o credor do dever principal e que a obrigação em sentido amplo continua atraída à satisfação de seus interesses, mas ele também é sujeito passivo no que diz respeito à prestação dos deveres instrumentais, laterais ou anexos de conduta, pois pode o devedor dele exigir sua conduta não dificulte o adimplemento que busca realizar.³²³

³²²Martins-Costa (2000, p. 438) também adota essa nomenclatura.

³²³Nesse sentido a lição do professor Clóvis do Couto e Silva (2007, p. 97): “A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de ordem de cooperação, em que se aludem as

Em outras palavras, a relação jurídica não mais se consubstancia apenas nos direitos do credor, embora vise sim à absoluta satisfação dos mesmos; no entanto, agora ambos, credor e devedor, estão em posição de exigir do outro o adimplemento dos deveres instrumentais, laterais ou anexos, isso é, são sujeitos ativos – na relação obrigacional – de tais deveres. (JUNQUEIRA, 2005, p. 5)

Por seu turno, o elemento abstrato também sofreu intensas alterações. Passou de uma situação de subordinação, sujeição exclusiva, vivenciada pelo devedor do dever prestacional principal para uma situação de cooperação. Afinal, o vínculo jurídico, tal qual o objeto, restou polarizado pela realização da finalidade da relação jurídica e não apenas da prestação obrigacional, apenas possível por meio da atuação coletiva da partes no sentido de realizarem uma série de condutas naquele intuito. Essa colateral realização de condutas (omissivas e comissivas) é o conteúdo do vínculo de cooperação.

Como alguns dos estudiosos da ciência jurídica que adotam essa concepção, tem-se Couto e Silva (2007, p. 20), Didier Junior e Sarno (2009, p. 64), Varela (apud DIDIER JUNIOR; SARNO, 2009, p. 61) Carlos Silva³²⁴. Ressalve-se, apenas, que é franca a expansão dessa corrente, à qual esse trabalho se filia, e que, a cada dia, tem ganhado novos adeptos.

Além disso, conforme a doutrina da boa-fé objetiva a obrigação também não deve ser vista como um fenômeno estático, mas como um fenômeno dinâmico, como um processo.

Para sua compreensão global deve ser analisada toda a realidade subjacente a ela, que, dentro da perspectiva totalitária, é vista não apenas como recipiente de uma dever principal, mas também de outros deveres que juntos formam a relação obrigacional. E isso, pois ela passa a ser vista não isoladamente como um vínculo obrigacional em torno de um crédito e um débito, mas passa a fazer parte da mesma, nessa visão holística, a finalidade almejada pelas partes.³²⁵

posições tradicionais do devedor e credor. [...] Com isso, [...] reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres. Não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor. Este último dever, como já se mencionou, é bilateral. Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. Dir-se-ia que a sua pretensão precluiu (*verwirkt*)”.

³²⁴Para quem a obrigação consiste em relação dinâmica e complexa, vista sob a perspectiva da totalidade, que impõe não se esgotar mais no direito de crédito e no dever de débito. Independentemente da vontade inicial dos partícipes, outras situações jurídicas podem estar presentes como objeto. Consistem elas em uma série de deveres, situações jurídicas e direitos formativos derivados do objetivo a que se visava realizar com a prestação principal (SILVA, Carlos, 2004, p. 61).

³²⁵Tal como pondera Martins (2008, p. 218), “a relação jurídica entre duas partes não simplesmente existe como um fim em si, mas constitui-se num instrumento à concretização de interesses”.

E, na busca pela realização dessa finalidade, a relação jurídica obrigacional nasce, se desenvolve e extingue-se tal como a vida: em fases.³²⁶ Por se desenvolver, se quer dizer que o seu conteúdo varia no seu decorrer. Não o conteúdo do dever principal (de modo que se mantém a identidade da relação jurídica), que era a antiga obrigação considerada por si, mas dos deveres jurídicos secundários ou formativos e dos deveres jurídicos anexos de conduta ou laterais. Esses, conforme a conduta de cada uma das partes, o contexto social em que se inserem e, principalmente a finalidade a que se destinam, tem seu substrato moldado.

Por isso Marques (2002, p. 182) aduz que “os doutrinadores alemães costumam afirmar que as relações obrigacionais são, em verdade, uma ‘fila’ ou uma ‘série’ de deveres contratuais [...], vistos no tempo, ordenados logicamente, unidos por uma finalidade”.

Por finalidade da relação obrigacional, entende-se não apenas aquela finalidade decorrente da vontade das partes – aspecto subjetivo – mas, principalmente, a revelada pelo objetivo econômico-social – aspecto institucional - da relação obrigacional, o qual pode vir até a relativizar aquela.³²⁷

Caracteriza-se o objetivo como econômico porque a relação obrigacional se justifica no contexto da apreciabilidade econômica (patrimonialidade), e social porque a finalidade é encontrada considerando-se a coletividade.

Não obstante, pondere-se também que não é qualquer escopo que serve ao intuito de polarizar a relação obrigacional e moldar seu conteúdo a título dos deveres jurídicos subjacentes. É somente a finalidade que, além de relevante, revista-se de objetividade e cognoscibilidade (MARTINS, 2008, p. 218).

De objetividade porque deve a finalidade se revelar conforme a expectativa de utilidade que deva advir naturalmente daquela relação no que tange à relação de causa e consequência conforme os olhos da sociedade como um todo e não apenas do envolvido. Ou seja, de acordo com os costumes e conhecimento geral.

E, de cognoscibilidade porquanto a necessidade econômica que deva ser satisfeita com a prestação principal deve ser concebida com base no contexto – técnico,

³²⁶Corroborando essa idéia, bem coloca Martins-Costa (2000, p. 394):“Ora, como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser a mesma um vínculo dinâmico – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, ‘casos’ e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimentam processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento”.

³²⁷Cita esses dois aspectos Martins (2008, p. 218) com quem se concorda. Para Motta Pinto (1985, p. 260-261), a finalidade se traduz por “o fator determinante do conteúdo interno da relação contratual; constitui a ‘missão’ concreta, comum a todos os elementos singulares integrados no todo unitário (créditos, débitos, direitos protestativos, sujeições, deveres laterais, etc.)”.

financeiro, intelectual, cultural – daqueles envolvidos na relação jurídica e seu nível de conhecimento em face às condutas que envolvem a relação.

Mas, é de se ressaltar, nem todos compartilham dessa visão holística da relação obrigacional.³²⁸ Todavia, ainda que não seja unívoco o entendimento sobre o conteúdo da finalidade, é certo que é ela que polariza a relação obrigacional. É em sua direção que as condutas devem encaminhar-se, sempre. A depender dela constituem-se os conteúdos – e sua variação no decorrer do desenvolvimento da relação – dos deveres jurídicos subjacentes ao dever principal.³²⁹

Além disso, a obrigação vista como fenômeno dinâmico tem outras repercussões, como é o caso da teoria da imprevisão, estampada nos artigos 317³³⁰ e 478³³¹ do Código Civil. Essa teoria volta-se aos contratos de longa duração, cujo adimplemento se perfaz ao longo do tempo, e, tendo por base que a relação obrigacional se desenvolve ao decorrer do tempo e esse desenvolvimento implica na variação de seu conteúdo conforme as circunstâncias que a influenciem nesse interstício, determina que, na ocorrência de fatos não previstos no momento da celebração – objetivamente, isto é, nos limites da previsibilidade humana quanto à causa do evento e seus efeitos³³² –, a relação contratual deve ser reequilibrada (ou o contrato resolvido) para evitar a prestação excessivamente onerosa por uma das partes.

Outrossim, repercute na teoria da base objetiva do negócio jurídico, que determina que os negócios jurídicos quando realizados pressupõem objetivamente a manutenção da legislação, sistema econômico e outras situações externas, dentro das quais se ponderou a realização do mesmo. Assim, na alteração dessas, independentemente de previstas ou não (essa a diferença para com a teoria da imprevisão), a relação obrigacional

³²⁸ Por exemplo, para Santos (2009, p. 242), “essa finalidade não é outra senão o fiel cumprimento do contrato, com a otimização da relação obrigacional com o correto proveito de ambas as partes”.

³²⁹ Por isso que em um mesmo tipo de contrato podem-se ter deveres jurídicos secundários e deveres de conduta laterais diferenciados. É o caso, por exemplo, da empresa A, que realiza venda de peças de computador tanto para empresas de assistência técnica quanto para consumidores finais; havendo em ambos os casos o dever de informação sobre as peças, porém com conteúdo diverso, pois o conjunto de deveres laterais se intensifica no caso da venda para consumidores finais em razão da peculiar condição de hipossuficiência desses.

³³⁰ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” (BRASIL, Código Civil, 2002)

³³¹ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.” (BRASIL, Código Civil, 2002)

³³² Uma causa imprevisível seria, por exemplo, a incidência de um novo tributo sobre o negócio jurídico, e um efeito imprevisível, o aumento do índice inflacionário em patamares imprevisíveis.

tem seu conteúdo alterado e deve ser reequilibrada com base nos deveres de cooperação e lealdade. Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso V³³³.

E, finalmente, importante frisar que quando se fala em obrigação como processo, ou fenômeno dinâmico, se parte do pressuposto que ela é vista como fenômeno complexo, pois são as relações obrigacionais secundárias e laterais – que passam a compor a estrutura da relação obrigacional a partir da concepção da obrigação como fenômeno complexo - que possibilitam o desenvolvimento da relação obrigacional como um todo nos moldes de um processo, em etapas e pela sucessão de condutas.

Nesse diapasão, Martins-Costa (2000, p. 443) ressalta que “[...] a concretização desses deveres instrumentais põe em relevo a concepção da relação obrigacional como totalidade e como um processo, porquanto, em regra, eles se configuram durante o desenrolar obrigacional, [...]”

E, por conseguinte, como a obrigação como fenômeno complexo pressupõe a aplicação da doutrina da boa-fé objetiva, tem-se, pelo método lógico-dedutivo, que a percepção da obrigação como processo também tem como pressuposto a aplicação da doutrina da boa-fé objetiva. Afinal, sem a doutrina da boa-fé objetiva não há que se falar em deveres de conduta instrumentais, laterais ou anexos; e, sem eles, não há como construir a percepção da obrigação como fenômeno complexo e dinâmico.

Por sua vez, sem se conceber a finalidade da relação jurídica (o adimplemento, no caso das obrigações) como elemento polarizador da compreensão de seu funcionamento, não haveria que se falar nem em deveres instrumentais, laterais ou anexos de conduta e nem em obrigação como fenômeno complexo.

Assim, importante referir também que dessa função (atribuída até então à boa-fé objetiva como princípio) se extrai o mandamento segundo o qual o juiz não deve permitir que a relação jurídica atinja a finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, tendo em consideração sua função econômico-social, seria lícito esperar.³³⁴

Ainda, importante ressaltar que, embora a idéia tenha sido concebida no âmbito do direito contratual e se desenvolvido sobretudo no direito obrigacional, entende-se que as relações jurídicas como um todo devem ser vistas como fenômenos dinâmicos e complexos polarizadas pela finalidade pela qual foram constituídas. E isso, pois não apenas as obrigações

³³³“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, 1990).

³³⁴ Idéia lançada, referente aos contratos, por Martins-Costa (2000, p. 432 e 437).

devem concretizar o valor da justiça através de sua operabilidade, mas todas as relações jurídicas.

Dessa forma, se entende que por essa função, em casos concretos, fique clara a materialização da função social do direito, estampada na Constituição de diversas formas, isto é, ela enfatiza que o direito - e com ele as relações jurídicas que o efetivam - deve ser exercido sempre polarizado a uma finalidade maior, que nesse caso específico é a sua função social e a justiça.³³⁵

2.4.4.3 Do entendimento adaptado ao direito tributário

Entretanto, no que consiste exatamente entender a relação jurídica tributária como complexa e como um processo? Mais: Pode (e deve) a relação jurídica tributária ser compreendida como complexa e como um processo? Essa parte do trabalho se destina a propor as respostas para essas questões.

Entender a relação jurídica tributária como complexa significa compreendê-la com estrutura conformativa diferente daquilo que a doutrina tradicional apresenta, isto é, os seus três elementos essenciais – o objeto, o vínculo jurídico e as partes – passam ser vislumbrados de outro modo. Tudo em razão da operabilidade da função polarizadora da boa-fé objetiva, como se verá a seguir.

O **conteúdo da obrigação** amplia-se, passando a abranger não apenas o dever principal de dar, fazer ou não fazer algo (em razão do qual a relação foi travada) e os que lhe são acessórios (também chamados secundários), mas também outros elementos dentre os quais se ressaltam os deveres de cooperação.

Portanto, a relação jurídica passa a ser considerada fenômeno complexo em razão de seu objeto passar a ser composto de vários elementos, dependendo o pleno adimplemento da obrigação (ou relação jurídica como um todo) da realização de todos esses elementos passarem a compor o conteúdo da obrigação (ou relação jurídica). Justamente para que a finalidade da relação jurídica possa ser concretizada em sua plenitude.

São, portanto, considerados elementos da relação jurídica em sentido amplo (ou, ainda, da relação obrigacional compreendida como fenômeno complexo): o dever

³³⁵ Tanto assim, que Santos (2009, p. 225) indica essa função da boa-fé objetiva como nascente de diversas teorias atuais, dentre as quais a teoria do abuso de direito, mas não se limitando apenas a ela, sendo também apontadas as teorias que proíbem o comportamento contraditório, a teoria do adimplemento substancial, a teoria da imprevisão e a teoria da quebra da base objetiva do negócio.

principal, os deveres secundários, os deveres laterais de conduta, os ônus³³⁶, as expectativas³³⁷, as sujeições³³⁸, os direitos protestativos³³⁹ e os deveres laterais de conduta.³⁴⁰

A união desses elementos forma a relação jurídica obrigacional conforme o prisma da boa-fé objetiva em sua atuação como princípio. Por outro lado, uma vez presentes, deduz-se que há incidência da boa-fé objetiva em sua atuação como princípio, que é a ensejadora de tal concepção.

No âmbito do Direito Tributário, parece ser plenamente possível estruturalmente adotar essa teoria.

A prestação (ou dever) principal, por certo, é o pagamento da quantia certa devida a título de tributo, pois essa a razão principal de existência da relação jurídica tributária.

Contudo, importante ressaltar que o adimplemento da relação tributária vista como fenômeno complexo ocorre não apenas quando se dá o cumprimento do dever principal, mas também quando se realiza a finalidade que motivou essa obrigação principal. É a finalidade da relação jurídica tributária, portanto, que constitui o seu eixo.

Ainda, há duas outras questões relevantes quanto à compreensão do dever principal: analisar se a prestação principal da relação jurídica tributária consiste apenas na prestação de pagar tributo ou se também abarca as penalidades e avaliar a possibilidade de conversão das “obrigações tributárias acessórias” em principais, quando do seu descumprimento.

Afinal, o artigo 113 do Código Tributário Nacional divide as obrigações tributárias em principais e acessórias. Então, o parágrafo primeiro determina que as obrigações principais seriam aquelas que teriam como objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, bem como o parágrafo segundo destaca que as obrigações acessórias seriam as que teriam por objeto as prestações, positivas ou negativas previstas em legislação

³³⁶Dever jurídico que depende exclusivamente de quem tem de praticá-lo para fins de conseguir ou manter uma vantagem jurídica.

³³⁷Nas palavras de Costa (2004, p. 69, nota de rodapé, grifo do autor): “A *expectativa jurídica*, configura-se como situação intermédia, objeto de específica tutela jurídica, no processo de formação sucessiva de um direito”.

³³⁸Que é aquele que representa o outro lado do direito protestativo, quando cabe ao que tem o direito exercê-lo e ao que tem o dever de sujeição apenas sujeitar-se a tal exercício.

³³⁹Que é o outro lado do estado de sujeição, a respeito do qual Costa (2004, p. 69) exemplifica com a resolução, modificação ou denúncia do contrato.

³⁴⁰Preciosa é a explanação fornecida por Costa (2004, p. 63, grifo do autor): “Desse modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tantos *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* – os *deveres laterais* (“*Nebenpflichten*”), além de *direitos protestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funciona: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*.”

tributária. Ainda, por fim, o parágrafo terceiro determina que em caso de inobservância as obrigações acessórias converter-se-iam em principais quanto à penalidade pecuniária.

Entende-se que, quanto ao primeiro questionamento, as penalidades não devem ser compreendidas como dever principal, o qual, em se tratando das obrigações de natureza tributária deve ser atinente aos tributos exclusivamente – ao pagamento da quantia efetivamente devida a esse título. Caso se aceite que as penalidades sejam compreendidas por parte do dever principal, a relação jurídica será considerada penal, sancionatória ou ainda administrativa, mas definitivamente não tributária.

Já, no que diz respeito ao segundo, entende-se que não há que se falar em conversão das “obrigações tributárias acessórias” em principais quando do seu descumprimento. O mais adequado seria classificar as penalidades, na estrutura da relação jurídica complexa, como deveres secundários³⁴¹, que são aqueles que existem em prol do dever principal (do adimplemento desse), porém com esse não se confundem. Além disso, cada dever e cada elemento da relação jurídica tributária possui sua função específica, não sendo científico falar em conversão de um tipo de dever em outro, ainda mais quando o conteúdo essencial de cada um deles é completamente diferente, apresentando em comum, apenas, a possibilidade de avaliação econômica do conteúdo e o nascimento com vocação à extinção por meio do adimplemento.

Por sua vez, quanto às chamadas “obrigações tributárias acessórias” entende-se terem natureza jurídica de deveres de cooperação³⁴² - ou seja, não obrigacional - e, nesse sentido, importante referir que o adimplemento da relação jurídica obrigacional como um todo depende de seu adimplemento também.³⁴³ Tais deveres tem por essência garantir que a relação jurídica se desenvolva de modo justo.

Por seu turno, o **vínculo jurídico** (elemento abstrato das obrigações) também passou por intensas alterações: de um vínculo qualificado pela subordinação para um vínculo caracterizado pela cooperação. Antes, uma das partes estava sujeita aos interesses da outra; agora, ambas as partes devem cooperar para a realização da finalidade que dá origem ao

³⁴¹Nesse caso, tratam-se de deveres secundários de prestação autônoma, os quais podem se subdividir em dois tipos: sucedâneos do dever principal de e coexistentes com o dever principal da prestação (SILVA, 2004, p. 66).

³⁴² Nesse sentido, a dissertação de mestrado intitulada “Da natureza jurídica das obrigações tributárias acessórias conforme a boa-fé objetiva” (LEOPOLDO, 2012).

³⁴³ Quanto à questão da existência de deveres de cooperação quando da inexistência de um dever principal de pagar tributo em razão, por exemplo, da incidência de uma regra de imunidade ou de isenção, entende-se ser cabível porquanto o postulado a boa-fé objetiva se aplica – consoante entendimento defendido neste trabalho – às relações jurídicas como um todo e não apenas às obrigacionais, razão pela qual incidem também nas relações jurídicas existentes entre todos os potenciais contribuintes no que diz respeito a colaborar para com o Fisco, no sentido de que a finalidade socioeconômico maior da relação jurídica tributária – inclusive a obrigacional – seja alcançada, que é a de que seja paga a quantia certa devida (ou não) a título de tributos; não mais e não menos.

vínculo que as une. Dessa forma, observa-se que o vínculo jurídico, tal qual o objeto, restou polarizado pela realização da finalidade da relação jurídica e não apenas da prestação principal obrigacional.

Nesse aspecto, entende-se que a relação jurídica tributária também pode se conformar. Não é porque uma das partes é o Estado e a outra o administrado que não possa haver cooperação. Muito pelo contrário.

Considerando que é interesse de ambas as partes - e dever do Estado - a concreção dos valores e objetivos fundamentais da Constituição Federal, dentre os quais cabe destacar a cidadania, que reflete justamente à participação popular na gestão da coisa pública, e a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo que os tributos relacionam-se diretamente com a idéia de liberdade patrimonial, justiça – a idéia de que cada um tenha o que lhe diz respeito – e solidariedade – que reflete a importância da consideração dos interesses do outro), nada obsta que colaborem nesse sentido.

Ainda mais considerando como a finalidade principal da relação jurídica tributária o pagamento exatamente daquilo que é devido pelo administrado, não mais e nem menos.

Também houve mudança no aspecto subjetivo da relação jurídica obrigacional. Os **protagonistas da relação jurídica** também sofrerem impacto da função polarizadora da boa-fé objetiva. Antes o sujeito ativo era o único possuidor de direitos e o sujeito passivo o único detentor de deveres. Contudo, nessa nova perspectiva ambas as partes são credoras e devedoras no que diz respeito aos deveres de colaboração.

Com efeito, o sujeito ativo permanece credor do dever principal, mas também passa a ser sujeito passivo no que diz respeito à prestação dos deveres de colaboração, pois pode o devedor dele exigir, entre outros, que sua conduta não dificulte o adimplemento que busca realizar.

Nesse sentido, observa-se que as relações jurídicas tributárias também podem - e devem - conformar-se com essa nova concepção do elemento subjetivo. Afinal, os deveres de colaboração traduzem no âmbito das relações jurídicas o padrão de comportamento estabelecido pela Constituição Federal no sentido de os sujeitos da relação jurídica conduzam-se de leal, cooperativo, não lesivo coerente e respeitoso para com os interesses do outro. Quanto mais ainda quando envolvidos diretamente interesses tão substanciais como é o da propriedade, afinal, o tributo é uma direta restrição a este, e da segurança, saúde, educação e outros que se fazem – ou deveriam se fazer – possíveis através da arrecadação dos tributos.

Por sua vez, entender a relação jurídica tributária como polarizada significa entendê-la como composta de fases (MARTINS-COSTA, 2000, p. 394). Nasce, se desenvolve e se extingue.

No caso da relação jurídica tributária, não parece haver problema nesse sentido. Contudo, antes de se passar à explanação das razões pelas quais se tem esse entendimento, importa primeiro esclarecer uma premissa: adota-se, para fins deste trabalho, a concepção de relação jurídica tributária ampla, isto é, formada por diversos tipos de elementos, dentre os quais (mas a ele não se resumindo) o dever principal que é o referente ao pagamento dos tributos devidos, dever esse que possui natureza obrigacional.

Assim, entende-se que a relação jurídica tributária – em conformidade com corpo de normas constitucionais – não deve ser vista como apenas um vínculo obrigacional em torno de um crédito e um débito, mas passa a fazer parte da mesma, nessa visão holística, a finalidade a que lhe cumpre.

Esclarecida essa questão, cabe referir que a relação jurídica tributária pode ser concebida como composta de fases. Entende-se que, *lato sensu*, tem início quando as partes se veem vinculadas por qualquer de seus elementos, inclusive os deveres de cooperação³⁴⁴, como é o caso dos administrados que gozam de imunidades e isenções, os quais se veem vinculados à Administração Fiscal quando surge para eles o dever de prestar informações, por exemplo.

Contudo, cabe frisar que a regra é que o vínculo entre as partes surja com o nascimento do dever principal, isto é, o de pagamento de um tributo, o qual possui natureza obrigacional.

O nascimento da obrigação tributária está condicionado a ocorrência do fato gerador³⁴⁵, surgindo o crédito tributário (para o credor, no caso o ente competente) a partir do lançamento, sendo que a mora será constituída a partir da decorrência do prazo legal após a notificação do sujeito passivo, quando surgirá para o sujeito ativo (o Estado) o direito de cadastrar o débito (do sujeito passivo – contribuinte ou responsável) para controle e cobrança

³⁴⁴ Nesse sentido, o artigo 115 do Código Tributário Nacional determina que o “ato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal” (BRASIL, 1966).

³⁴⁵ Conforme dispõe o artigo 114 do Código Tributário Nacional, o “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”; Ele considera-se ocorrido, em regra, nos termos o artigo 116 do Código Tributário Nacional, “tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios” e “tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”(BRASIL, 1966).

em dívida ativa, a partir de quando surgirá o direito de ajuizamento da ação de execução fiscal.

A extinção do dever principal ocorre a partir do adimplemento do valor devido a título de tributo, bem como dos demais deveres, como de multa (prestação secundária).

Em cada uma destas fases é possível vislumbrar a necessidade – especialmente a fim de que se alcance uma sociedade livre, justa e solidária – de as partes envolvidas (Administração Pública, através de seus agentes, e administrados) – agirem de forma honesta e leal tendo por critério de valoração a conformação da conduta a esses valores a sua análise mediante sua adequação para fins de adimplemento da finalidade à qual se presta a relação jurídica tributária.

No momento da prática do fato gerador, por exemplo, cabe ao administrado não manipular informações e informar fatos falsos. No procedimento de lançamento do crédito tributário deverá a Administração zelar pela efetiva notificação do administrado para que, querendo, possa manifestar-se a respeito, ao mesmo tempo em que cabe também ao administrado o dever de não sonegar à Administração Pública informações reais sobre sua localização. No momento da inscrição em dívida ativa do débito fiscal, bem como no do ajuizamento de eventual ação de execução fiscal, cabe à Administração agir com lealdade no sentido de não cobrar por débitos objeto de prescrição ou decadência, por exemplo.

Ademais disso, também quando da condução das formas de extinção do débito fiscal, como por exemplo do parcelamento, devem ambas as partes pautar suas condutas visando à finalidade que delinea a relação jurídica. Nesse sentido, por exemplo, a exclusão do contribuinte do parcelamento não se legitima, porquanto violadora do dever de agir cooperativamente e lealmente, considerando não apenas os seus interesses, mas também os da outra parte quando, após longo tempo pagando tempestivamente, ocorrer de atrasar uma parcela de valor irrisório quando considerado em face do montante já pago.

E que finalidade seria essa então, já que não se pode confundir a finalidade da relação jurídica tributária em sua concepção ampla com a finalidade do dever prestacional principal (referente à obrigação principal tributária), uma vez que se tratam de institutos jurídicos diferentes.

A finalidade da obrigação principal tributária é o pagamento de certa quantia em razão de um tributo. Mais ampla, porém, é a finalidade da relação jurídica tributária (o que corresponde à uma relação de proporção de estruturas, uma vez que se o dever principal está contido na relação jurídica complexa, a finalidade daquele deve também estar contida na desta).

Dessa forma, a finalidade geral da relação jurídica tributária consiste no pagamento pelo administrado do valor legitimamente exigível a título de tributo, não mais e não menos. Isso significa, também, que o valor pode ser zero (caso das isenções e imunidades, por exemplo), caso em que a finalidade da relação jurídica deverá ser considerada como adimplida na medida em que se faz possível a aferição de que esse valor realmente é zero.

Ainda sobre a questão da finalidade, importa referir que é natural que a finalidade mude conforme as peculiaridades do tipo de relação jurídica sob análise. De qualquer forma, em qualquer que seja o tipo de relação jurídica, tem-se que sua finalidade é aquela alcançada a partir de critérios objetivos, os quais, por sua vez, são estabelecidos através da aplicação da função integrativa do postulado da boa-fé objetiva.

Assim, a finalidade será revelada considerando-se o objetivo econômico-social aferível quanto a certa relação jurídica tendo por base a expectativa (consciência social) do que seria cabível nesse sentido.

Ressalve-se, dessa forma, que não é qualquer escopo que serve ao intuito de polarizar a relação jurídica e moldar seu conteúdo a título dos deveres jurídicos subjacentes, mas somente aquele que, além de relevante, revista-se de objetividade³⁴⁶ e cognoscibilidade³⁴⁷. (MARTINS, 2008, p. 218).

Por fim, cabe frisar que apesar da doutrina da função polarizadora ter sido originada e desenvolvida no direito das obrigações civis, entende-se que seja aplicável a todo e qualquer tipo de obrigação. Mais, entende-se que essa função polarizadora tenha impacto não apenas nas espécie de relação jurídica obrigacional, mas em todas as relações jurídicas.

2.4.4.4 Doutrina que entende a relação jurídica tributária como fenômeno complexo

Como acima exposto, uma vez constatada que a relação tributária é vista como fenômeno complexo e como um processo, evidencia-se a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na sua função polarizadora, porquanto é o responsável por propiciar tal perspectiva. E isso porquanto serve como embasamento para fundamentar racionalmente a criação dos

³⁴⁶ De objetividade porque deve a finalidade se revelar conforme a expectativa de utilidade que deva advir naturalmente daquela relação no que tange à relação de causa e consequência conforme os olhos da sociedade como um todo e não apenas do envolvido. Ou seja, de acordo com os costumes e conhecimento geral.

³⁴⁷ E, de cognoscibilidade porquanto a necessidade econômica que deva ser satisfeita com a prestação principal deve ser concebida com base no contexto – técnico, financeiro, intelectual, cultural – daqueles envolvidos na relação jurídica e seu nível de conhecimento em face às condutas que envolvem a relação.

deveres de cooperação, os quais, ao integrar a relação jurídica, necessariamente a tornaram complexa em seu conteúdo.

Analisando a doutrina brasileira, observa-se que boa parte compreende a relação jurídica tributária como fenômeno amplo e complexo no sentido de que é composta por vários vínculos jurídicos de naturezas jurídicas distintas e provenientes da incidência de normas distintas, os quais se reúnem formando uma relação jurídica tributária polarizada à consecução da finalidade de arrecadação pelo Estado do valor a que tem direito, a título de tributo, conforme as normas legislativas.

Isso não significa que os juristas cheguem a um consenso sobre qual seria o conteúdo preciso da relação jurídica tributária complexa, isto é, quais os deveres e elementos em geral que por ela estariam abarcados (há significativa divergência sobre as sanções incluam-se ou não, por exemplo).

Por outro lado, concordam que formam a relação jurídico tributária complexa o dever de prestação principal (para alguns consistente no crédito tributário e para outros abrangendo qualquer prestação pecuniária) e os deveres de cooperação, os quais são chamados pelo Código Tributário Nacional como “obrigações tributárias acessórias” e por segmento relevante da doutrina tributária de deveres instrumentais de natureza administrativa.

O professor Paulo de Barros Carvalho (1971, p. 383) entende que não se deve cogitar de uma relação complexa porque inexisteriam vários liames de naturezas diferentes formando uma relação especial, defendendo por sua vez a presença de um vínculo de natureza eminentemente obrigacional ao lado de outros liames de natureza administrativa, que seriam deveres que todos os cidadãos têm para com o Estado no sentido de colaborar com a Administração Pública.

Assim, conclui que a relação jurídica tributária restaria formada por dois tipos de relações: uma relação jurídica principal, de natureza obrigacional consubstanciada em uma prestação de dar³⁴⁸, e relações jurídicas secundárias, de caráter administrativo consubstanciadas em deveres acessórios³⁴⁹. Esses dois elementos – “duas realidades

³⁴⁸ Obrigacional porque conjuga os dois fatores entendidos pelo autor como condição para configuração de um vínculo obrigacional: a patrimonialidade e a transitoriedade. Em suas palavras: “Daí a conclusão peremptória e inarredável de que a prestação tributária, consistente em dar o sujeito passivo parcela de seu patrimônio particular ao Estado, por virtude de estar ligado a certa ocorrência fática prevista na legislação impositiva, quadra-se perfeitamente na conceituação de vínculo obrigacional” (CARVALHO, 1971, p. 384). Saliente-se apenas que o objeto do dar é subtendido como o tributo, já que previamente no texto se manifesta pela não inclusão das sanções na relação jurídica tributária e também, a seguir, quando explica que o conteúdo da prestação principal seria econômico, remente ao conceito legal de tributo.

³⁴⁹Esses deveres de caráter administrativo, também por Carvalho chamadas relações jurídicas secundárias, seriam o que fora “designado, inadequadamente, de ‘obrigação acessória’” (1971, p. 383) pois “nada têm de similaridade com o vínculo obrigacional” (1971, p. 385), razão pela qual o seu englobamento dentro da categoria

estruturalmente diversas” (CARVALHO, 1971, p. 383) deveriam, em seu entender, ser separados cientificamente e nenhum empecilho haveria para que viessem a ter existências independentes – embora muitas vezes sejam simultâneas (CARVALHO, 1971, p. 385).

Ainda, Carvalho (1971, p. 382) entende que a sanção não integra a estrutura estática da norma jurídica, consubstanciando-se em outra norma de direito com outra incidência e outro mandamento, ou seja, uma relação apartada. Essa a razão pela qual não inclui as sanções no conteúdo da relação jurídica tributária, como se verá adiante.

Otávio Bulcão Nascimento (2006, p. 812) difere em sua compreensão da relação jurídica tributária, na medida em que adota um conceito amplo da mesma, no qual estariam abarcados os deveres instrumentais tributários, as obrigações pecuniárias sancionatórias e os deveres tributários sancionatórios (os quais se consideram previstos por norma tributária no sentido amplo) juntamente com a obrigação tributária principal (que teria por objeto o pagamento de tributo e seria prevista por norma tributária em sentido estrito). Nesse ponto, cabível salientar que parece que a razão de ser de todas as normas tributárias em sentido amplo seria auxiliar o Estado no recebimento do crédito tributário a que tem direito.³⁵⁰

Leandro Paulsen é outro autor que aduz que para fins de viabilizar a tributação, se faz necessário o estabelecimento de muitas relações jurídicas de naturezas distintas, as quais envolvem tanto contribuintes como não contribuintes. Reconhece, portanto, que a relação jurídica tributária em seu sentido amplo é complexa na medida em que abrange tanto o dever de pagamento dos tributos quanto os deveres de colaboração que qualquer pessoa tem para com a Administração Tributária e os vínculos que dão origem à sanções e que se estabelecem apenas entre o infrator e a Administração Tributária.³⁵¹

das obrigações seria “pouco científica e construída ao arremedo de noções jurídicas fundamentais” (1971, p. 386). Justifica sua natureza de deveres administrativos conceituando-os como “deveres de todos os cidadãos, a fim de que a Administração Pública possa desempenhar, na plenitude, a gestão dos negócios do Estado” e comparando-os com outros deveres que todos os cidadãos têm a fim de tornar possível “a disciplina do relacionamento social e a administração da ordem pública”, como é o dever de respeitar os semáforos (CARVALHO, 1971, 385).

³⁵⁰No seu entender (2006, p. 809) as obrigações principais tributárias seriam “aquelas que tratam da incidência tributária, as quais chamaremos de normas tributárias em sentido estrito. As demais denominamos de normas tributárias em sentido amplo. Dentre essas, podemos citar as obrigações pecuniárias sancionatórias, os deveres instrumentais tributários e os deveres tributários sancionatórios[...] todas editadas com o mesmo objetivo, auxiliar o Estado no recebimento de seu crédito tributário, consubstanciado pelo nascimento da obrigação tributária em sentido estrito”.

³⁵¹Em suas palavras: “Para uma boa compreensão de tais relações jurídicas, dos diversos aspectos das obrigações respectivas e do regime jurídico a que se submetem, impõe-se verificar a sua natureza. Há relações de natureza contributiva fundadas no dever fundamental de pagar tributos e que só podem vincular o contribuinte ao Fisco, outras de natureza não contributiva, fundadas no dever de colaboração de qualquer pessoa com a Administração Tributária e, ainda, relações de natureza sancionadora, que só podem ser estabelecidas entre a Administração Tributária e o infrator.” (PAULSEN, 2010, p. 133).

Ainda, também comungando o entendimento de que a relação jurídica tributária é complexa, tem-se Ricardo Lobo Torres (2005, p. 327-362) que a entende como sendo formada por um conjunto de deveres e direitos tanto do Fisco quanto do contribuinte, e, inclusive, menciona que a Administração Pública tem o dever de proteger a confiança nela depositada pelo contribuinte, bem como o sujeito passivo tem o direito a tratamento igualitário e ao sigilo de informações.

Luiz Cesar de Souza de Queiroz (2006, p. 223-260), por sua vez, admite que a relação jurídica tributária seja ampla (formada pelas normas jurídicas tributárias em sentido amplo), abarcando além da obrigação de pagar o tributo, atividades de caráter administrativo.³⁵²

Divergindo da maioria há Regina Helena Costa (2009, p. 174 e 176), que entende que não há uma relação jurídica tributária ampla e complexa, mas várias relações jurídicas tributárias (a obrigação que tem por objeto pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária, a obrigação que tem por objeto prestação de caráter não pecuniário e a relação jurídica sancionatória, de natureza puramente administrativa, que ocorre, em seu entender, quando a sanção não tiver caráter pecuniário).

No direito comparado, mais especificamente no âmbito do Direito Tributário germânico, Klaus Tipke e Joachim Lang (2008, p. 349), introduzem a relação jurídica tributária como resultado da soma da relação jurídica tributária material³⁵³ e da relação jurídica tributária formal³⁵⁴.

Por sua vez, representando a doutrina tributária argentina, Dino Jarach (1957, p. 152-157) defende que a relação tributária seria uma relação de direito e não de poder, como sustentaria a doutrina alemã e a italiana³⁵⁵³⁵⁶, às quais desferiu uma série de críticas, porque tal

³⁵² Entende ele que “norma jurídica tributária em sentido amplo (e mais impreciso) ou norma administrativa-fiscal é a que impõe a alguém (o contribuinte ou um terceiro) a conduta compulsória (obrigatória – “o”) de fazer certas atividades formais, instrumentais, que, direta ou indiretamente, contribuem com o Estado-Administração para o acompanhamento e consecução dos seus desígnios tributários” (QUEIROZ, 2006, p. 240).

³⁵³ A relação jurídica tributária material seria a relação obrigacional tributária, cujo conteúdo é delimitado a cinco pretensões de prestação pecuniária: a pretensão de Direito Tributário o propriamente dita (também conhecida como pretensão fiscal ou principal, que é a fundante da relação de débito fiscal), a pretensão assecuratória da responsabilidade, as pretensões às prestações tributárias acessórias (como pretensões de majoração por atraso, juros, multas de mora, multas constritivas e custas), a pretensão de reembolso fiscal e a pretensão à restituição. (TIPKE; LANG, 2008, p. 355-356)

³⁵⁴ Já a relação jurídica tributária formal, seria aquela referente à relação processual tributária, inaugurada para cada pretensão exurgida das relações jurídicas tributárias e separadas da relação obrigacional tributária, podendo desenvolver-se autonomamente. Seu conteúdo inclui: a execução da imposição (a forma como as autoridades tributárias pretendem executar a pretensão objeto da relação tributária material bem como também abrange o direito fundamental do sujeito passivo de participar no processo de execução da pretensão) e a conduta colaborativa do sujeito passivo no processo fiscal (TIPKE; LANG, 2008, p. 349 e 350)

³⁵⁵ Como autor alemão, cita o professor Ottmar Bühler, e a respeito da doutrina italiana, cita Giannini. Assevera que embora por caminhos diferentes (seja pelo entendimento de que a relação jurídica tributária, seja uma

concepção acabaria por desaguar no entendimento de que a relação tributária seria complexa, por abarcar tanto o direito substantivo quanto o formal³⁵⁷.

O autor defende que separar a relação tributária em substantiva e formal consistiria em uma solução jurídica mais apropriada porque, por exemplo, explicaria o fato de que a legalidade estrita se aplicaria para as relações jurídicas tributária material enquanto que as relações jurídicas formais poderiam ser objeto da legislação tributária.³⁵⁸³⁵⁹ (JARACH, 1957, p. 152-153)

Além disso, frisa que seria mais coerente já que sequer existe necessariamente uma identidade de sujeitos na relação substantiva com as demais, porque a relação que tem como objeto a prestação do tributo tem sempre como sujeitos, por um lado, o sujeito ativo titular do crédito fiscal – ou seja, da pretensão ao tributo -, e, por outro, os contribuintes e responsáveis que estão obrigados ao pagamento dessa prestação. Contudo, os que devem suportar as verificações, inspeções, que estão obrigados a informar, prestar declarações ou apresentar determinados livros, não são necessariamente os contribuintes que tem que pagar o tributo (JARACH, 1957, p. 160).

Por isso, Jarach (1957, p. 158) considera um defeito de análise considerar todos os aspectos reunidos e vê-los como um conjunto em uma relação complexa pois, além de considerar que esse procedimento aparta-se da metodologia que deve seguir o estudo científico³⁶⁰, ele geraria como consequência a concepção de supremacia do Estado sobre os particulares (relação de poder e não de direito) já que na matéria formal existe a possibilidade

relação de império ou de que a norma jurídica tributária não seja uma verdadeira norma jurídica senão um ato administrativo que se realiza através da lei), os autores de ambos países teriam chegado à mesma conclusão: que a relação jurídico tributária é uma relação de subordinação e complexa. (JARACH, 1957, p 155)

³⁵⁶ A relação jurídica tributária substantiva principal é a de pagar um tributo, mas também existem as acessórias, que nascem por fatos outros. Por exemplo, a mora que pode provocar a obrigação de pagamento de juros. Ela é uma obrigação acessória e nasce por um fato novo, diferente do fato imponible, que é o pressuposto da relação jurídica tributária propriamente dita. (JARACH, 1957, p. 160 e 161).

³⁵⁷ Nesse sentido, Jarach (1957, p. 158) cita também Pugliese, para quem a relação tributária seria também complexa, na qual ao lado da relação principal de pagar o imposto, estariam outros deveres de natureza jurídica distinta, como seria o caso das multas, cuja natureza é penal e não tributária.

³⁵⁸ Inclusive, defende que o fato imponible não apenas deve ser veiculado por lei, mas também não pode ser trazido por expressões vagas.

³⁵⁹ Em suas palavras (JARACH, 1957, p. 159-160): *“La diferencia fundamental que existe entre los deberes de colaboración con la Administración pública, entre las relaciones que nacen de las infracciones y pretensiones a las multas o sanciones correspondientes y la relación propriamente dicha, cuyo objeto es la prestación del tributo, me lleva a la conclusión de que no se puede admitir que la relación jurídica tributaria sea compleja: es una relación sencilla, al lado de la cual existen otras relaciones completamente distintas.”*

³⁶⁰ Pondera Jarach (1957, p. 159) que misturar as obrigações de pagamento do tributo com a de determinado comportamento ativo ou passivo para com a Administração para facilitar e cooperar com as tarefas de arrecadação fiscal em uma única relação jurídica de caráter complexo, significa ignorar a característica fundamental do estudo científico, que consiste antes de tudo na análise com a qual se adquire o conhecimento das instituições e, por conseguinte, da síntese que capta a natureza do conjunto.

de que o Estado dite verdadeiras ordens não fundadas em uma lei (cada uma delas) e nem com um fato imponível legal que lhes dê origem.

Logo, pode-se concluir que para Jarach a relação jurídica tributária não seria uma relação complexa, porquanto em verdade seriam duas as relações jurídicas tributárias – uma com conteúdo obrigacional e a outra com conteúdo de deveres de colaboração com a administração. Frise-se, apenas, que se nota em sua concepção do Direito Tributário, por meio da relação tributária processual, que Estado e o cidadão tem como vínculo a cooperação e não a subordinação.³⁶¹

E, por fim, cabe introduzir os ensinamentos de José Luís Saldanha Sanches, que foi professor por muitos anos da Faculdade de Direito de Lisboa, autêntico representante do Direito Tributário português. Seu entendimento é no sentido de que a relação jurídica tributária é composta de deveres principais e deveres secundários, podendo estes serem secundários com prestação autônoma ou secundários acessórios da prestação principal³⁶². (SANCHES, 2000, p. 58).

Ainda, aduz que a existência de deveres secundários – de natureza não obrigacional, derivados da incidência da boa-fé e que se consubstanciariam não apenas na abstenção de atitudes impeditivas, mas também na realização de condutas ativas pelo credor – seria incontroversa na obrigação tributária, porquanto eles integram a teoria geral das obrigações³⁶³ e se agregam à relação jurídica tributária como condição para o pleno adimplemento das obrigações tributárias³⁶⁴. Inclusive, atribui a estes deveres a comprovação da recepção da boa-fé no domínio fiscal.³⁶⁵ (SANCHES, 2000, p. 59).

Ainda, importante ressaltar que, embora a idéia tenha sido concebida no âmbito do direito contratual e se desenvolvido sobretudo no direito obrigacional, entende-se que as relações jurídicas como um todo devem ser vistas como fenômenos dinâmicos e complexos polarizadas pela finalidade pela qual foram constituídas. E isso, pois não apenas as obrigações

³⁶¹ É o que se depende da seguinte assertiva: “[...] es una relación que crea obligaciones y derechos, pero no en sentido unilateral, no con el significado de que los contribuyentes sólo tengan obligaciones y el Estado sólo derechos, sino que da origen a un estatuto o, como decían los juristas romanos, a un status por el cual el contribuyente tiene obligaciones y al mismo tiempo derechos, y el Estado no sólo tiene la pretensión o derecho creditorio correspondiente, sino también obligaciones derivadas de ese status, propio de la materia tributaria.”(JARACH, 1957, p. 154).

³⁶² Mas, independentemente da modalidade, ambos existiriam em razão do interesse do credor e nesse rumo se direcionariam. (SANCHES, 2000, p 57)

³⁶³ Inclusive, ressalte-se aqui mais um exposto defensor da teoria geral das obrigações.

³⁶⁴ Faz uma ressalva de que, todavia, não teriam eles a mesma conformidade que apresentam no Direito Civil, mas a assertiva não é explicada. (SANCHES, 2000, p. 59)

³⁶⁵ Explica que: “a boa-fé e o princípio da tutela da confiança podem considerar-se no Direito Fiscal como normas não formuladas, que fornecem diretivas, tendo como destinatários os particulares individualmente considerados e os órgãos da Administração a quem cabe aplicar a lei, para a resolução de casos concretos da relação jurídica tributária.” (SANCHES, 2000, p. 59)

devem concretizar o valor da justiça através de sua operabilidade, mas todas as relações jurídicas.

Dessa forma, se entende que por essa função, em casos concretos, fique clara a materialização da função social do direito, estampada na Constituição de diversas formas. Isso é, ela enfatiza que o direito (e com ele as relações jurídicas que o efetivam) deve ser exercido sempre polarizado a uma finalidade maior, que nesse caso específico é a sua função social e a justiça.³⁶⁶

2.4.5 Em caso de dúvidas

Por exemplo, vislumbra-se uma hipótese de sua ocorrência **quando houver dúvida** sobre qual o sentido que se deve atribuir ao texto no caso concreto, oportunidade em que o princípio da boa-fé objetiva operará para direcionar a escolha no sentido de que ela seja a que melhor promova o valor da lealdade nas relações intersubjetivas tributárias.

Nesse sentido a regra interpretativa extraída do artigo 109 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários” (BRASIL, 1966). Cabendo, ainda, frisar que, consoante o artigo 110 do Código Tributário Nacional, quando importar em alteração de competências tributárias:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios (BRASIL, 1966)

Ademais disso, é possível também vislumbrar a atuação do princípio da boa-fé objetiva em sua função interpretativa também para **eliminar aquelas possibilidades de escolha de sentido da norma que implicariam em prejuízo demasiado de uma parte em detrimento da outra**, por tal desequilíbrio não coaduna com uma conduta leal no sentido de se levar em conta os interesses também do outro e não exclusivamente seus.

³⁶⁶ Tanto assim, que Murilo Rezende dos Santos (2009, p. 225) indica essa função da boa-fé objetiva como nascente de diversas teorias atuais, dentre as quais a teoria do abuso de direito, mas não se limitando apenas a ela, sendo também apontadas as teorias que proíbem o comportamento contraditório, a teoria do adimplemento substancial, a teoria da imprevisão e a teoria da quebra da base objetiva do negócio.

Tratando sobre a função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva em âmbito tributário, Éderson Garin Porto tendo como pressuposto que “a boa-fé objetiva, como cânone hermenêutico-integrativo, serve para permitir colmatar lacunas ou sanar imprecisões dos termos do contrato, ou ainda, para ordenar a relação contratual segundo os comportamentos devidos e esperados das partes”, refere que embora em um primeiro momento pudesse parecer que não fosse possível sua aplicação “tendo em vista que as obrigações tributárias principal e acessoria devem estar plasmadas na lei, sendo inócua qualquer determinação sem fundamento legal” ela não apenas é possível, como é necessária porque “a norma é construção”, “será um resultado da conjugação de texto e interpretação”, e porque considerando que “a lei não possui a capacidade de esgotar e prever todas as vicissitudes infundáveis e peculiares da vida humana” e que é certo que os dispositivos legais possuem “certa indeterminação”, é “indispensável oferecer ao intérprete certos instrumentos capazes de orientar a interpretação de forma a conduzir a um resultado mais adequado e coerente com o sistema”, que é justamente quando a “boa-fé objetiva assume importância decisiva no exame das relações obrigacionais tributárias, pois opera como orientação ao intérprete para compreender a relação obrigacional de forma coerente com os padrões de comportamento propugnados pela cláusula de boa-fé.” (PORTO, 2106, p. 119-220).

Com efeito, não se olvida que no exercício dessa função, a boa-fé objetiva tem como destinatário imediato o aplicador do Direito, mas mediatamente *se dirige a todas as partes vinculadas pela relação jurídica*, na medida em que por instituir dever geral de lealdade, traduzido pelas ideais nucleares que compõem seu núcleo semântico, se aplica à construção do sentido da norma que incidirá no caso concreto, a qual incidirá sobre todas as partes da relação jurídica. Em outras palavras, devem as partes conduzirem-se com lealdade, pois esses valores serão critérios para construção da norma que incidirá no caso concreto sobre a relação jurídica sob apreço do Juízo.

2.4.6 Relação com demais funções

O princípio da boa-fé objetiva opera através de sua função interpretativa quando seu conteúdo autônomo, derivado da aplicação dos valores que lhe são ínsitos, serve para diretamente propor uma resposta ao problema jurídico concreto.

Como valores nucleares do princípio da boa-fé objetiva, tem-se o valor da lealdade, o qual traduz, pelo menos, as seguintes idéias semânticas: dever de não lesividade e

não enganação, dever de agir cooperativamente zelando para a finalidade da relação jurídica em concreto seja alcançada, dever de respeito às legítimas expectativas criadas no decorrer da relação jurídica e dever de comportamento coerente e responsável.

Contudo, em razão da sistematização do princípio da boa-fé objetiva encontrar-se bem desenvolvida, não é fácil encontrar algum caso que vá ser resolvido pelo conteúdo autônomo do princípio da boa-fé objetiva, sem que o órgão julgador recorra à sua relação – ainda que implícita – com algum dos deveres de conduta oriundos do princípio da boa-fé objetiva aplicáveis ao Fisco ou ainda com alguma das máximas que formam a utilização da boa-fé objetiva como princípio que impõe a utilização regular e responsável dos direitos subjetivos e posições jurídicas.

Dessa forma, entende-se que a função interpretativa será aplicada somente subsidiariamente no sentido de concretizar os valores da lealdade e seus derivados semânticos, isso é, quando não houver outra função já sistematizada do princípio da boa-fé objetiva que seja aplicável ao caso. Ou, em outras palavras, quando não é o caso da aplicação da boa-fé objetiva em sua função de criadora de deveres de colaboração, os quais, conforme Éderson Garin Porto consistem em um subprincípio do princípio da boa-fé objetiva³⁶⁷, e também quando não é o caso de aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva através das máximas de limitação do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas.

Com efeito, todas as hipóteses nas quais a boa-fé objetiva atua como limitadora do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas refletem a interpretação da situação concreta diante dos valores da lealdade através das idéias nucleares de não lesividade e enganabilidade, de cooperação para com a realização da finalidade a que se propõe a relação jurídica em contrato, de respeito às expectativas legitimamente formadas durante o desenvolvimento da relação jurídica e também de coerência comportamental.

Da mesma forma ocorre nas hipóteses em que, em razão da aplicação da boa-fé objetiva exsurtem deveres de cooperação para a Administração Pública Fiscal.

Contudo, nos casos em que a doutrina e a jurisprudência consagrou deveres de cooperação e máximas de aplicação da boa-fé objetiva como concretizadora do exercício regular do direito, entende-se ser mais adequado a aplicação do princípio da boa-fé objetiva em tais funções.

³⁶⁷Éderson Garin Porto (2016, p. 217) defende que “[...] a colaboração, a cooperação e a proteção desempenham um papel principiológico, na medida em que apontam para um estado ideal de coisas a serem perseguidos pelo intérprete e pelo aplicador das normas que regem o Sistema Tributário Nacional, a saber: os valores lealdade, probidade, segurança, estabilidade, incolumidade devem ser promovidos.”

2.4.7 Teoria da Aparência

Não obstante, também nesse contexto merece especial comentário a relação realizada por Judith Martins-Costa entre a **função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva e a teoria da aparência**. (MARTINS-COSTA, p. 435-436).

Nesse sentido, discorda-se da autora por duas razões.

A primeira é porque se entende que a boa-fé subjetiva consiste na valoração da intenção de alguém e não na valoração de sua conduta, já que esta é apenas um meio para desvendar o que se passou no plano psicológico, que é aquilo que consiste no objeto de valoração no sentido de ser considerado adequado ou não com o ordenamento jurídico a partir do critério de que tal intenção deve ser considerada honesta e leal.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva servir como fundamento de decisão em tais casos, entende-se possível, desde que a conduta do sujeito seja em si mesmo o meio e o fim da análise, apurando-se se essa conduta conforma-se com aquilo que esperado como honesto e leal tendo em vista o parâmetro da expectativa social.

De qualquer forma, no julgado apresentado pela autora (MARTINS-COSTA, 2000, p. 435-436) nota-se que a aplicação da boa-fé objetiva relaciona-se diretamente com a idéia de preservar a legítima expectativa traduzindo o dever de respeito que deve haver entre as partes de uma relação jurídica em cumprimento as vales da lealdade. Ocorre que tal aplicação da boa-fé objetiva já encontra-se respaldada pela sua aplicação como limitadora do exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas, ou seja, trata-se da aplicação da boa-fé objetiva em sua função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas e não em sua função interpretativa.

2.5 Preenchimento dos Requisitos Elementares Próprios dos Princípios

O conceito adotado quanto aos princípios, consoante exposto no capítulo primeiro dessa segunda parte do trabalho, foi o de que consistem em normas projetivas, sem conteúdo imediatamente definido e integral, mas essencialmente finalístico, demandando na atividade de sua aplicação a consideração do “estado de coisas” a ser alcançado e das condutas necessárias para alcançá-lo. (ÁVILA, 2009, p. 78-79).

Portanto, os critérios que os distinguem os princípio da das regras e que devem ser objeto de análise quanto à atuação da boa-fé objetiva consoante as funções acima referidas,

são os seguintes : (a) sua **finalidade imediata** é a “promoção de um estado ideal de coisas” enquanto que a das regras é a “adoção da conduta descrita”; (b) sua **finalidade mediata** consiste na “adoção da conduta necessária” para alcançar o “estado ideal de coisas” pretendido enquanto que a das regras é a “manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores”; (c) a **justificação quando de sua aplicação** importa na “correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas” enquanto que no caso das regras importa na “correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato”; e (d) a **pretensão de decidibilidade** que lhe é inerente caracteriza-se pela “concorrência e parcialidade”, enquanto que a das regras é fundada na “exclusividade e abarcância”. (ÁVILA, 2009, p.78).

2.5.1 Finalidade imediata de promoção da lealdade como ideal de conduta nas relações jurídicas

Inicialmente, tem-se que a finalidade imediata da boa-fé objetiva é a promoção do seguinte estado ideal de coisas: a lealdade no âmbito das relações jurídicas travadas entre a Administração Pública Fiscal e o administrado como forma de concretizar o valor fundamental da justiça.

De forma mais específica, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva no âmbito tributário tem por finalidade imediata que as pessoas³⁶⁸ se conduzam de forma honesta e leal na origem, desenvolvimento, e extinção da relação jurídica tributária, especialmente – mas não exclusivamente³⁶⁹ - da obrigação tributária, colaborando para que a finalidade da relação jurídica tributária, isso é, a arrecadação pelo Fisco do valor devido consoante o ordenamento jurídico, não mais e não menos, não seja frustrada³⁷⁰.

Inclusive, cabe referir que a boa-fé objetiva está dentre aquelas normas que mais fielmente traduzem de modo direto a idéia de Direito na medida em que possui íntima relação com concretização da própria justiça material, traduzida pela exigência do

³⁶⁸Os contribuintes e administrados em geral, bem como os Entes Públicos que desenvolvem atividade relacionada à instituição, fiscalização e arrecadação de tributos através de seus representantes.

³⁶⁹Uma vez que há relações jurídicas tributárias que têm por objeto uma ação de fazer ou não fazer, ainda que não haja que se falar em tributo em razão da incidência de regra de imunidade ou de isenção.

³⁷⁰ Necessário aqui, ressaltar que, desde já, se observa o postulado da boa-fé objetiva em sua função polarizadora atuando, na medida em que estabelece os critérios pelos quais deverá ser compreendida a promoção da lealdade através das condutas realizadas, que é visando à consecução da finalidade que dá origem à relação jurídica analisada mediante as circunstâncias concretas.

comportamento adequado, concretamente analisado, nos moldes da lealdade consoante as expectativas sociais de adequação.

E a realização da justiça, tal como ensina Klaus Tipke (2012, p. 13), é da mais alta relevância em um Estado de Direito, no qual “tudo deve o quanto possível ocorrer com justiça. Essa é a mais alta exigência, que se pode fazer perante ele. Essa exigência não pode em sua essência ser anulada ou deslocada por outras exigências.”

Adequado, portanto, referir-se à boa-fé objetiva como possuidora de reduzido grau de determinabilidade imediata, porque se trata de norma cujo núcleo essencial é formado por termo indeterminado e vago - a lealdade -, os quais apesar de não determinados abstratamente, são seguramente determináveis considerando o caso concreto.

Aliás, não apenas são determináveis mediante a consideração do caso concreto como também somente poderão ser determinados nesse contexto. Ainda que se proponha conteúdos de significado que entende-se componham o núcleo semântico do valor da lealdade, a partir do qual normalmente ocorre sua aplicação, é inconteste que somente diante da análise das peculiaridades do caso concreto é que se poderá determinar como o dever de conduzir-se conforme a boa-fé deve ser considerado como respeitado pelas partes de certa relação jurídica.

Portanto, porque o princípio da boa-fé objetiva se presta a estabelecer um núcleo de conteúdo finalístico e não a, imediatamente, descrever um determinado comportamento a ser realizado e aferível mediante simples operação de subsunção à hipótese prevista, pode-se concluir que no pertinente a sua finalidade imediata, a boa-fé objetiva inegavelmente configura-se como norma do tipo princípio.

2.5.2 Finalidade mediata de adoção da conduta necessária para alcançar a lealdade

A finalidade mediata da boa-fé objetiva consiste em instituir às pessoas o dever de adotarem as condutas necessárias à promoção da lealdade no âmbito das relações jurídicas interpessoais, o que significa também que elas devem se abster de condutas desonestas e desleais.

Nesse sentido sua função criadora de deveres, na medida em que impõe que as partes de certa relação jurídica devem fazer o máximo possível no sentido de cooperarem para a realização da finalidade que justifica a existência jurídica daquela relação, e sua função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas na medida em que determina que sua

conduta deve ser coerente e consciente de que seus atos prévios podem gerar expectativas legítimas na outra parte, as quais devem ser respeitadas.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva funciona como suporte, bem como critério de delimitação na construção do sentido das normas referentes aos deveres de cooperação e daquelas advindas da aplicação dos mandamentos da *surrectio*, *supressio*, *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos contratuais e *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*. Em outras palavras, atua como meio de coesão e complementaridade semântica no ordenamento jurídico.

Por certo que a fim de que o ordenamento jurídico seja considerado coerente e coeso é necessário uma relação de derivação material e formal não apenas entre as regras e princípios, mas também entre os próprios princípios. Tanto assim que, conforme leciona Humberto Ávila, é característico dos princípios a função eficaz interpretativa, é a repercussão que os princípios possuem em relação à compreensão do significado das normas que possuem grau de abstração menor que o seu. Nesse sentido, a interpretação das normas menos abstratas deve ser realizada considerando uma finalidade maior a ser alcançada. Essa função serve como meio de ligação entre as normas propiciando coesão e complementariedade semântica normativa (ÁVILA, 2010, 46-47).

Contudo, o raciocínio lógico de derivação entre os princípios relaciona-se mais com a idéia de reforço dos valores por eles traduzidos do que da idéia de manutenção de fidelidade para com o propósito que lhe é subjacente. Até porque cabe aos princípios, como atributo qualificador, instituir os propósitos e valores que deverão servir de guia para as regras.

Dessa forma, porque se constata que as funções da boa-fé objetiva traduzem a adoção da conduta necessária para concretizar a lealdade como forma ideal de conduta nas relações jurídicas, não se vislumbrando que sua aplicação esteja focada na manutenção de fidelidade a uma finalidade diferente de inerente ao próprio instituto jurídico, considera-se que no pertinente ao requisito da finalidade mediata a boa-fé objetiva enquadre-se como norma do tipo princípio e não do tipo regra.

2.5.3 Aplicação com base na análise da adequação da conduta das partes com o comportamento devido e esperado das partes consoante a expectativa social.

A justificação que se percebe quando da aplicação da boa-fé objetiva condiz com a correlação a análise da conduta e sua propensão, conforme seria esperado do ponto de vista da coletividade como um todo, para ser considerada como consoante o valor da lealdade.

Em outras palavras, na aplicação da boa-fé objetiva para fundamentar uma decisão em um caso concreto nota-se frequentemente a relação entre a lealdade e honestidade, bem como entre a solidariedade e probidade com os deveres acessórios, a exemplo do dever da Administração Pública de fiscalização e de fornecimento de informações claras e corretas, bem como com as máximas de proibição de comportamento contraditório e de violação do dever de confiança.

Inclusive, nesse sentido a posição de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 42-43), o qual ressalta em sua clássica obra sobre a boa-fé que:

“A boa-fé objectiva não comporta uma interpretação-aplicação clássica. Desde cedo, tem sido traçado o seu paralelo com as lacunas. A disposição que remeta para a boa-fé não tem, ela própria, um critério de decisão: a interpretação tradicional de tal preceito não conduz a nada. **Na sua aplicação, o processo subsuntivo torna-se impossível.** [...] A boa-fé objectiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz. Torna-se, nessa medida, impraticável locubrar sobre os textos que a consagram. O estudo do litígio concreto, a comparação de casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente formam a base essencial duma investigação sobre a boa-fé. [...] Na fase anterior à formação de um Direito jurisprudencial seguro, ela implica uma atividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face o sistema global e o caso a resolver. E como o Direito jurisprudencial, a formar-se, é sempre parcelar, deixando, em crescimento permanente, áreas por cobrir, o fenómeno mantém-se.” (Grifo nosso)

Dessa forma, porque não se constata que a aplicação da boa-fé objetiva nos moldes subsuntivos de correspondência entre a previsão de uma certa situação e sua incidência, mas sim através da relação da conduta das partes com a promoção do valor da lealdade, traduzido, dentre outros, pela constatação de não lesividade e engano, de atitude colaborativa com a arrecadação dos tributos devidos consoante os termos legais e de comportamento coerente durante a relação jurídica e respeitador das expectativas legitimamente originadas por condutas prévias, entende-se que o instituto jurídico está a enquadrar-se, no que diz respeito a esse requisito, como norma do tipo princípio e não do tipo regra.

Por conseguinte, não se vislumbra uma aplicação da norma da boa-fé nos moldes subsuntivos de correspondência entre conceito da norma e o conceito do fato. Observa-se, porém, que sua funcionalidade está direcionada a proporcionar o estado ideal da lealdade nas condutas praticadas nas relações jurídicas interpessoais. Assim, sob esse aspecto, a boa-fé objetiva também cumpre com o critério referente aos princípios.

2.5.4 Sua aplicação como fundamento jurídico de decisões normalmente ocorre em conjunto com outros princípios

No caso, os princípios caracterizam-se pela concorrência e parcialidade quando de sua aplicação como fundamento decisório em razão de sua finalidade imediata tratar-se da promoção de um estado ideal de coisas, o que reflete no seu conteúdo eminentemente axiológico.

A técnica legislativa, nesse caso, é a de que o juízo de valor seja realizado pelo aplicador do direito, isto é, posteriormente ao ingresso da norma no ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre com a técnica legislativa empregada para as regras, as quais se qualificam pela exclusividade e abarcância por quanto o juízo de valor para aquele tipo de situação é realizado pelo legislador no momento em que edita o ato normativo, portanto, previamente ao seu ingresso no ordenamento jurídico.

Por isso é que sua operabilidade é diferente. Porque, em verdade, pretende o legislador conferir efeitos diferentes ao dispor do tipo normativo; efeitos, inclusive, que repercutem na forma de argumentação necessária para a adequada aplicação, já que as regras para serem superadas, justamente pela sua qualidade de pretensão e exclusividade e abarcância, demandam maior ônus para quem dela faz uso do que os princípios, que por natureza foram concebidos para serem mais flexíveis e regulares às situações que o legislador achou por bem não predeterminar soluções prévias, mas considerar essencialmente o suporte fático e jurídico do caso concreto.

Claro que isso não significa que as regras não possam ser superadas, contudo, apenas excepcionalmente. Já os princípios são mais facilmente superáveis em razão de que o que determina que eles proporcionem a solução no caso concreto seja o sopesamento de finalidades a serem promovidas.

Com efeito, a boa-fé objetiva não é daquelas normas que já trazem uma prévia valoração realizada pelo legislador, devendo a valoração da conduta ser realizada concretamente através da aplicação dos princípios sobre a situação incidentes.

Nesse sentido, concorre com outros princípios passíveis de aplicação no caso concreto com o fim de proporcionar a solução para o problema jurídico sob análise, atuando com parcialidade, pois através de sopesamento e ponderação.

Outrossim, é norma em que o legislador optou que o juízo de valores fosse realizado no caso concreto, razão pela qual sua estrutura normativa não prevê uma específica hipótese de aplicação, e, por este modo, não tem como ser considerada abarcante. Alhures, é

notório que a boa-fé tem como função – a mais disseminada, embora não se possa considerar a mais importante, pois todas elas são importantes para servir à promoção da lealdade como parâmetro de conduta nas relações jurídicas interpessoais – a incidência sobre as regras para servir-lhes não como suporte jurídico, mas como parâmetro de argumentação de superabilidade no intuito de flexibilizar os seus efeitos em razão da realização da justiça substancial – sob os aspectos da lealdade – no caso concreto, a fim de prestigiar e incentivar (funcionando como um reforço positivo, portanto) para as condutas realizadas em conformidade com o direito.

Desse modo, quanto a esse critério, em não sendo possível falar de exclusividade e nem de abarcância no caso da boa-fé objetiva, tal norma deve ser considerada como princípio.

Portanto, considerando todo o acima exposto, conclui-se, com efeito, que a boa-fé objetiva como norma possui inquestionável dimensão normativa de princípio conforme os critérios diferenciadores adotados entre regras e princípios, princípio esse considerado geral de direito e aplicável em todo o âmbito compreendido pelas relações jurídicas, ou, em outras palavras, em todo o campo do Direito.³⁷¹³⁷²

Através do exercício das funções acima analisadas, observa-se que a boa-fé objetiva preenche os requisitos elementares próprios dos princípios, do que se conclui que sua atuação nos moldes da função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas, de criadora de deveres de colaboração e interpretativa a boa-fé objetiva traduz sua natureza de norma de caráter principiológico no ordenamento jurídico.

2.6 Conclusões Parciais

³⁷¹ Nesse sentido, por exemplo, Reis (2008, p. 223, grifo nosso): “Desta forma, tem-se a presença da boa-fé como **um princípio geral de direito** que pode atuar, de forma autônoma ou, ainda, na solução de conflitos, se valendo como parâmetro interpretativo, que há de harmonizar a norma e conduta praticada, porquanto a boa-fé é um princípio constitucional derivado do princípio da moralidade, sendo aplicável às relações de direito público, que devem ser praticadas com observância aos princípios éticos e morais, especialmente, a proteção da confiança e o dever de lealdade”.

³⁷² De se informar que o entendimento, porém, não é unânime. Martins-Costa (2000, p. 412) discorda que a boa-fé objetiva seja um princípio geral: “A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um ‘princípio geral’ ou como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, “denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico [referindo utilizar-se do termo ‘modelo jurídico’ na acepção de Miguel Reale, no sentido de que este coincide com uma única norma]”.

Primeira: A análise das funções do princípio da boa-fé objetiva é de suma importância tanto para fins de se vislumbrar como tende a ocorrer a concretização do valor da lealdade nas relações jurídicas tributárias. Ainda, de extrema relevância na medida em que representa a sistematização do instituto jurídico na medida em que identifica os casos em que é cabível a sua aplicação, o que além de revelar seu caráter de técnica-jurídica, auxilia o operador do Direito na resolução de casos concretos e proporciona maior controle, e dessa forma maior legitimidade, quanto à construção do seu conteúdo de sentido no caso concreto.

Segunda: A boa-fé objetiva possui função normativa de princípio no Direito Tributário, pois consiste em norma projetiva sem conteúdo imediatamente definido e integral, mas essencialmente finalístico, demandando na atividade de sua aplicação a consideração do “estado de coisas” a ser alcançado e das condutas necessárias para alcançá-lo. (ÁVILA, 2009, p. 78-79)

Terceira: Aplicando a teoria que diferencia as regras e princípios ao fenômeno jurídico da boa-fé objetiva, pode-se concluir que a boa-fé é um princípio, pois prescreve como finalidade imediata um estado de coisas a ser promovido sem a prévia determinação de um comportamento determinado, sendo apreensível a solução jurídica por ela oferecida, isto é, sendo possível identificar o comportamento que lhe traduz o significado *somente no caso concreto* considerando as peculiaridades da situação e a conduta dos sujeitos em face da finalidade a ser atingida naquela relação jurídica.

Quarta: Nesse sentido, a boa-fé objetiva tem como finalidade imediata a promoção, especialmente no âmbito das relações jurídicas interpessoais, de que as pessoas ajam de forma leal, especialmente com o sentido de cooperação com a finalidade da relação jurídica em que se encontram e com o sentido de coerência comportamental, isto é, respeito à confiança mútua como forma de concretizar o valor fundamental da justiça.

Quinta: Ainda, a boa-fé objetiva tem como finalidade mediata a instituição do dever de que as pessoas adotem as condutas necessárias à promoção da lealdade em sua atuação, especialmente no âmbito das relações jurídicas interpessoais.

Sexta: Não obstante, a aplicação da boa-fé objetiva justifica-se por meio da correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas considerado pela perspectiva, por exemplo, de sua função criadora de deveres, na medida em que impõe que as partes de certa relação jurídica devem fazer o máximo possível – o que será aferível somente no caso concreto – no sentido de cooperarem para a realização da finalidade que justifica a existência jurídica daquela relação, e de sua função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas, na medida em que determina que a conduta das partes deve ser coerente e

responsável pelas expectativas legítimas geradas na outra parte em razão dos atos prévios. Ainda, a boa-fé objetiva tem como repercussão a alteração dos legais efeitos da conduta, aumentando-os, reduzindo-os, criando efeitos não previstos ou mesmo extinguindo totalmente efeitos previstos para o fim de promover a realização de condutas objetivamente leais, isto é, conforme o parâmetro socialmente definido como adequadas para atender ao propósito daquela relação jurídica.

Sétima: Por sua vez, a pretensão de decidibilidade da boa-fé objetiva é caracterizada pela concorrência e parcialidade, uma vez que é aplicada em ponderação especialmente com o princípio da legalidade estrita, conferindo-lhe flexibilidade ao se contrapor a ele, em certos casos concretos, em razão do valor da lealdade, que enseja a estabilidade da relação jurídica com base nos comportamentos previamente adotados, quando será realizada ponderação para fins de verificar, por exemplo, se segurança jurídica seria melhor promovida, concretizando desse modo a justiça bem como enseja a criação de deveres não expressamente previstos para as partes, os quais são entendidos como necessários para viabilizar a finalidade concreta de certa relação jurídica.

Oitava: Ademais disso, cabe ressaltar que a boa-fé objetiva comprova-se como princípio porquanto se trate de norma em que o legislador optou que o juízo de valores fosse realizado no caso concreto - e não previamente, como é típico da regras-, razão pela qual sua estrutura normativa não prevê uma específica hipótese de aplicação.

Nona: Portanto, pelo exposto acima, possível concluir com segurança que a boa-fé objetiva possui inquestionável dimensão normativa de princípio conforme os critérios diferenciadores adotados entre regras e princípios, *princípio esse considerado geral de direito* e aplicável em todo o âmbito compreendido pelas relações jurídicas, ou, em outras palavras, ao Direito Tributário.

Décima: Como peculiar aos princípios, em razão de sua natureza normativa de indicar uma finalidade a ser alcançada sem, contudo, especificar exatamente como fazê-lo, entende-se que o conteúdo de sentido do princípio da boa-fé objetiva somente poderá melhor definido com a análise de suas funções, que são três e compreendem-se como os papéis práticos que ocupa no universo jurídico de modo a influenciá-lo. Ademais disso, a importância da análise de suas funções revela-se na medida em que se considera que é pela delimitação e sistematização delas que o instituto apresenta-se como subjetivamente controlável, o que é de fundamental importância dentro da concretização dos sobreprincípios do Estado de Direito e da democracia.

Décima primeira: Ainda, sobre as funções do princípio da boa-fé objetiva, importante ressaltar que dependerão de cada caso concreto, pois ela atuará conforme a necessidade circunstancial, exercendo a função que a solução do caso concreto demanda para fins de promover a lealdade, finalidade imediata que lhe inspira e justifica.

Décima segunda: A função interpretativa é o papel desempenhado pela boa-fé objetiva quando serve de fundamento para condicionar a interpretação das circunstâncias concretas do caso objeto e análise à finalidade da relação jurídica. São hipóteses de sua aplicação: (i) quando houver lacunas; (ii) no caso de dúvidas; e (iii) na função polarizadora, a qual se aplica à interpretação das relações jurídicas em geral, mas também especialmente para fundamentar a função de criadora de deveres de conduta, os quais somente podem ser criados em face do administrado através de lei formal.

Décima terceira: Como segunda função do princípio a boa-fé objetiva, tem-se a função de criadora de deveres jurídicos, meio pelo qual concretiza seus valores nucleares através da imposição de deveres de cooperação às partes, os quais passam a ser embutidos na figura do regular e integral adimplemento da relação obrigacional independentemente de não terem sido previstos pela vontade ou pela lei. Opera aqui o princípio da boa-fé objetiva como fonte normativa direta. Ou seja, a partir da premissa de que as partes devem uma à outra o dever de colaboração a fim de atingir a finalidade em razão da qual a relação jurídica se formou, surgem deveres jurídicos a serem cumpridos pelos envolvidos na relação jurídica. Contudo, importante ressaltar que a função de criadora de deveres de conduta sem que estes estejam expressos na legislação somente se aplica em face da Administração Pública, uma vez que há preceito constitucional que impede que sejam exigidos do administrado deveres que não estejam previstos em um texto legal.

Décima quarta: Finalmente, como terceira função, aparece a de limitadora ao exercício dos direitos decorrentes da relação jurídica, porquanto o exercício de um direito subjetivo deve ser considerado como contrário à boa-fé e, portanto, antijurídico, não apenas quando é utilizado com uma finalidade objetiva ou com uma função econômico-social distinta daquela para a qual foi atribuído a seu titular pelo ordenamento jurídico, mas também quando o direito é exercido de maneira ou em circunstâncias que o tornam desleal segundo as regras que a consciência social impõe. Em outras palavras, o direito subjetivo deve ser exercido sempre conforme a boa-fé objetiva para que seu exercício seja considerado admissível perante o ordenamento jurídico. É no exercício dessa função que o princípio da boa-fé objetiva encontra sua mais afamada aplicação, a qual ocorre através do emprego, em casos concretos, das máximas da *supressio* (ou *atraso desleal*), da *surrectio*, do *venire contra factum*

proprium, do *tu quoque*, do abuso da nulidade por motivos formais, do cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos e, por fim, *do dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*.

CAPÍTULO 3 – DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO POSTULADO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Além das funções da boa-fé objetiva como princípio, consoante recém-apresentado, entende-se que a boa-fé objetiva em âmbito tributário possua funções que lhe fazem reverter-se qualidades peculiares dos postulados normativos aplicativos.

Nesse sentido, inicialmente são feitas algumas considerações gerais entendidas como pertinentes, após são tecidos alguns comentários sobre a qualificação da boa-fé objetiva como um postulado normativo aplicativo e não como um postulado hermenêutico e, então, se procede à análise de cada uma das funções.

Ainda, são apresentadas as razões pelas quais se entende que a boa-fé objetiva no desempenho de tais funções deva ser considerada um postulado e não um princípio, bem como é dedicado um tópico para expor a importância do tema.

Ao final são apresentadas as conclusões parciais.

3.1 Considerações Gerais

Como visto anteriormente, os postulados são condições elementares referentes ao processo de conhecimento do Direito, essenciais para que ele, de forma geral ou em certa área específica, possa ser compreendido adequadamente, isso é, de modo a possibilitar a operabilidade do sistema jurídico, o que depende da forma como as normas relacionam-se entre si.

Ora, sem coerência e coesão, não há sistema; e sem sistema, não pode o Direito cumprir com sua tarefa mais elementar de prover a ordem necessária à organização social, especialmente no que diz respeito ao convívio interpessoal. Nesse sentido, os postulados jurídicos são pressupostos viabilizadores, portanto, da própria ciência do Direito, uma vez que sem eles não se forma o conhecimento jurídico, conteúdo da ciência jurídica.

Estudando a boa-fé objetiva nota-se que ela desempenha importantes funções não apenas em sua como princípio, mas também como postulado normativo aplicativo na medida em que, diante de algumas das funções por ela desempenhadas, percebe-se que tenha como finalidade imediata a imposição de critérios para interpretação em concreto do Direito no intuito de viabilizar seu funcionamento como sistema jurídico eficiente (no sentido de “fazer certo as coisas”, no caso, a aplicação das normas jurídicas) e eficaz (no sentido de

“fazer as coisas certas”, no caso, promover, através da adequada aplicação das normas, a concretização dos objetivos e valores fundamentais constitucionais).

Portanto, dizer que a boa-fé objetiva deve ser compreendida como postulado normativo aplicativo significa dizer que ela deve ser compreendida como método para a aplicação de outras normas do ordenamento jurídico de modo a reforçar os valores e princípios fundamentais constitucionais.

Com efeito, a boa-fé objetiva estrutura a aplicação de outras normas consoante a determinação de que todas devem ser aplicadas consoante o cânone hermenêutico da interpretação teleológica, o que faz de duas principais formas³⁷³, as quais são consideradas como suas funções de destaque: função de padronização e função de exceção.

A **primeira** diz respeito à exigência de que a valoração das condutas das partes em relação ao cumprimento das normas se dê a partir do critério referente à expectativa social de sua adequação, a qual deve corresponder à construção jurídica do que seja um padrão de conduta honesto e leal naquelas circunstâncias específicas. É o que se denomina neste trabalho de **função de padronização da boa-fé objetiva**.

E a **segunda** consiste na exigência de que no estabelecimento, como método de decisão sobre a aplicação de uma regra ou não ao caso concreto, de que, além de preencher os requisitos hipoteticamente fixados para sua aplicação, ela cumpra com a razão que justifica sua existência. Trata-se da **função de aferição de violação da razão da regra, neste trabalho denominada função de exceção**.

Conforme assevera Humberto Ávila, a razoabilidade-equidade é uma das três acepções com que o postulado da razoabilidade é utilizado com maior frequência. Nesse diapasão, após referir que a razoabilidade é utilizada com vários sentidos, em vários contextos e finalidades, o autor refere que

“[...] dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, 2009, p. 153).

³⁷³ Ressalte-se que não se pretende apresentar um rol exaustivo, neste ponto, mas apenas exemplificativo, mencionando-se as funções entendidas como de maior destaque.

Posteriormente, ao tratar da tipologia da razoabilidade, o ator nomina o primeiro caso como sendo de *razoabilidade como equidade*, o segundo caso como sendo de *razoabilidade como congruência*, e o terceiro caso como sendo de *razoabilidade como equivalência*. (ÁVILA, 2009, p. 153-160).

Ressalve-se, contudo, que o apontamento das funções da boa-fé objetiva não possui pretensão taxativa, até porque a matéria é nova e, portanto, fértil campo de desenvolvimento doutrinário, bem como jurisprudencial³⁷⁴.

Nesse contexto, ainda mais uma consideração geral entendida como relevante: entende-se que os postulados normativos aplicativos servem também para estruturar a aplicação de outros postulados, e não apenas de regras e princípios. Nesse sentido, por exemplo, o caso da relação existente entre o postulado da boa-fé e o postulado da razoabilidade³⁷⁵. Nesses casos, os postulados atuam como duplo reforço à aplicação normativa, uma vez que propiciam o controle daquelas normas (postulados) que já servem de controle no que diz respeito à aplicação dos princípios e regras.³⁷⁶

Por fim, importa esclarecer que o fato de uma norma funcionar como princípio, não significa que não possa também funcionar também como postulado. É o caso, por exemplo, da igualdade, a qual ao ser apresentada como um postulado normativo aplicativo específico por Humberto Ávila (2009, p. 152) tem afirmado a seu respeito que:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”.

3.2 Boa-fé objetiva como Postulado Normativo Aplicativo e não como Postulado Hermenêutico

³⁷⁴ Como se verá adiante, já aplicação da boa-fé nas funções de postulado já tem ocorrido implicitamente, isto é, sem clareza referente à citação da utilização da boa-fé objetiva como postulado no fundamento decisório, mas com o evidente uso de seu conteúdo para solucionar o problema jurídico concreto em questão.

³⁷⁵ Nos moldes da explanação realizada no Capítulo 4, Parte I.

³⁷⁶ Apesar de Ávila (2009, p. 153) referir que os postulados normativos aplicativos estabelecem a estrutura de outras normas, quais sejam os princípios e as regras (“[...] estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras.”), observa-se que em outro trecho, da mesma obra, faz referência à utilização de postulados normativos aplicativos específicos para estruturar de forma mais intensa a aplicação do postulado normativo aplicativo da ponderação (ÁVILA, 2009, p. 146).

Como visto no Capítulo 1 da II Parte desse trabalho, os postulados podem ser de **duas espécies**, a depender do tipo de objeto a que se refiram: meramente hermenêuticos (ou ético-políticos) e normativos aplicativos. Os primeiros destinam-se à compreensão geral do Direito e os segundos à compreensão - e determinação - de como as normas devem ser concretamente aplicadas. (ÁVILA, 2009, p. 123-124)

Com efeito, tanto os postulados hermenêuticos quanto os aplicativos consistem em normas utilizadas para determinar o modo de funcionamento de outras normas, isso é, operam na estruturação do raciocínio do aplicador do direito propondo a construção de uma linha lógica jurídica.

O critério de diferenciação adotado por Humberto Ávila é o de que os postulados meramente hermenêuticos seriam preceitos que imediatamente serviriam à compreensão **abstrata** do ordenamento jurídico enquanto que os aplicativos seriam preceitos que serviriam à compreensão **concreta** deste³⁷⁷.

Abstrata porque os postulados hermenêuticos têm como objeto o estabelecimento de critérios e relações entre as próprias normas (relações internas dentro do ordenamento jurídico) sem a necessidade de consideração do teor específico da norma para fins de estabelecimento do raciocínio lógico proposto. Em outras palavras, o caso concreto não tem o condão de alterar em nada a conclusão à que leva a aplicação do postulado hermenêutico.

Por sua vez, a compreensão proposta pelos postulados aplicativos normativos seria concreta porquanto tenham por objeto estabelecer métodos referentes a como as normas devem ser aplicadas considerando as especificidades de cada caso sobre o qual recaem, do que se extrai que envolvem na linha lógica jurídica proposta a consideração de elementos externos ao ordenamento jurídico (outros que não as normas).

Humberto Ávila (2009, p. 140) refere que a categoria dos postulados, qualquer que seja seu tipo, incide sempre sobre normas. O faz com razão, pois os postulados servem como parâmetro para aplicação de alguma norma, sempre. Mas isso não significa que sua aplicação tenha sempre por objeto exclusivamente uma relação de normas com normas. No caso dos postulados meramente hermenêuticos, sim; mas, no caso dos postulados normativos

³⁷⁷ Nesse sentido, Ávila (2009, p. 124) leciona que “há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estrutura a sua aplicação concreta”, reforçando a idéia em obra posterior ao referir que “no âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária, embora, por óbvio, não exclusiva, à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico”. (ÁVILA, 2010, p. 43)

aplicativos sua aplicação pode vir a abarcar elementos externos ao ordenamento jurídico para fins de análise da solução jurídica a ser alcançada.

Os exemplos citados por Humberto Ávila, abaixo expostos, corroboram o entendimento.

Desenvolvendo o tema dos postulados hermenêuticos, Humberto Ávila (2010, p. 43) refere que “as condições do conhecimento reveladas pela hermenêutica são verdadeiros postulados: onde há uma parte, há o todo; onde há um objeto cognoscível há um sujeito cognoscente; onde há um sistema, há um problema”.

Ainda, em obra diversa, o autor cita como exemplos específicos de postulados hermenêuticos o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o da coerência e o da hierarquia.

O **postulado da unidade do ordenamento jurídico** se presta “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade.” (ÁVILA, 2010, p. 43).

O **postulado da coerência**, por sua vez, seria um sub elemento do postulado da unidade do ordenamento jurídico, o qual impõe “ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhe são formal ou materialmente superiores.” (ÁVILA, 2010, p. 43).

E, finalmente é citado também o postulado da hierarquia, que serve de fundamento para “a compreensão do ordenamento como estrutura escalonada de normas”, sendo que dele “resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição” (ÁVILA, 2010, p. 43-44).

Ora, todos esses postulados acima citados aplicam-se em abstrato, considerando que o cumprimento das exigências impostas, independe do teor específico de certa norma.

Para ser cumprida a exigência de o intérprete relacionar a parte e o todo mediante o emprego de categorias de ordem e de unidade não é necessário saber o conteúdo específico de uma norma, mas apenas ter-se em mente que ela, qualquer que seja a norma, terá que ser relacionada quando de sua aplicação conforme uma estrutura pré-estabelecida.

O **postulado da coerência**, por seu turno, estabelece que essa relação normativa acima referida deva ser realizada em relação às normas – formal ou materialmente – superior àquela analisada, independentemente de qual seja. Dessa forma, a exigência se relaciona não com quais as normas especificamente deve aquela norma em análise ser

relacionada, mas sim ao fato de que a relação deverá ocorrer consoante as normas que, sejam quais forem no caso concreto, forem entendidas como suas superiores.

E, finalmente, o mesmo ocorre quando da aplicação do postulado da hierarquia, sendo irrelevante o conteúdo da norma para que ele seja respeitado, bastando que quando de sua aplicação entenda-se que ela ocupa certa posição no ordenamento jurídico, posição essa que servirá de referência para fins de constatação de quais lhes sejam as normas formais e materialmente superiores.

Por outro lado, são mencionados como exemplo dos postulados normativos aplicativos: o da ponderação de bens, o da concordância prática, o da igualdade, o da proibição de excesso, o da razoabilidade, e o da proporcionalidade.

No entendimento de Humberto Ávila (2009, p. 184), o postulado da ponderação de bens “[...]consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.

Por seu turno, o postulado da concordância prática “exige a realização máxima de valores que imbricam” (ÁVILA, 2009, p. 184).

Já o postulado da igualdade “[...]estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).” (ÁVILA, 2009, p. 184).

Por sua vez, o postulado da proibição de excesso “[...]proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia”. (ÁVILA, 2009, p. 184).

Ainda, há o postulado da razoabilidade, que possuiria, consoante o autor, tríplice acepção, exigindo, resumidamente, “a relação de equivalência entre duas grandezas”, “a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico” e “a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto” (ÁVILA, 2009, p. 185).

E, finalmente, o postulado da proporcionalidade se traduz pela “exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito”³⁷⁸ (ÁVILA, 2009, p. 185).

³⁷⁸ As medidas adequadas, necessárias e proporcionais são, em sequência, objeto de definição por Ávila (2009, p. 185): “Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisado do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados. Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. O controle da necessidade deve limitar-se, em razão do

Ora, em todos esses casos somente é possível o cumprimento das exigências realizadas pelos postulados em casos concretos: (a) no caso do postulado da ponderação de bens, necessário verificar quais os bens a serem ponderados para eleição de um critério; (b) no caso do postulado da concordância, sua aplicação somente será aferível a partir da análise dos valores imbricados no caso concreto e do conteúdo da norma; (c) no caso do postulado da igualdade, necessário verificar qual a relação entre os sujeitos e o critério estabelecido a fim de analisar se ele é legítimo ou não para tal finalidade; (d) por sua vez, o postulado da proibição de excesso exige a análise de uma situação concreta para concluir se, em tal contexto, certa norma específica fere o núcleo substancial de algum direito fundamental; e (e) por fim, o postulado da razoabilidade e o da proporcionalidade também dependem da apreciação das circunstâncias do caso concreto para fins de verificar se a norma encontra-se sendo adequadamente aplicada ou não, pois é a partir delas que se realiza a análise de equivalência, de congruência, de existência de suporte empírico ou do trio composto pela adequação, necessidade e proporcionalidade de um meio para atingir um fim.

Ainda, para melhor esclarecer as finalidades imediatas e mediatas das normas dos postulados normativos aplicativos, cabe referir que consistem em deveres que se propõem a estruturar a aplicação de outras regras através do estabelecimento de certa vinculação entre os elementos, impondo que sejam relacionados de determinado modo.

Dessa forma, “[...] estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”, atuando para fins de permitir a verificação dos casos em que ocorre violação às normas cuja aplicação estruturam, de forma que a constatação de sua violação se faz através da constatação da violação de uma outra norma³⁷⁹. (ÁVILA, 2009, p. 153).

Portanto, nesses moldes, observa-se que a boa-fé objetiva consiste em postulado normativo aplicativo, pois – como é da essência deste fenômeno jurídico³⁸⁰ – presta-se a auxiliar o intérprete na solução de casos em concreto.

Ademais disso, **não há que se falar que, no exercício de tais funções, a boa-fé se comporte como um princípio**, pois o objeto não é a determinação de deveres

princípio da separação dos Poderes, à anulação do meio escolhido quando há um meio alternativo que, em aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições. Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisa-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim como grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”

³⁷⁹ Nesse sentido, a exposição de Ávila (2009, p. 136): “[...] eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estrutura. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”.

³⁸⁰ Como visto no Capítulo 1 desta primeira parte.

diretamente às partes da relação jurídica, mas ao intérprete das normas que sobre as relações jurídicas incidem. Tem por objeto, desse modo, as normas e não diretamente a conduta das partes, atuando, portanto, como metanorma, o que é típico dos postulados, ao contrário dos princípios.

Outrossim, nesse moldes, sua destinação imediata é o intérprete, no que também coincide com a qualidade dos postulados (o destinatário imediato dos princípios seria o agente da conduta, a quem os princípios estabelecem o dever de conduzir-se de modo a promover o estado ideal de coisas imediatamente visado).

Não obstante, não há que se falar na promoção imediata de um estado de coisas pelo postulado (no máximo, mediamente, seria o caso de promoverem, todos os postulados, o estado de coisas ideal consubstanciado no adequado funcionamento do ordenamento jurídico), mas em um método de aplicação das normas, o que é peculiar da essência do tipo normativo dos postulados.

Por fim, sua aplicação se dá pela constatação dos elementos necessários para tanto a depender do postulado, inclusive da sua natureza específica ou inespecífica, já que nesse último caso eles se aplicam a todas as normas por não haver elementos condicionais de aplicação (ÁVILA, 2009, p. 144-145) e não através de ponderação e sopesamento, como é característico aos princípios.

3.3 Critérios para aplicabilidade do postulado da boa-fé objetiva

Outro aspecto que merece atenção é o de que os postulados normativos aplicativos não são restringidos em sua aplicação em razão da organização do direito em subsistemas (áreas com certas especificidades em comum), seja qual for o critério da organização empreendida, inclusive no que diz respeito à divisão do Direito em público e privado.

O seu critério de incidência vai depender do tipo de postulado normativo aplicativo, cabendo rememorar que os incondicionais ou inespecíficos não possuem qualquer condição que limite sua aplicação. Aplicam-se sempre. É o caso, por exemplo, do postulado da ponderação³⁸¹, do postulado da concordância prática³⁸² e do postulado da proibição de excesso³⁸³. (ÁVILA, 2009, p. 145-152).

³⁸¹ O postulado da ponderação de bens traduz-se por método através do qual se determina a atribuição de diferentes pesos a elementos que se relacionam, sem, contudo, que seja realizada a referência ao critérios materiais que orientam esse sopesamento, o que é essencial para sua utilização de forma estruturada. Além disso,

Por sua vez, os postulados normativos aplicativos condicionais ou específicos dependem da apuração dos elementos que condicionam sua aplicação, os quais irão variar de postulado para postulado.

Por exemplo, o postulado da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado: viola o princípio da igualdade a diferenciação sem razão. Ainda, o postulado da razoabilidade depende de um critério distintivo adotado por uma norma e de uma medida por ela usada: viola a razoabilidade a desproporção entre a restrição imposta pela norma e medida da restrição considerando o critério adotado. Por fim, o postulado da proporcionalidade depende de uma finalidade e de um meio para alcançá-la: impõe uma relação entre a medida, a finalidade e a restrição de direitos em jogo (ÁVILA, 2009, 152-164 e 178-181).

É nesse último tipo de postulados que a boa-fé objetiva se enquadra. Depende, conforme a sua acepção (ou função), de certos critérios para sua aplicabilidade.

No caso do postulado da boa-fé objetiva em sua função de padronização, os elementos relacionados são a previsão normativa quanto à conduta das partes e a forma como deve ser aferido o cumprimento ou não pelas partes do teor da regra, determinando-se que seja consoante a consciência social daquilo que é adequado no caso concreto.

E, no caso do postulado da boa-fé objetiva em sua função de exceção, estabelece-se a relação entre as circunstâncias específicas da regra e o cumprimento da finalidade a que ela se propõe.

Portanto, nesse sentido não se vislumbra qualquer limitação à aplicação do postulado da boa-fé objetiva, em qualquer de suas funções, ao Direito Tributário uma vez que os elementos indicados acima são passíveis de serem encontrados nas relações jurídicas de natureza tributária. E isso porquanto: a) elas possuem uma finalidade socioeconômica, qual seja, a arrecadação pelo Fisco do valor que é devido consoante as normas do ordenamento

importante também que a ponderação seja feita entre a mesma espécie de fenômenos jurídicos (bens, entendidos como “situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos; interesses, compreendidos pelos “próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter”; valores, os quais “constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam o que é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”; e os princípios, que “constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”; e não de forma transversa), bem como através das seguintes etapas: preparação da ponderação, realização da ponderação e reconstrução da ponderação. (ÁVILA, 2009, p. 145-146)

³⁸² O postulado da concordância prática consiste na exigência de que a ponderação deve se direcionar ao dever de realização máxima dos valores que se sobrepõem, nisso consiste a concordância prática pela qual a ponderação deve prezar. (ÁVILA, 2009, p. 147).

³⁸³ O postulado da proibição de excesso impõe um limite na promoção das finalidades que a constituição promove, sendo esse limite o da garantia do mínimo de eficácia de cada um dos direitos fundamentais, de forma que se aplica em todo e qualquer contexto em que se vislumbre a restrição a um direito fundamental. (ÁVILA, 2009, p. 147-148).

jurídico, não mais e não menos; b) é possível aferir também em âmbito tributário a consciência social do que seja adequado; e c) também no campo do Direito Tributário deve-se realizar a apreciação referente ao cumprimento da regra no caso concreto quanto à sua *mens legis*, a fim de apurar se não se trata de caso excepcional que sirva como razão da própria regra a sua não aplicação.

Ainda, os postulados normativos aplicativos não se condicionam em razão de sua positivação ou não de forma expressa no ordenamento jurídico, até porque dizem respeito à estruturação das normas e não diretamente sobre o seu conteúdo de sentido semântico (tendo, portanto, natureza peculiar ao implícito).

Em outras palavras, por se tratarem de deveres impostos ao operador do Direito referentes a como devem se estabelecer os vínculos entre os elementos relevantes para a aplicação das normas, impondo determinada relação entre eles (ÁVILA, 2009, p.153), o que reflete de forma imediata a questão formal da operabilidade do ordenamento jurídico, como regra não se encontram positivados, pelo menos a nível constitucional.

Sua existência é aferível através da lógica dedutiva jurídica, a ser realizada a partir da sistematização doutrinária conjugada com a as decisões judiciais das quais possa se extrair sua atuação.

Quanto à sistematização pela doutrina, ainda não está presente esse elemento de aferição, o que se justifica tendo em vista que essa questão da divisão das normas em regra princípios e postulados trata-se de assunto relativamente novo, com o qual, inclusive, se pretende colaborar através deste trabalho.

3.4 Função de Padronização da Boa-Fé Objetiva

3.4.1 Considerações Gerais

A função de padronização da boa-fé objetiva diz respeito à exigência de que a interpretação das normas, no que diz respeito a seu cumprimento pelas partes, a qual deve sempre ocorrer balizada pelo cânone hermenêutico teleológico, se dê a partir da valoração de sua conduta tendo como critério a expectativa social de adequação.

Em outras palavras, consiste na exigência de que a construção de um padrão de conduta (*standard*), para fins de aplicação de uma norma, seja realizada a partir da apreensão do que consistiria a expectativa social de uma conduta honesta e leal (em outras palavras, uma

conduta admissível e tolerável ainda que *praeter legem* ou *contra legem*) consoante as circunstâncias do caso concreto, isto é, da exigência da construção de um *standard* de conduta de forma objetiva, o qual passará a representar a normalidade, no que diz respeito à adequação das condutas em face às normas e ao contexto fático.

Inclusive, é justamente em razão da operabilidade da boa-fé objetiva ser realizar a partir da construção de um padrão de conduta que se nominou essa função de *função de padronização*.

É através da boa-fé objetiva que a expectativa social converte-se em um conceito construído juridicamente, pelo setor técnico jurídico da sociedade, que interpreta não apenas o querer da multidão, mas a expectativa que, tendo em vista a realização dos valores fundamentais da Constituição é legítima se ter.

Não se olvida que essa *objetividade* referente à expectativa social, ao homem médio, ao *pater família*, tem sido alvo de incontáveis críticas pela doutrina, que entende que se trata de termo demasiadamente aberto, o que significa, por outro lado, dizer que se trata de termo insuficientemente passível de controle.

Contudo, discorda-se desse entendimento.

Se, por um lado, não é possível dimensionar a sua amplitude de forma abstrata, por outro, o núcleo de significado inerente aos termos linguísticos impõe que há certos significados que não lhe podem ser atribuídos.

Além do mais, cabe frisar que se trata de técnica hermenêutica a ser realizada na operabilidade do cânone hermenêutico da interpretação teleológica, que é aquela que tem em conta a construção do sentido da norma considerando a finalidade à qual ela se presta a alcançar.

Até porque, importa frisar, essa função desempenha papel significativo no controle da atividade do intérprete, a qual passa a ser mais clara na medida em que o aplicador do direito precisa explicitar em sua argumentação (ou fundamentação) quais os fatos no caso concreto que foram tomados como base para construção do *standard* de conduta honesta e leal. Em outras palavras, o que é exigível – a partir da consciência social interpretada pelo órgão julgador – em termos de conduta para que, naquele tipo de situação, ela seja considerada como concretizada da lealdade.

E esse controle da atividade do intérprete é sempre interessante, ainda mais em uma seara do Direito a qual – em razão do interesse econômico envolvido – apresenta-se atrativa para arbítrios por parte do Estado.

Portanto, **conclui-se** que a função de padronização da boa-fé consiste na exigência de que a construção do padrão de conduta de alguém, que será o critério para, entre outros, delinear o significado de normal quando da aplicação de uma regra, deve ser realizado considerando-se o que a sociedade – através dos olhos do Poder Judiciário – entende como admissível e tolerável naquelas circunstâncias do caso concreto (que representará o critério objetivo traduzido pela expectativa social).

Nesse contexto, observam-se no Direito Tributário **duas importantes hipóteses de aplicação da boa-fé em sua função de padronização**: (a) para aferir elementos subjetivos da conduta que sejam objeto de valoração em razão da incidência de outra norma, como é o caso da boa-fé subjetiva e do princípio da confiança; e (b) para aferir o que seja o padrão de normalidade necessário para verificar a razoabilidade.

3.4.2 Aplicação para aferir elementos subjetivos da conduta que sejam objeto de valoração em razão da incidência de outra norma, como é o caso da boa-fé subjetiva e do princípio da confiança.

Algumas normas no ordenamento jurídico servem para valorar a vontade ou intenção ou mesmo estado de consciência de alguma das partes da relação jurídica para fins de imputar ou mensurar os efeitos que da incidência da norma seriam advindos, como é o caso da boa-fé em sua aceção subjetiva e do princípio da proteção da confiança.

Disso surge a seguinte indagação: como seria possível realizar o mandamento constitucional de justiça traduzido, sobretudo, pela igualdade no tratamento das pessoas, conforme defende Tipke³⁸⁴, quando se trata de valorar questões internas das pessoas?

Com efeito, o conteúdo do plano mental dos seres humanos, isso é, aquele que se desenvolve no plano psicológico pertinente à compreensão de fatos ou à vontade e intenção que motiva uma conduta somente podem ser apreensíveis pelos demais seres humanos a partir de elementos concretos que lhe revelem, isso é, através das manifestações do comportamento humano, as quais abrangem os gestos, as palavras, as ações e mesmo as omissões.

Porém, a questão ainda não se encontra resolvida, pois o fato de as feições psicológicas humanas serem apreensível por comportamentos humanos não implica, necessariamente, que serão valoradas de modo uniforme, e, por conseguinte em consonância com a justiça.

³⁸⁴Ensina o autor que “se a meta é alcançar a Justiça, não pode ser um princípio qualquer o princípio fundamental. [...] A justiça é garantida primordialmente pela igualdade perante a lei, no Direito Tributário pela *igualdade na distribuição da carga tributária* (Gleichbelastung).” (TIPKE, 2012, p. 16, grifo do autor)

Nesse sentido parece imprescindível alcançar, de alguma forma, um critério objetivo que fundamente a análise.

Nesse ponto observa-se a boa-fé objetiva como uma resposta, pois foi através dela, nos moldes em que ressurgiu no Direito Moderno pelas mãos dos Tribunais e da doutrina alemã, que se introduziu no ordenamento jurídico a idéia da análise objetiva da conduta humana através do critério consistente em utilizar-se como referência a expectativa social quanto ao que deveria ser considerado como conduta esperada por alguém que se comportasse com lealdade nas circunstâncias daquele caso concreto.

Nesse contexto, observa-se a aplicação da boa-fé objetiva para traduzir a idéia de um comportamento em consonância com o ordenamento jurídico conforme a expectativa social para operacionalizar a boa-fé subjetiva e o princípio da confiança.

3.4.2.1 Repercussão da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva na aplicação da boa-fé subjetiva no âmbito do Direito Tributário.

Como visto quando abordado o tema da boa-fé subjetiva, observa-se um sério problema no diz respeito a como mensurar a intenção e cognoscibilidade do sujeito, que são os objetos de valoração da boa-fé sob a perspectiva subjetiva, sem fazer uso da consideração de sua conduta segundo critérios objetivamente apreensíveis (o que seria o objeto da boa-fé sob a faceta objetiva)? Ou, colocado o questionamento de outra forma, como explicar a relação da boa-fé subjetiva com a objetiva no que diz respeito à operabilidade daquela de forma que reste ao aplicador de direito um critério claro diferenciador entre ambas?

E isso porquanto a boa-fé em sua faceta subjetiva consiste no estado psicológico do sujeito parte da relação jurídica referente à sua vontade de agir conforme o Direito, de forma honesta e leal. Contudo, não é possível se aferir, ainda de que forma presumida, a intenção do sujeito da relação jurídica sem ser por meio de sua conduta, a qual, por sua vez, precisa de critérios de valoração para que se possa realizar a presunção e tais critérios – para que possam ser minimamente controláveis e legitimados pelos sobreprincípios do Estado de Direito e da democracia (especialmente através do subprincípio da cidadania) – precisam ser objetivamente aferíveis, isto é, consoante a construção de um *standard* de comportamento jurídico adequado para aquele tipo de situação, considerando as peculiaridades do caso concreto.

A solução encontrada por parte da doutrina foi a de defender que a boa-fé subjetiva possuía, além do elemento psicológico, um elemento ético, que seria o referente à valoração da conduta conforme os critérios éticos (que peculiarizam a boa-fé objetiva). Foi quando surgiu a tese de que a boa-fé subjetiva tinha a função criadora de deveres de cuidado que seriam aqueles que deveriam ser respeitados para que se presumisse a boa-fé do agente da conduta. A miscelânea referente ao conteúdo desses deveres de cuidado era inevitável, como sua confusão com os deveres anexos de conduta.

A solução proposta para a pergunta que inicia a exposição desta seção é outra: pela utilização da função integrativa da boa-fé objetiva como postulado.

Dessa forma, será possível a construção de um padrão de conduta para valoração desta no intuito de verificar o cumprimento da norma (no caso da boa-fé subjetiva, qual a intenção do agente da conduta) e não haverá que se falar em confusão quanto à mistura de funções entre o princípio da boa-fé e a boa-fé subjetiva na forma de princípio ou de regra, ou, ainda, da inclusão de um elemento ético ao princípio da boa-fé subjetiva quando esse é caracterizado justamente por não ser ético e sim moral (referente ao psicológico do agente da conduta).

Resolve-se, dessa forma, o problema da confusão entre deveres de conduta (advindos da boa-fé subjetiva) e deveres instrumentais, anexos ou laterais de conduta (advindos da boa-fé objetiva). E isso porquanto a construção do standard se dá através da incidência do postulado da boa-fé objetiva, o que ocorre no contexto da boa-fé subjetiva como meio para fins de arguir sobre a presunção da vontade do agente, sendo que a aplicação do postulado como um meio para alcançar esse fim dará origem aos chamados deveres de cuidado. Por outro lado, a boa-fé objetiva como postulado será aplicada também para operacionalizar o princípio da boa-fé objetiva, o que será feito para fins da aplicação do instituto através de cada uma de suas funções – servirá de parâmetro no exercício da função hermenêutica, servirá de parâmetro para fins de aplicação da função criadora de deveres e, também na concretização da função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas.

Ademais disso, quanto aos deveres instrumentais, anexos ou laterais oriundos da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, tem-se que o postulado da boa-fé objetiva atua não como um meio para presumir uma intenção, mas atua como um fim em si mesmo, para estabelecer o padrão de conduta a ser seguido e para polarizar a relação jurídica a sua finalidade, de modo que, a partir da incidência dessas funções do postulado da boa-fé objetiva, serão estabelecidos os deveres laterais de conduta pertinentes ao caso concreto a fim de que a conduta das partes promova o ideal de lealdade nas relações sociais.

Por fim, pode-se inferir, também, que o elemento diferenciador das dimensões subjetiva e objetiva da boa-fé, constante na sua operabilidade traduz, com efeito, as consequências da incidência do postulado da boa-fé objetiva na aplicação de ambas normas.

No Direito Tributário, a aplicação da boa-fé objetiva e subjetiva é objeto de confusão. Se nem a doutrina chega a um consenso e a clareza na aplicação destes intuitos, não era de se esperar que em âmbito judicial fosse diferente.

Para exemplificar a questão, tem-se, por exemplo, o artigo intitulado “A obrigação como processo no Direito Tributário e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva”, escrito por Elizabete Rosa de Mello (2012, p. 223), a qual, após asseverar que “o princípio da boa-fé aplicável no Direito Tributário é o da boa-fé objetiva, o da conduta socialmente recomendada, e não o princípio da boa-fé subjetiva”, cita, como caso de aplicação da boa-fé objetiva, o da impossibilidade de parcelamento tributário sem que seja dada oportunidade para justificar quando for caso de ausência de pagamento ou atraso das parcelas, pois “pode decorrer de fato alheio à vontade do sujeito passivo, devendo ser ponderado pelo sujeito ativo, para poder chegar à conclusão de permanência ou não do parcelamento”.

Ora, se entende a autora que a boa-fé aplicável ao Direito Tributário seria somente a boa-fé objetiva, então não há que se cogitar da vontade de quem quer que seja para fins de aplica-la, e isso porque a intenção e vontade dos agentes não são relevantes para o instituto (ao contrário do instituto da boa-fé subjetiva e da proteção da confiança, por exemplo).

Apenas ressalve-se que a questão objeto desta análise não diz respeito ao mérito da vedação ou não do parcelamento, mas da forma de argumentação (de aplicação) proposta através do instituto da boa-fé objetiva.

Assim, nota-se que fundamental a aplicação do postulado da boa-fé objetiva em sua função padronizadora para ajudar a sistematizar a aplicação da boa-fé em sua faceta subjetiva no Direito Tributário, bem como para ajudar na distinção sobre esta faceta e a faceta objetiva.

Por fim, pode-se inferir, também, que o elemento diferenciador das dimensões subjetiva e objetiva da boa-fé, constante na sua operabilidade³⁸⁵ traduz, com efeito, as

³⁸⁵ “[...]a operabilidade da boa-fé subjetiva, embora perpassa impreterivelmente pela análise da conduta do agente e as expectativas sociais a respeito a fim de construir um *standard* de conduta que faça possível a análise da presunção referente a se o sujeito agiu ou não de má-fé (operacionalize-se, portanto, pela função integrativa da boa-fé objetiva), o faz apenas como meio para fins de aferir a vontade do sujeito vinculado na relação jurídica, enquanto que a boa-fé objetiva tem essa análise como um fim em si mesma (para através dela analisar se o sujeito agiu com lealdade ou não);”.

consequências da incidência do postulado da boa-fé objetiva na aplicação de ambas as normas.

Nesse sentido, por exemplo, cabe referir que embora no caso do **Recurso Especial 1143216/RS**³⁸⁶ o julgamento na Corte Superior tenha aplicado a boa-fé em sua feição objetiva, uma vez que a conduta do contribuinte é analisada como meio e fim em si mesma, não se destinando a cogitar ou presumir da intenção do administrado, em primeiro e segundo grau observa-se a aplicação do postulado da boa-fé objetiva em sua função de padronização como técnica para operacionalizar a aplicação da boa-fé subjetiva.

A causa versava sobre a exclusão de contribuinte do programa de parcelamento especial (PAES) após o pagamento tempestivo das parcelas por quatro anos porque não teria sido realizada desistência de impugnação administrativa após a adesão ao programa, o que consistia em requisito formal para auferir o benefício fiscal.

A sentença prolatada no Mandado de Segurança nº 2007.71.00.040060-8/RS proferida em 11 de abril de 2008, pela Dra. Verbena Duarte Brito de Carvalho, confirmou a liminar que havia sido deferida para fins de manutenção do contribuinte no parcelamento nos seguintes termos:

O impetrante objetiva que lhe seja reconhecido o direito à manutenção no PAES, que está sendo negado pela autoridade coatora por não ter havido pedido de desistência da impugnação ao lançamento fiscal - Processo nº 11020.002544/00-31, conforme exigência contida no §1º art. 11 da Lei nº 10.684/03.

Segundo a documentação acostada aos autos, o impetrante ingressou com impugnação administrativa em 11/01/2001, tendo, posteriormente, na data de agosto de 2003, aderido ao PAES, com a inclusão de seus débitos tributários, efetuado o primeiro pagamento em 28/08/2003, estando os recolhimentos em dia até a data em que ingressou com o presente feito, em outubro de 2007, ou seja, durante quatro anos vem efetuando os pagamentos de seu parcelamento, o que vem sendo aceito pela autoridade coatora. Todavia, ao comparecer à Receita Federal, por ter sido notificado que seria efetuada compensação de ofício com os valores a serem restituídos a título de Imposto de Renda, obteve a informação de que não seria mantido no PAES por não ter sido protocolada desistência da impugnação administrativa.

Ora, não é crível que a autoridade coatora exclua o contribuinte que vem pagando com pontualidade as prestações de seu parcelamento, por ausência de formalização da desistência, ainda mais considerando-se que a impugnação administrativa foi apresentada dois anos antes de seu ingresso no PAES, com a inclusão de seus débitos tributários neste parcelamento, do que se poderia depreender implicitamente a desistência da impugnação administrativa, já que esta é ínsita ao ato implementado pela aderente de incluir no PAES o débito objeto do processo administrativo. Saliente-se, por oportuno, que a autoridade coatora não comprovou qualquer ato seu destinado a movimentar o processo administrativo durante todos estes anos decorridos da sua adesão ao PAES, ocorrida em agosto de 2003.

Ainda que se entenda que o impetrante tenha incorrido em erro formal por não ter desistido expressamente de seu recurso administrativo, tal situação não pode

³⁸⁶ REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010.

prevalecer sobre o próprio interesse fiscal de arrecadação, e contra o direito subjetivo do contribuinte de regularizar, com menor custo e burocracia possíveis, a sua situação tributária. A finalidade do interesse público deve sempre prevalecer sobre as formalidades não-essenciais, uma vez que é também de interesse do Fisco o pagamento regular destes valores, que deveria, ao ter constatado a suposta irregularidade na situação do contribuinte, ter lhe oportunizado prazo para regularização, com a desistência respectiva do recurso.

Assim, estando configurada a intenção do contribuinte em adimplir seus débitos no parcelamento, deve lhe ser oportunizado prazo para regularização de sua situação, vez que as exigências formais estabelecidas pela legislação de regência merecem ser vistas com temperamentos, não podendo ser desconsiderada a boa-fé do contribuinte quando, embora não realize o pedido em consonância com a forma prevista, julga estar inserindo no parcelamento a totalidade de seus créditos, o que é o caso.

Assim, o feito merece procedência, pois é desarrazoado querer obstar a fruição do benefício fiscal pelo impetrante, sob o fundamento de inobservância da formalização da desistência de recurso administrativo, devendo a autoridade impetrada oportunizar lhe a possibilidade de regularizar sua situação junto ao PAES.

Da análise da fundamentação realizada extrai-se que a conduta do contribuinte a partir da consideração dos seguintes elementos: (a) a impugnação administrativa referente aos créditos tributários em questão foi apresentada dois anos antes do ingresso do contribuinte no PAES, (b) pagamento pontual das prestações do parcelamento (c) ausência de movimentação do processo administrativo durante todos os anos após a adesão do contribuinte ao PAES.

O Juízo, então, considerou que tais elementos formavam um *standard* de conduta que demonstrava a intenção do contribuinte de se portar consoante o valor da lealdade, referidos no caso concreto sob a perspectiva da colaboração do contribuinte para com a finalidade concreta da relação jurídica em questão, que era a arrecadação dos tributos³⁸⁷, na medida em que, em razão dessa intenção, entendeu por alterar o efeito que normalmente decorreriam da aplicação da regra legal, que seria o de exclusão do contribuinte do programa de parcelamento.

Note-se que a valoração do elemento subjetivo do contribuinte, isso é, de sua intenção e vontade fica evidente quando é pontuado na conclusão do fundamento da sentença que “[...] **estando configurada a intenção do contribuinte em adimplir seus débitos no parcelamento**, deve lhe ser oportunizado prazo para regularização de sua situação” e que “as exigências formais estabelecidas pela legislação de regência merecem ser vistas com

³⁸⁷ Nesse sentido, a seguinte colocação realizada na sentença, que demonstra a aplicação da idéia de lealdade na atuação colaborativa entre as partes a fim de que o imposto devido possa ser recolhido aos cofres públicos: “Ainda que se entenda que o impetrante tenha incorrido em erro formal por não ter desistido expressamente de seu recurso administrativo, tal situação não pode prevalecer sobre o próprio interesse fiscal de arrecadação, e contra o direito subjetivo do contribuinte de regularizar, com menor custo e burocracia possíveis, a sua situação tributária. **A finalidade do interesse público deve sempre prevalecer sobre as formalidades não-essenciais, uma vez que é também de interesse do Fisco o pagamento regular destes valores, que deveria, ao ter constatado a suposta irregularidade na situação do contribuinte, ter lhe oportunizado prazo para regularização, com a desistência respectiva do recurso.**” (Grifo nosso).

temperamentos, **não podendo ser desconsiderada a boa-fé do contribuinte quando**, embora não realize o pedido em consonância com a forma prevista, **julga estar** inserindo no parcelamento a totalidade de seus créditos, o que é o caso.” (Grifo nosso).

Por sua vez, no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 2007.71.00.040060-8/RS, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual à unanimidade negou provimento ao recurso, em julgamento ocorrido em 09 de dezembro de 2008, também se observa a aplicação da boa-fé objetiva em sua função de padronização, consoante se extrai do voto do Relator, o Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona.

Analisando o mérito da causa, o Ministro Relator pontuou que

Controverte-se acerca do direito de o requerente permanecer vinculado ao programa de parcelamento especial (PAES) a despeito de não ter formulado, no prazo previsto na legislação, pedido de desistência da impugnação administrativa relativa ao crédito tributário parcelado. Compulsando os autos, verifico que o impetrante apresentou, em janeiro de 2001, impugnação em relação ao lançamento fiscal referente ao processo administrativo nº 11020.002544/00-31 (fls. 179 e ss.), tendo posteriormente efetuado pedido de inclusão de tal débito no PAES, em agosto de 2003 (fl. 08), com o recolhimento da primeira parcela em 28-08-2003 (fl. 25), mantendo-se em dia com os pagamentos subsequentes até a impetração do presente *mandamus*, em outubro de 2007 (fls. 25/41 e 236). Ocorre que, em julho de 2007, a Secretaria da Receita Federal notificou o requerente de que haveria a compensação de ofício dos valores a serem restituídos a título de Imposto de Renda com o aludido débito (fl. 42), informando que o contribuinte não teria desistido da impugnação administrativa antes referida (fl. 03). Buscando solucionar o impasse, formulou pedido de desistência e requereu a manutenção do parcelamento, ao que obteve resposta negativa, sob a justificativa da ausência de manifestação abdicativa no prazo previsto no art. 1º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 05, de 23-10-2003 (fl. 43). Ora, como bem consignado pelo magistrado *a quo*, o entendimento da Administração Fazendária não merece prosperar. Assim prevê o art. 4º da Lei nº 10.684/03:

Art. 4º O parcelamento a que se refere o art. 1º:

II - somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais, relativamente à matéria cujo respectivo débito queira parcelar;

III - reger-se-á pelas disposições da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, ressalvado o disposto no seu art. 14;

A Portaria PGFN/SRF nº 1/03 fixou como prazo limite para a desistência a data de 29 de agosto de 2003, prazo este que restou prorrogado para 28 de novembro de 2003 pelo art. 1º da Portaria PGFN/SRF nº 5/03. Não obstante tenha o impetrante, por lapso, desrespeitado tal prazo, postulou a inclusão do débito impugnado no PAES e efetuou o pagamento de todas as prestações mensais no momento oportuno, por mais de quatro anos, de 28-08-2003 (fl. 25) a 31-10-2007 (fl. 236), formulando, posteriormente, pleito de desistência (fl. 43), todas atitudes que demonstram a sua boa-fé e a intenção de solver a dívida, depreendendo-se ter se resignado, de forma implícita e desde o início do parcelamento, em relação à discussão travada no processo administrativo nº 11020.002544/00-31. Além disso, saliente-se que a Administração Fazendária recebeu o pedido de homologação da opção pelo

parcelamento em agosto de 2003 (fl. 08) e sobre ele não se manifestou no prazo legal, de 90 dias, a teor do art. 4º, inciso III, da Lei nº 10.684/03, c/c art. 11, § 4º, da Lei nº 10.522/02, o que implica considerar automaticamente deferido o parcelamento. Frise-se, ainda, que recebeu prestações mensais por mais de quatro anos, sem qualquer insurgência, além de ter deixado de dar o devido seguimento ao processo administrativo nº 11020.002544/00-31. Não se olvide, ademais, a finalidade da norma do PAES, que é de facilitar a regularização dos créditos tributários mediante o alargamento do número de parcelas, viabilizando para a própria Receita Federal a recuperação de créditos tributários de difícil, ou incerto resgate. É dizer: A manutenção das empresas no Programa de Parcelamento Especial é de interesse do próprio Estado. Em sendo assim, em atenção ao caso concreto, tenho que a observância do requisito formal da desistência tempestiva não pode se sobrepor à teleologia da Lei nº 10.684/03, bem assim à boa-fé do contribuinte, interessado em adimplir sua dívida, considerando-se, ainda, o princípio da razoabilidade, a omissão da Administração em examinar os requerimentos a ela dirigidos e a ausência de prejuízo ao erário. [...] Nesses termos, irreparável a sentença ao conceder a segurança pleiteada para determinar à autoridade coatora que mantenha o impetrante no PAES e suspenda a exigibilidade do crédito tributário objeto desse parcelamento. [...]³⁸⁸

Nesse sentido, observa-se que foram utilizados os seguintes parâmetros para formação do *standard* de conduta a ser considerado para fins de aplicação da boa-fé subjetiva: (a) que os pagamentos das parcelas foram mantidos em dia por mais de quatro anos; (b) que assim que notificado pela Receita Federal o contribuinte pleiteou a desistência da impugnação administrativa relativa ao crédito tributário parcelado; (c) que não houve qualquer insurgência da Administração Fazendária quanto ao pagamento das parcelas recebidas mensalmente por mais de quatro anos; e (d) que a conduta do contribuinte não gerou prejuízo ao Erário.

Nota-se, também, que foi com base na construção do *standard* de conduta consoante acima exposto, o que se entende ocorrer em decorrência da aplicação do postulado da boa-fé objetiva em sua função de padronização, que o Tribunal valorou a intenção do contribuinte para fins de decidir manter a sentença prolatada no sentido de não aplicar a regra legal em razão de sua violação aos valores veiculados pela boa-fé, a qual, importa ressaltar, foi neste caso aplicada em sua feição subjetiva.

O fato da conduta de adequação do contribuinte ter sido analisada para fins de apurar a sua intenção de agir em conformidade com o valor da lealdade depende-se dos seguintes extratos do voto do Desembargador Relator, os quais inclusive constaram na ementa da decisão³⁸⁹: (a) quando se menciona que “ [...] **todas atitudes que demonstram a sua boa-**

³⁸⁸ TRF4, APELREEX 2007.71.00.040060-8, SEGUNDA TURMA, Relator OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, D.E. 21/01/2009.

³⁸⁹ EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. PAES. PARCELAMENTO ESPECIAL. DESISTÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO. MANUTENÇÃO DO PARCELAMENTO. [...] 3. Embora o contribuinte não tenha postulado a desistência da impugnação administrativa no prazo previsto nas Portarias PGFN/SRF nºs 1/03 e 5/03, como requisito para o ingresso do crédito tributário no PAES, pleiteou a inclusão dos valores no

fé e a intenção de solver a dívida”; e (b) quando pontua-se que “a observância do requisito formal da desistência tempestiva não pode se sobrepor à teleologia da Lei nº 10.684/03, **bem assim à boa-fé do contribuinte, interessado em adimplir sua dívida**” (grifo nosso).

3.4.2.2 Repercussão da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva na aplicação do princípio da confiança no âmbito do Direito Tributário.

Consoante a posição adotada nesse trabalho, uma das mais relevantes distinções entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proteção da confiança diz respeito à operabilidade dos institutos, o que advém de suas diferentes finalidades imediatas.

Ao passo que o princípio da boa-fé objetiva tem por finalidade imediata a promoção da lealdade como padrão a ser cumprido no âmbito das relações jurídicas, o princípio da proteção da confiança tem por finalidade promover a segurança jurídica através da consideração do aspecto subjetivo das partes envolvidas na relação jurídica.

E isso reflete diretamente na forma como cada norma irá se aplicar.

No caso da boa-fé objetiva a expectativa legítima inspirada por uma parte à outra será analisada estritamente pela perspectiva da conduta das partes, isto é, se o comportamento das partes revela-se adequado para traduzir o valor da lealdade.

Já no caso do princípio da proteção da confiança, o *standard* de conduta construído a partir da incidência da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva é utilizado para fins de se presumir qual seria a vontade do agente da conduta, ou seja, como um meio e não um fim mesmo para a análise.

A juridicidade ou não da conduta estará relacionada não com a adequação desta nos moldes da lealdade, mas de acordo com a intenção do agente aferível através de seu comportamento objetivamente considerado.

programa de parcelamento e efetuou o pagamento de todas as prestações mensais no momento oportuno, por mais de quatro anos, formulando, posteriormente, pleito de desistência, todas atitudes que demonstram a sua boa-fé e a intenção de solver a dívida, depreendendo-se ter se resignado, de forma implícita e desde o início do parcelamento, em relação à discussão travada no processo administrativo.[...] 5. A finalidade da norma do PAES é facilitar a regularização dos créditos tributários mediante o alargamento do número de parcelas, viabilizando para a própria Receita Federal a recuperação de créditos tributários de difícil, ou incerto resgate. 6. A observância do requisito formal da desistência tempestiva não pode se sobrepor à teleologia da Lei nº 10.684/03, bem assim à boa-fé do contribuinte, interessado em adimplir sua dívida, considerando-se, ainda, o princípio da razoabilidade, a omissão da Administração no exame dos requerimentos a ela dirigidos e a ausência de prejuízo ao erário. (TRF4, APELREEX 2007.71.00.040060-8, SEGUNDA TURMA, Relator OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, D.E. 21/01/2009).

Portanto, elementar assim o postulado da boa-fé objetiva para fins de aplicação do princípio da proteção da confiança, já que não é possível aferir-se aspectos estritamente subjetivos, a não ser por critérios objetivos, que é justamente o que se proporciona através da função de padronização da boa-fé objetiva.

3.4.3 Repercussão da função de padronização do postulado da boa-fé objetiva na aplicação do postulado da razoabilidade no âmbito do Direito Tributário.

3.4.3.1 Considerações Gerais

Em sua concepção de razoabilidade-equidade, são fornecidas duas hipóteses de aplicação: como critério de realização de justiça a partir do da consideração daquilo que normalmente acontece e como critério de aferição da exceção à razão da regra.

Quanto à primeira hipótese, a fim de demonstrar a operabilidade do instituto jurídico como postulado, Humberto Ávila (2009, p. 154-155) apresenta três exemplos concretos, os quais passam a ser expostos para fins de posterior análise:

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. Alguns casos ilustram essa exigência.

Um advogado requereu o adiamento do julgamento perante o Tribunal do Júri porque era defensor de outro caso rumoroso que seria julgado na mesma época. O primeiro pedido foi deferido. Depois de defender seu cliente, e diante da recomendação de repouso por duas semanas, o advogado requereu novo adiamento do julgamento. Nesse caso, porém, o julgador indeferiu o pedido, por considerar o adiamento um descaso para com a Justiça, presumindo que o advogado estava pretendendo, de forma maliciosa, postergar indevidamente o julgamento. Na data marcada para o julgamento, e mesmo após o réu afirmar que seu advogado não estava presente, o Juiz-Presidente nomeou advogado dativo, que logo assumiu a defesa. Inconformado com o indeferimento do pedido e com o próprio resultado do julgamento, o advogado impetrou *habeas corpus*. Na decisão asseverou-se não parecer fora de razoabilidade que o advogado, que patrocinava causas complexas, cujo julgamento estava ocorrendo com certa contemporaneidade pudesse pedir o adiamento em razão do que ocorrera no julgamento anterior. Enfim, afirmou-se que é razoável presumir que as pessoas dizem a verdade e agem de boa-fé, em vez mentir ou agir de má-fé. Na aplicação do Direito deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o contrário. A defesa apresentada pelo advogado dativo foi considerada nula, em razão de o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento feito pelo advogado ter cerceado o *direito de defesa* do réu.³⁹⁰

A um Procurador do Estado, que interpôs agravo de instrumento em folha de papel timbrado da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, foi exigida a comprovação da condição de Procurador pela juntada do título de nomeação para o cargo ou de documento emitido pelo Procurador-Geral do Estado. Alegada a falta de instrumento de mandato, a questão foi levada a julgamento, momento em que se asseverou ser razoável presumir a existência de mandato quando o procurador possui mandato legal. Na interpretação das normas legais deve-se presumir o que

³⁹⁰STF, 2a Turma, HC 71.408-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.8.1999, DJU 29.10.1999.

normalmente acontece, e não o extraordinário, como a circunstância de alguém se apresentar como procurador do Estado sem que possua, realmente, essa qualificação. Em virtude disso, foi determinado o conhecimento do agravo de instrumento em razão de sua ineficácia afetar diretamente o direito de ampla defesa pelo mero fetichismo da forma.³⁹¹

Um instrumento de mandato que esteja subscrito por quem se diz representante da pessoa jurídica de direito público, com menção do cargo ocupado no âmbito da respectiva Administração, não pode ser havido como irregular ou falso. Na interpretação das normas deve-se presumir o que ocorre no dia-a-dia, e não o extravagante.³⁹²

Nos casos acima colacionados, Humberto Ávila (2009, p. 155) entende que seria o caso de aplicação da razoabilidade na acepção de equidade como postulado porque ela “[...] atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade”, bem como “[...] atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas”, que o faz exigindo “[...] determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes”, de forma que a realização de “interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados”.

Porém, na análise dos exemplos fornecidos nota-se que a boa-fé em sua faceta objetiva foi mencionada expressamente ou implicitamente, através de referências ao seu núcleo de sentido, juntamente com a aplicação da razoabilidade.

No primeiro caso referido como exemplo acima, o **Habeas Corpus 71408-1 RJ**³⁹³, a relação com a boa-fé é expressa no texto da ementa³⁹⁴ e também no voto do Ministro Marco Aurélio, relator do processo, nos seguintes termos:

³⁹¹ STF, 2a Turma, RE 192.553-1-SP, rel. Min Marco Aurélio, j, 15.12.1998, DJU 16.4.1999, p. 24.

³⁹² STF, 2ª Turma, ED no RE 199.066-0-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j, 14.4.1997, DJU 1.8.1997, p. 33.483

³⁹³ STF, 2a Turma, HC 71.408-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j, 16.8.1999, DJU 29.10.1999.

³⁹⁴ “JUSTIÇA - PARTÍCIPES - RESPEITO MÚTUO. Advogados, membros do Ministério Público e magistrados devem-se **respeito mútuo. A atuação de cada qual há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do homem médio e, portanto, de boa-fé. Não há como partir para a presunção do excepcional, porque contrária ao princípio da razoabilidade.** JÚRI - ADIAMENTO - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao Estado- juiz cumpre a prática de atos viabilizadores do exercício pleno do direito de defesa. O pleito de adiamento de uma Sessão, especialmente do Tribunal de Júri, no que das mais desgastantes, deve ser tomado com espírito de compreensão. JÚRI - AUSÊNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - CONSEQÜÊNCIAS. **Ausente o advogado por motivo socialmente aceitável,** incumbe ao presidente do Tribunal do Júri adiar o julgamento. Injustificada a falta, compete-lhe, em primeiro lugar, ensejar ao acusado a constituição de um novo causídico, o que lhe é garantido por princípio constitucional implícito. Somente na hipótese de silêncio do interessado que, para tanto, há de ser pessoalmente intimado, cabe a designação de defensor dativo. Inteligência dos artigos n°s 261, 448, 449, 450, 451 e 452 do Código de Processo Penal, à luz da Carta da República, no que homenagem ante do direito de defesa, da paridade de armas, enfim, do devido processo legal. Júri realizado com o atropelo de garantias asseguradas à defesa e, por isso mesmo, merecedor da pecha de nulo.” (Grifo nosso).

[...] Nos campos profissionais em que atuam os magistrados, membros do Ministério Público e advogados, fazem-no contando com a presunção do razoável, com a premissa de que os atos que praticam têm como origem a atuação do homem médio, isto é, a boa-fé.³⁹⁵

Como se vê, o relator, após a consideração de que a valoração da conduta profissional dos magistrados, membros do Ministério Público e advogados quanto ao cumprimento do ordenamento jurídico deve partir da consideração do que é razoável, que seria o que normalmente ocorre, ou, em outras palavras, não se devendo presumir o excepcional, *expõe que o pressuposto dessa consideração do que seria o normal seria fruto da aplicação da boa-fé através da consideração da atuação do homem médio.*

Ainda, a boa-fé é referida na ementa também de forma indireta, quando analisando a situação, imputa-se a ausência do patrono na causa na audiência do Tribunal do Júri a “motivo socialmente aceitável”, do que se pode inferir que o critério utilizado para aferir a normalidade da conduta, isto é, o comportamento do homem médio, foi aquilo que se considerou ser socialmente aceitável, partindo-se, portanto, da construção do modelo de conduta com base na consideração do que a sociedade considera como tolerável e admissível ou não.

Pontue-se, ainda, que, apesar de não ter sido mencionada que a aplicação da boa-fé no caso revelava a faceta objetiva do instituto jurídico, isso fica claro por duas razões: a primeira é que o parâmetro de aferição da ocorrência de boa-fé foi a conduta do agente considerada pela perspectiva social e a segunda é que isso bastou, não tendo sido feita alusão, em momento algum, quanto à intenção do agente, o que demonstra a sua irrelevância, bem como que a conduta foi analisada sob a perspectiva de finalidade em si mesmo e não como meio para alcançar uma presunção da vontade e intenção do agente.

No segundo caso de jurisprudência utilizada como paradigma por Humberto Ávila para exemplificação da aplicação a razoabilidade-equidade, o Recurso **Especial 192.553-1 SP**, apesar de não haver menção expressa à boa-fé na ementa³⁹⁶ e nem no volto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, nota-se referência a seu conteúdo também como premissa para aplicação da razoabilidade a fim de resolver o problema em questão, o que foi feito no seguinte extrato do voto:

³⁹⁵STF, 2a Turma, HC 71.408-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.8.1999, DJU 29.10.1999. P. 8-9 do acórdão.

³⁹⁶ “PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS - REPRESENTAÇÃO PELO ESTADO - DISPENSA DA COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE PROCURADOR. O princípio da razoabilidade, a direcionar no sentido da presunção do que normalmente ocorre, afasta a exigência, como ônus processual, da prova da qualidade de procurador do Estado por quem assim se apresenta e subscreve ato processual. O mandato é legal e decorre do disposto nos artigos 12 e 132, respectivamente do Código de Processo Civil e da Constituição Federal.” (STF, 2a Turma, RE 192.553-1-SP, rel. Min Marco Aurélio, j. 15.12.1998, DJU 16.4.1999, p. 24).

Todavia, olvidando o princípio da razoabilidade, partiu para o fetichismo da forma, desprezando a circunstância de ter-se, na espécie, mandato legal. [...] É certo que o subscritor revelou o número da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, fê-lo após se declarar procurador do Estado, ou seja, integrante da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. A exigência de comprovação da condição de procurador pela juntada do título de nomeação para o cargo ou de documento emitido pelo Procurador-Geral do Estado fez-se de forma extremada, colocando-se em planos secundário o que normalmente ocorre.³⁹⁷

Assim, observa-se que o pressuposto da aplicação da razoabilidade no sentido de que se deve prezar, na aplicação de uma regra de conduta, por aquilo que normalmente ocorre, foi aplicado após considerar o que – a critério do Juízo – seria isso, tendo sido referido que consistiria no caso concreto na indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil pelo subscritor da peça processual e a indicação de que seu mandato era legal na medida em que era membro da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Essa indicação traduz a avaliação da conduta do agente em questão sob a perspectiva daquilo que lhe seria esperado conforme as expectativas sociais – construídas conforme entendimento do Juízo – quanto ao admissível e tolerável, que revela o teor do núcleo de significado da boa-fé objetiva.

Ainda, o terceiro julgado mencionado por Humberto Ávila, atinente aos **Embargos Declaratórios opostos no Recurso Especial 199.066-0-PR**, também não se refere expressamente à boa-fé na ementa³⁹⁸ e nem no corpo do voto, mas revela sua aplicação em ambas as partes. Na ementa quando menciona que “o princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se o que ocorre no dia-a-dia e não o extravagante” e no voto quando discorre que:

³⁹⁷STF, 2ª Turma, RE 192.553-1-SP, rel. Min Marco Aurélio, j. 15.12.1998, DJU 16.4.1999, p. 24. P 4-5 do acórdão.

³⁹⁸ “EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - POSTURA DO ÓRGÃO INVESTIDO DO OFÍCIO JUDICANTE. Ao apreciar os embargos declaratórios, o órgão investido do ofício judicante deve fazê-lo atento à necessidade de aperfeiçoar-se, ao máximo, o provimento formalizado. Constatada omissão relativamente a certa matéria, impõe-se o acolhimento dos embargos declaratórios, jamais podendo esse recurso sui generis ser tomado como crítica à arte de proceder e julgar. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO E PROVIMENTO - BALIZAS. O acórdão decorrente do julgamento do recurso extraordinário há de ficar restrito às balizas subjetivas e objetivas por ele reveladas. Versando tão-somente sobre a Unidade de Referência de Preços, de fevereiro de 1989 e consectários, não cabe assentar a improcedência do pedido formulado na ação, quando envolvidas questões outras. RECURSO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se o que ocorre no dia-a-dia e não o extravagante. Estando o instrumento de mandato, a procuração, subscrito por quem se diz representante da pessoa jurídica, mencionando o cargo ocupado no âmbito da respectiva administração, não há como presumir-se a irregularidade. A parte contrária, visando a demonstrar a falsidade, há de asseverar a improcedência do que consignado, provocando um incidente de falsidade. Isso não ocorrendo, prevalece a presunção alusiva à boa procedência do que conste da citada peça.” (STF, 2ª Turma, ED no RE 199.066-0-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.4.1997, DJU 1.8.1997, p. 33.483).

Realmente, no item 1 das contrarrazões de folhas 200 e 201, arguiu-se a irregularidade de representação processual diante do fato de não haver acompanhado o instrumento de mandato, de folha 149, peça reveladora de possuir o subscritor, tal como nela consignado, a qualidade de Presidente de Empresa Brasileira de recorribilidade concernentes ao extraordinário foram apreciados, mediante o voto padronizado de folhas 239 e 240, de forma geral, sem a emissão de entendimento explícito a respeito do tema. Faço-o no acolhimento destes declaratórios para consignar que os Recorridos não chegaram a articular o que seria a falsidade ideológica quanto ao citado documento, talvez mesmo **considerando o princípio da razoabilidade, conducente a presumir-se o que normalmente acontece.** O instrumento de mandato e o substabelecimento fizeram-se em papel timbrado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, contando com o carimbo do Departamento Jurídico e visto, estando a primeira peça subscrita por José Carlos Rocha Lima como Presidente da Empresa. Incumbia aos Recorridos argüirem, houvesse campo propício a tanto, a falsidade ideológica, o que não ocorreu na espécie. Daí a presunção de validade do citado documento. No particular, provejo os declaratórios para, complementando o aresto ora embargado, fazê-lo nos termos supra. (Grifo nosso)³⁹⁹

Percebe-se, dessa forma, que o critério para análise do que seria o normal, ou seja, aquilo que ocorre no dia-a-dia, em termos da conduta do patrono, foi definido através da aplicação da função de padronização da boa-fé objetiva, *que determina a construção de um padrão de conduta tendo por fundamento as expectativas sociais* – no caso, daqueles que lidam na área do Direito porque a representação processual é matéria atinente à prática jurídica - *do que seria aceito ou tolerado, o que se infere pela prática reiterada ocorrer daquela forma.*

Nesse sentido, foram analisadas as circunstâncias do caso concreto - que tanto a procuração quanto o substabelecimento do patrono encontravam-se em papel timbrado da empresa representada, com manifestação de ciência expressa pelos representantes legais através da aposição do carimbo jurídico do Departamento Jurídico e da primeira folha assinada pelo presidente da empresa, e que a parte contrária em momento algum alegou - e comprovou - que o documento de representação processual serial falso – tendo-se concluído que não haveria razão alguma para se concluir que o patrono tivesse atuado em desconformidade com o padrão de conduta esperado. Ou, reescrevendo, para se concluir que o patrono havia agido conforme o padrão de conduta admitido pela comunidade jurídica, que seria a parte da sociedade que em razão de seus conhecimentos técnicos seria capaz de aferir a adequação ou não da conduta.

Portanto, conclui-se que a boa-fé objetiva atua para fins de operacionalizar a aplicação da razoabilidade-equidade, compreendida como critério de realização de justiça a partir da consideração daquilo que normalmente acontece, como técnica hermenêutica que

³⁹⁹STF, 2ª Turma, ED no RE 199.066-0-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.4.1997, DJU 1.8.1997, p. 33.483. p. 3-4 do acórdão.

impõe a exigência de que a construção do padrão de conduta de alguém, que será o critério para, entre outros, delinear o significado de normal quando da aplicação de uma regra, deve ser realizado considerando-se o que a sociedade – através dos olhos do Poder Judiciário – entende como admissível e tolerável naquelas circunstâncias do caso concreto (que representará o critério objetivo traduzido pela expectativa social).

Ademais disso, fundamental atrelar-se a normalidade ao valor da lealdade, traduzido pela boa-fé objetiva, pois caso contrário poderia ser considerada normal conduta que significativa parte da população pratique, porém que esteja patentemente contra o ordenamento jurídico, como seria o caso de sonegação fiscal. Por outro lado, caso assim não fosse, se correria o risco de em certos tipos de comportamento, por a opinião pública geral estar bem segmentada, não se pode falar em normal ou então ter que se falar que todas as condutas seriam normais. Enfim, o problema quanto à idéia de normalidade em sua aplicação isolada, é que ela se vincula intrinsecamente com a quantidade de incidência de uma conduta. E, enquanto se for um Estado Democrático de Direito, há preceitos fundamentais – cláusulas pétreas – que estão acima do querer e agir momentâneo da multidão.

Nesse sentido pode-se também concluir que a boa-fé objetiva em sua função de padronização opera entrelaçando a idéia de normalidade a de lealdade nas condutas, pois esse deve ser o padrão, nesse sentido deve consolidar-se a idéia do comportamento do “homem médio”.

3.4.3.2 Da análise jurisprudencial

No julgamento do **Recurso Especial 1338717/RN**⁴⁰⁰, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho utilizou expressamente a razoabilidade e a proporcionalidade como fundamento jurídico de seu entendimento a favor da reinclusão do contribuinte no programa de parcelamento especial (PAES).

Esse caso é deveras interessante porque a razoabilidade é utilizada na sua concepção de equidade tanto na perspectiva de que no caso concreto a razão da regra não foi cumprida pela norma legal⁴⁰¹ quanto na perspectiva de que a aplicação das regras deve ocorrer considerando as circunstâncias normais.

⁴⁰⁰ REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

⁴⁰¹ Essa primeira fórmula fica clara quando o Ministro Relator refere que: “Nesta toada, o STJ reconhece a viabilidade de incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do

A sua utilização no sentido de operar para fins de realização de justiça a partir da consideração de que a aplicação das regras deve ocorrer considerando circunstâncias normais e não peculiares, fica nítida quando o Ministro Relator pondera que “[...] o caso em apreço se reveste de **peculiaridade, que por si só, é suficiente para o desprovimento do recurso**”, sendo que refere como critério para entendimento da peculiaridade que “a Corte de origem afirmou, expressamente, que a Fazenda Pública aceitou o parcelamento realizado pelo contribuinte, ou seja, o próprio órgão interessado no pagamento do tributo contribuiu para que o mesmo se realizasse, eventualmente, em desacordo com as normas vigente do parcelamento”. (Grifo nosso)

Ainda, a relevância da anormalidade do caso concreto restou repisada com a posterior consideração que “aqui, deve-se reforçar, não está se tratando do contribuinte que não teve o seu parcelamento concedido por ausência de *expressa renúncia da discussão administrativa*, mas daquele que teve o seu parcelamento concedido, concluído e eficaz e depois, repentinamente, foi surpreendido com a sua exclusão.” (Itálico do autor, negrito nosso).

Nesse contexto, nota-se que a situação de peculiaridade do caso concreto, que no entender do Ministro Relator serviu para justificar a não aplicação da regra de exclusão do contribuinte do programa de parcelamento fiscal em razão de não ter cumprido com um dos requisitos legais para ingresso no PAES, foi a de que se constatou que a própria Administração Pública, a qual pretendia vê-lo excluído do programa de benefício fiscal, havia concedido o parcelamento para o contribuinte”.

Note-se que para aferir o que deve ou não ser considerado normal, foi utilizado o critério daquilo que se normalmente se espera, de uma perspectiva coletiva, quanto às relações de causa e consequência entre as condutas. No caso concreto, a situação foi considerada peculiar porque não se espera que a Administração Pública conceda o parcelamento e o receba por considerável tempo e depois, em situação de regularidade de adimplemento do contribuinte, venha a pleitear sua exclusão porque ela falhara em fiscalizar os requisitos para que o contribuinte auferisse o benefício.

Dessa forma, pode-se concluir que também no âmbito do Direito Tributário mostra-se relevante a função da boa-fé objetiva como instituidora de critério para aferir a normalidade de um comportamento, cabendo ressaltar que deve ser considerado normal, nos

benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo do Erário.” Já a segunda fórmula é objeto da explicação que ora se faz.

moldes de sua aplicação, aquele ao qual objetivamente não se atribui características desleais (traidora da confiança depositada, lesiva, não cooperativo e incoerente).

3.5 Função de Exceção (Aferição da Violação da Razão da Regra)

3.5.1 Considerações gerais

A boa-fé objetiva atua, ainda, como postulado normativo aplicativo quando vislumbra-se sua incidência como método de decisão sobre a aplicação de uma regra ou não ao caso concreto na medida em que impõe que para que a regra seja aplicada, além de preencher os requisitos hipoteticamente fixados, considerando as circunstâncias do caso concreto ela cumpra com a finalidade que justifica sua existência, que é a finalidade a que mediamente se propõe promover.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva opera trazendo o contexto do caso concreto como fator legitimador da aplicação das regras, funcionando, dessa forma, como critério de aferição da violação da regra em razão advinda da própria regra. Isso é, atua como fator critério para o desenvolvimento do raciocínio lógico pertinente à concretização da primeira forma excepcional que justifica a não aplicação das regras no caso concreto, que seria a sua exclusão em função da razão motivadora da própria regra.

Sobre a aplicação das normas, ensina Humberto Ávila (2009, p. 156-157) que:

Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. **Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.** Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra mesmo assim, não é aplicada. (Grifo nosso).

Nesse sentido, considera-se a boa-fé objetiva como critério para a ponderação a ser realizada sobre a aplicação das regras, o que em grande importância para o Direito na medida em que para que a técnica da ponderação não seja desvirtuada para legitimar condutas

excessivas e arbitrárias, necessário que seja intersubjetivamente controlada através do estabelecimento e exposição do critério adotado no seu exercício (ÁVILA, 2009, p. 122).⁴⁰²

Contribui, portanto a boa-fé objetiva, para a objetivação do processo de interpretação, consistente na construção do sentido da norma no caso concreto quando a decisão é fundada, sobretudo, na aplicação de uma regra. Afinal, é instrumento utilizado no desenvolvimento do raciocínio necessário para fins de apurar se o caso concreto é daqueles excepcionais, e por isso sua nomeação como *função de exceção*, em que a regra não deve ser considerada como aplicável porque as circunstâncias concretas demonstram que a aplicação da regra importaria em extrema injustiça na medida em que naquele contexto a regra não serve ao cumprimento da finalidade que lhe serve por suporte existencial.

Sobre o assunto, no mesmo sentido de que o aspecto individual do caso, nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal, serve como elemento legitimador da não aplicação da regra se manifesta Humberto Ávila. Contudo, ele defende a aplicação desse raciocínio sob a roupagem do postulado da razoabilidade em uma de suas acepção de equidade.

Com efeito, Humberto Ávila (2009, p. 154-156) apresenta o postulado da razoabilidade como equidade como operando de duas formas: exigindo a harmonização da norma geral como caso individual e considerando o aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é demasiadamente desconsiderado pela generalização legal. Essa segunda hipótese de operabilidade, que é objeto da presente análise, é apresentada por meio do seguinte exemplo:

Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagamento conjunto dos tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada, por violar a razoabilidade, na medida em que uma *interpretação dentro do razoável* indica que a interpretação deve ser feita “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”. Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo:

⁴⁰² Nestes termos, discorda-se que a ponderação seria um postulado aplicativo normativo inespecífico, isto é, que não pressupõe a existência de elementos e critérios específicos para sua aplicação, tal como defende Ávila (2009, p. 184). Afinal, pressupõe sim que as ponderações sejam realizadas considerando as circunstâncias do caso concreto, nos moldes do que exige o postulado da boa-fé objetiva na função ora apresentada.

segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá. (ÁVILA, 2009, p. 156)⁴⁰³

Humberto Ávila (2009, p. 156-157) entende que seria o caso de aplicação do princípio da razoabilidade porque:

No caso acima referido a regra geral, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual, em razão de sua anormalidade. [...] No caso analisado as condições de aplicação da regra foram satisfeitas. No caso a condição de aplicação da regra, segundo a qual o contribuinte deva ser excluído de um mecanismo especial de pagamento de tributos quando efetuar uma importação, foi preenchida. Ainda assim a regra não foi aplicada: o contribuinte não foi excluído *naquele caso*. Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral. Essas considerações levam à conclusão que **a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF).**

Ocorre que, no caso acima exposto, entende-se tratar de postulado que decorre da atuação da boa-fé objetiva no sistema jurídico e não da razoabilidade, consoante será exposto no item seguinte.

Ainda, relevante ressaltar a importância desta função na medida em que o Direito Tributário é composto por incontáveis regras de conduta no sentido de determinar o tributo a ser pago, a fórmula de cálculo, a data de pagamento, quem deve pagar, entre outros. É, como todos os outros ramos, um direito delineado por princípios, mas realizado através de regras. Regras essas de conduta. Portanto, apresenta-se o Direito Tributário como profícuo campo de aplicação desta função desempenhada pela boa-fé objetiva.

3.5.2 Aplicação da Boa-fé objetiva e não da Razoabilidade nessa Hipótese

A atuação da boa-fé objetiva ao invés da razoabilidade, como instrumento metodológico que serve para demonstrar que para fins de incidência da regra é necessário que ela se adequa às condições de generalização que foram o fundamento no qual o legislador se baseou ao realizar quando da elaboração da lei, se justifica por **duas razões**.

Em primeiro lugar, porque a idéia referente à consideração das peculiaridades do caso concreto a fim de analisar se a conduta da parte fere ou não o ordenamento jurídico

⁴⁰³ Cita o processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

faz parte do núcleo essencial de significado da boa-fé objetiva⁴⁰⁴, enquanto que, por seu turno o núcleo essencial de significado da razoabilidade centra-se na congruência e na comparação de grandezas⁴⁰⁵.

Nesse sentido, não importa o nome que a jurisprudência tenha encontrado para aplicação da idéia, o que importa é a identificação da idéia efetivamente aplicada, a qual, no caso, consiste na consideração das circunstâncias do caso concreto a partir da conduta das partes a fim de verificar se elas ferem o ordenamento jurídico em sua imposição geral de lealdade como vetor de justiça.

No caso concreto, as regras são consideradas como não aplicáveis justamente porque ferem a idéia de lealdade considerada sob a perspectiva de que quando o legislador elaborou tal regra, ele considerou certas circunstâncias gerais que justificariam a prévia ponderação de valores estabelecendo de forma clara o comportamento esperado das partes. Contudo, na medida em que as circunstâncias concretas não se enquadram dentro daquele contexto de normalidade que foi considerado pelo legislador, mostra-se desleal e desonesto aplicar a regra, pois tal aplicação viola o núcleo semântico do valor da lealdade, especialmente das seguintes formas: porque consiste em um comportamento não coerente por parte do Estado na figura de legislador e aplicador da lei, o que por sua vez pode ser considerado como um desrespeito à consideração dos interesses alheios envolvidos e à confiança que deve haver entre as partes no sentido de que ambas se comportarão de modo a promover a finalidade específica envolvida na relação jurídica.

Em segundo lugar, porque quanto mais apurada for a sistematização dos institutos jurídicos, maior será o grau de otimização possível de ser conferido em sua aplicação, o que se traduz, por sua vez, em munir o aplicador do direito de instrumentos aptos para solucionar problemas jurídicos de forma mais ágil e por meio de fundamentação mais adequada, isto é, sujeita a compreensão e, por conseguinte, controle social – o que por seu turno, repercute diretamente na concretização do sobreprincípio da democracia.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, por exemplo, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, (1997, p. 1281) se manifesta ressaltando que: “A referência à boa-fé postula uma relação entre duas pessoas e comporta, desde logo, as cores da proteção da confiança e da materialidade da regulação jurídica. [...] O núcleo sistemático deslindado, para além dos vectores gerais sempre implicados, explicita que, na situação complexa de que a condição é sempre, tão só, um elemento, nunca o todo deve ser perdido de vista: **trata-se do aflorar da materialidade da regulação jurídica.**” (Grifo nosso).

⁴⁰⁵ “Com efeito, o exame da razoabilidade-equivalência investiga a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação.” (ÁVILA, 2009, p. 179) e a razoabilidade-congruência “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação” (ÁVILA, 2009, p. 157), quais sejam, a recorrência a um suporte empírico existente e uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada (ÁVILA, 2009, 157-158).

Ora, a razoabilidade, como dito por Ávila (2009, p. 154-162), possui muitos significados⁴⁰⁶, e isso, em vez de auxiliar na sua aplicação, por certo acaba por atrapalhar, ainda mais considerando que as outras duas acepções – como congruência e como equivalência – se aproximam muito mais entre si do que de sua acepção como equidade.

Ademais disso, a aplicação da boa-fé objetiva como critério metodológico no caso mencionado como paradigma por Humberto Ávila fica clara quando se analisa a integralidade da decisão, qual seja, o Processo 13003.000021/99-14, referente ao Acórdão 202—12.527, de relatoria do Sr. Conselheiro Adolfo Montelo, julgado, em sessão de 18.10.2000, pela 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes do Conselho Administrativo de Recursos Tributários.⁴⁰⁷

Conforme exposto no relatório do Conselheiro Adolfo Montelo, o caso referia-se a empresa que fora excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições (SIMPLES) por descumprir o artigos 9º, inciso XII, alínea a, da Lei nº 9.317/96, que veda a opção à pessoa jurídica que realize operações relativas à importação de produtos estrangeiros, tendo sido apontado como evento para a exclusão a importação efetuada pela empresa, de bens para comercialização.

A empresa contribuinte então apresentou impugnação ao ato declaratório de sua exclusão alegando, em suma, que havia importado, no ano calendário de 1998, matérias-primas que não possuíam similar nacionais para serem incorporadas a produtos de sua fabricação para posterior comercialização.

A impugnação não foi acolhida pela autoridade monocrática, a qual entendeu que a empresa havia realizado operação econômica não permitida, consubstanciada na importação de produtos estrangeiros. A decisão foi ementada nos seguintes termos:

Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples Ano-calendário: 1997
 Ementa: IMPORTAÇÃO DIRETA DE PRODUTOS PARA COMERCIALIZAÇÃO.
 É vedada a opção ou a permanência no SIMPLES da pessoa jurídica que efetue importação direta de produtos, exceto quando destinados ao Ativo Permanente.
 SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Inconformada com a decisão, a empresa apresentou Recurso Voluntário, no qual reiterou os termos da impugnação e aduziu, ainda, que a causa em que se fundamentou

⁴⁰⁶ “A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades.” (ÁVILA, 2009, p. 153).

⁴⁰⁷ Processo 13003.000021/99-14, Acórdão 202—12.527, Relator Adolfo Montelo, Conselho Administrativo de Recursos Tributários, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

sua exclusão do SIMPLES seria inaplicável em seu caso devido a três razões: “(i) inexistência de operações habituais de importação; (ii) inexistência de importação de produtos para revenda; e (iii) desproporcionalidade da exclusão quando a quantidade e a proporção das importações é insignificante.” Ou, ainda, de forma mais detalhada, conforme exposto pelo Conselheiro Relator Aldofo Montelo, a empresa recorrente fundamentou seu pleito afirmando que “o destino dado à matéria-prima importada foi de utilizá-la em produtos de sua fabricação para revenda, e que não existe similar nacional” bem como que “a importação foi de pequeno valor em relação às aquisições no ano de 1998, atingindo apenas 0,60% de seu total”.

A Administração Tributária, por outro lado, referiu em prol da exclusão que o produto importado não destinou-se ao ativo permanente da empresa, sendo utilizado para compor o produto fabricado para comercialização.

Então, analisando a legislação incidente no caso, o Conselheiro Relator Aldofo Montelo asseverou que “entre as vedações para a opção à Sistemática do SIMPLES está à disposição contida no artigo 9^o, inciso XII, alínea *a*, da Lei n^o 9.317/96, mas o Ato Declaratório Normativo COSIT 06, de 12/06/982, interpretando *a* legislação que rege o assunto, declarou que a exclusão somente seria efetivada quando a importação se referir a produtos destinados à comercialização”, sendo que foi apenas em 10/02/1999 que “a IN SRF n^o 09/99, ao dispor sobre o assunto, definiu que a vedação não se *aplicava* à importação de produtos estrangeiros destinados ao Ativo Permanente do importador”, tendo ainda salientado a expedição, em 19/05/2000, do Ato Declaratório SRF n^o 034, o qual dispôs que “a partir do ano-calendário de 2000, as pessoas jurídicas que realizem operações relativas a importação de produtos estrangeiros poderão optar pelo SIMPLES, tendo em vista as disposições citadas, sendo claro que tais empresas deverão preencher os demais requisitos para a opção.” (Grifo do autor)

Sendo que, após, em evidente procedimento de interpretação e aplicação de tais regramentos, votou⁴⁰⁸ dando provimento ao recurso voluntário, com base no seguinte fundamento:

Em razão da destinação dada ao produto importado e de a atual legislação não definir a operação de importação de produtos estrangeiros, mesmo para comercialização, como evento excludente da opção; no exame do cerne da questão, entendo que deve ser levado em conta o princípio da razoabilidade. para, daí, inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

⁴⁰⁸ Voto com o qual concordaram por unanimidade os Conselheiros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas e ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público, e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa, e dentro da qual a decisão será discricionária.

Mediante todo o exposto, e o que consta dos autos, **voto no sentido** de dar **provimento ao recurso voluntário**. (Negrito do autor, sublinhado nosso)

Ora, em que se pese ter o Conselheiro Relator ter referido à razoabilidade como fundamento jurídico, referindo que de seu conteúdo se inferia que “a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”, observa-se que o raciocínio realizado teve por base considerar que o caso estaria na “zona intermediária” em que cabe ao intérprete verificar se a situação deveria ser considerada como certa ou errada, justa ou injusta, moral ou imoral e contrária ou favorável ao interesse público.

Com efeito, embora se reconheça que a razoabilidade como postulado traduz a aplicação teleológica da norma em prol da concretização da justiça considerando também as circunstâncias do caso concreto, tal papel também cabe à boa-fé objetiva em sua atuação como postulado.

Contudo, entende-se que quando o raciocínio de aplicação teleológica da regra realiza-se com base na valoração do certo e errado quanto à conduta das partes de uma relação jurídica e da realização ou não do interesse público no caso concreto, a operabilidade deve ser atribuída à boa-fé objetiva.

Isso porquanto a valoração do certo e errado quanto à conduta das partes de uma relação jurídica tem como questão de fundo a adequação ou não de tais comportamentos à expectativa social referente ao ideal de lealdade, que é o padrão estabelecido constitucionalmente para guiar os comportamentos intersubjetivos, consoante a consagração do princípio da boa-fé objetiva.

E, também, porque a valoração da contrariedade ou não das condutas ao interesse público reflete a idéia de concretização da finalidade para a qual certa relação jurídica se presta, o que é idéia vinculada, consoante o entendimento esboçado nesse trabalho, à operabilidade da boa-fé objetiva.

3.5.3 Análise jurisprudencial

Não obstante, importa ainda apreciar outros arestos que demonstram a tese de que a boa-fé objetiva possui relevante função de técnica hermêutica a ser considerada na aplicação das regras a fim de identificar hipótese de exceção em razão do não cumprimento da razão da regra tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

No julgamento do **Recurso Especial 1338717/RN**⁴⁰⁹, a manutenção do contribuinte no gozo do benefício fiscal referente a parcelamento, embora não tivesse cumprido com o requisito legal atinente à renúncia expressa no processo administrativo que discutia o crédito tributário incluído no programa de parcelamento especial (PAES), teve por fundamento, dentre outros, a aplicação da razoabilidade-equidade em sua função de critério hermenêutico para fins de legitimar a aplicação de uma regra, a qual para tanto deve cumprir com a teleologia da norma que lhe instituiu. Nesse sentido, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho referiu que “o STJ reconhece a *viabilidade de incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo do Erário.*”

Nesse sentido, duas observações merecem ser realizadas.

Inicialmente que o que se observa é necessidade de utilização pelo aplicador do Direito de um instrumento jurídico que lhe viabilizasse a aplicação das regras jurídicas tributárias consoante a finalidade da lei que as instituiu, de forma concretizar a justiça no caso concreto.

No caso dos autos, tem-se que contraria a finalidade da regra, que é justamente a de que os créditos de difícil recuperação sejam recolhidos ao Erário aplicar uma regra que determinará que certo contribuinte que se encontra regularmente depositando valores nos cofres públicos pare de fazê-lo em razão de uma regra que surgiu justamente com o propósito contrário.

É o que se depreende da menção de que cabe a aplicação dos “princípios da proporcionalidade e da razoabilidade [...] rotineiramente, em casos como este, em que a lei não prevê alternativa para determinadas peculiaridades”.

⁴⁰⁹ REsp 1338717/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

Ainda, observa-se que presença da boa-fé objetiva nesse contexto de aplicação das leis em consonância com o fim a que se prestam se faz notória ainda que não mencionada expressamente, o que demonstra sua íntima relação com a idéia não aplicação de uma regra quando no caso concreto ela não serve a sua razão de ser, na medida em que não se revela leal, sob a perspectiva de que coletivamente é esperado das partes que cooperem para realização da finalidade a que se presta aquela relação jurídica, sendo tal cooperação entendida, no caso concreto como o dever da Administração Pública Fiscal “fiscalizar se o contribuinte cumpriu as exigências da lei e não conceder a moratória e depois excluí-lo sem oportunizar o ajuste”.

No julgamento do Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento no **Recurso Especial 482.112/SC**⁴¹⁰⁴¹¹, o Ministro Relator Humberto Martins⁴¹² salientou o reconhecimento da aplicação da razoabilidade na matéria atinente aos parcelamentos tributários “quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo do Erário”, tendo ainda ressaltado que “se a conclusão da Corte de origem, firmada em decorrência da análise dos autos, é no sentido de que a exclusão do contribuinte do REFIS mostra-se não razoável e desproporcional, porquanto contrária à finalidade do programa de parcelamento, pois nenhum prejuízo causou ao erário - bem ao contrário, lhe é favorável, destaca o acórdão -, estando comprovadas a boa-fé da empresa e a mera ocorrência de erro formal, a modificação do julgado esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.”

⁴¹⁰ AgRg no AREsp 482.112/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 29/04/2014.

⁴¹¹ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. REFIS. EXCLUSÃO DO PROGRAMA. OBSERVÂNCIA DA FINALIDADE DA NORMA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE. ERRO FORMAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Mostra-se despropositada a argumentação de inobservância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do STF, pois, ao contrário do afirmado pela agravante, na decisão recorrida, não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o seu afastamento, mas apenas a sua exegese.

2. O STJ reconhece a viabilidade de incidir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo do Erário.

3. Se a conclusão da Corte de origem, firmada em decorrência da análise dos autos, é no sentido de que a exclusão do contribuinte do REFIS mostra-se desarrazoável e desproporcional, porquanto contrária à finalidade do programa de parcelamento, pois nenhum prejuízo causou ao erário - bem ao contrário, lhe é favorável, destaca o acórdão -, estando comprovadas a boa-fé da empresa e a mera ocorrência de erro formal, a modificação do julgado esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 482.112/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 29/04/2014)

⁴¹² Com o qual concordaram por unanimidade os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães.

Assim, conclui-se que boa-fé objetiva funciona também no Direito Tributário como critério para aferição de hipótese excepcional em que a regra não deve ser aplicada porquanto não se constata que nas circunstâncias do caso concreto ela sirva para alcançar a finalidade para a qual foi concebida, ou, em outras palavras, porque no caso concreto se nota que a aplicação da regra vai contra a teleologia do diploma legal em que ela se encontra.

No Agravo de Instrumento 2006.04.00.021218-2/PR⁴¹³ julgado pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se observa a aplicação expressa da razoabilidade na função de critério para aferição da exceção da regra, em matéria de exclusão do contribuinte de parcelamento em razão da ausência de desistência de impugnação administrativa atinente aos créditos parcelados, tendo sido referido na ementa do acórdão que “*Carece de razoabilidade o afastamento do PAES de débitos discutidos em processos administrativos se a empresa vem pagando as parcelas do Programa no prazo fixado e desistiu das impugnações administrativas anteriormente apresentadas, ainda que o tenha feito a destempo, uma vez que a desistência das impugnações afasta a possibilidade de qualquer prejuízo ao erário.*”

Por fim, ainda de se referir o julgamento do **Recurso Especial 1143216/RS**⁴¹⁴. Analisando se o contribuinte deveria ser mantido ou não no programa de parcelamento fiscal por não ter desistido expressamente de impugnação administrativa, o Relator Ministro Luiz Fux, ponderando que a exclusão ocorrera somente mais de quatro anos de regular adimplemento das parcelas, aplicou a boa-fé objetiva, embora se referisse à razoabilidade, ao referir que a conduta do Fisco caracterizava “comportamento contraditório perpetrado pela Fazenda Pública, o que conspira contra o princípio da razoabilidade, máxime em virtude da ausência de prejuízo aos cofres públicos.”

E isso pois tanto a idéia da vedação ao comportamento contraditório quanto a idéia de consideração da não lesividade da conduta da parte orbitam em torno do valor da lealdade, que é o cerne semântico do princípio da boa-fé objetiva.

Ainda, no seguimento do raciocínio empreendido pelo Ministro Relator, nota-se referência, no contexto da aplicação da boa-fé objetiva através da máxima do *nemo potest venire contra factum proprium*, à lealdade sob a forma de exercício regular do direito traduzida na conduta de não desviar-se o titular do direito subjetivo “do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo os limites do razoável)” e

⁴¹³AI nº 2006.04.00.021218-2/PR, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Vilson Darós, DJU de 06-09-2006.

⁴¹⁴REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIS FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010

em não contradizer seu próprio comportamento “após ter produzido em outrem uma determinada expectativa”.

Frise-se ainda que, consoante o texto acima referido, observa-se que a razoabilidade foi empregada no sentido de considerar que a regra legal que determinava a exclusão do contribuinte, apreciada no caso concreto, excedia os limites do razoável tendo em vista a consideração da finalidade concreta daquela relação jurídica tributária, que era, consoante se manifestou anteriormente o Ministro Relator, a de proporcionar aos contribuintes inadimplentes um meio menos oneroso para adimplemento dos débitos tributários a fim de que pudessem a gozar de regularidade fiscal e dos benefícios daí advindos quanto em viabilizar que o Estado arrecadasse créditos tributários de difícil ou incerto resgate através da renúncia parcial ao total do débito e da fixação de prestações mensais contínuas.

Portanto, nota-se que o juízo de valoração realizado em nome da razoabilidade na aplicação da regra foi em relação à conduta das partes quanto ao cumprimento da finalidade em concreto, objetivamente aferível – na medida em que revela a expectativa da sociedade como um todo quanto às relações jurídicas tributárias que envolvem parcelamento de tributos, o que se entende ser função **desempenhada pelo princípio da boa-fé objetiva em sua função interpretativa**.

Nesse caso também vislumbra-se que seria mais adequada a utilização da norma em nome da boa-fé objetiva em vez da razoabilidade. Afinal, como o extrato colacionado deixa transparecer, os elementos considerados na decisão relacionam-se diretamente com a idéia da concretização do valor da lealdade traduzido pelo adimplemento das parcelas regularmente pelo contribuinte e pela desistência das impugnações administrativas que haviam sido apresentadas anteriormente ao ingresso no programa de parcelamento fiscal, considerando-se que meras irregularidades não devem se sobrepor à efetiva realização da finalidade que vincula as partes da relação jurídica.

3.6 Boa-Fé Objetiva como Norma de Padronização e de Critério de Exceção da Regra como Postulado e Não como Princípio.

No exercício das funções padronizadora e de critério de exceção, a boa-fé objetiva comporta-se como um postulado, pois incide não para determinar de deveres às partes da relação jurídica, mas como técnica interpretativa a ser aplicada pelo operador do Direito.

Configura-se, desse modo, norma de conduta para o operador do Direito e não para as partes de uma relação jurídica, pois recai como a aplicação de outras normas, notadamente da boa-fé subjetiva, do princípio da proteção da confiança e da razoabilidade-equidade. Nesse sentido é, portanto, uma metanorma.

Em outras palavras, sua destinação imediata é o intérprete, no que coincide com a qualidade dos postulados, categoria já que o destinatário imediato dos princípios seria o agente da conduta a quem os princípios estabelecem o dever de conduzir-se de modo a promover o estado ideal de coisas imediatamente visado, que no caso da boa-fé objetiva é a lealdade no âmbito das relações intersubjetivas.

Não obstante, não há que se falar na promoção imediata de um estado de coisas pelo postulado (no máximo, mediamente, seria o caso de promoverem, todos os postulados, o estado de coisas ideal consubstanciado no adequado funcionamento do ordenamento jurídico), mas em um método de aplicação das normas, o que é peculiar da essência do tipo normativo dos postulados.

Por fim, sua aplicação se dá pela constatação dos elementos necessários para tanto, a depender do postulado, inclusive da sua natureza específica ou inespecífica, já que nesse último caso eles se aplicam a todas as normas por não haver elementos condicionais de aplicação (ÁVILA, 2009, p. 144-145) e não através de ponderação e sopesamento, como é característico aos princípios.

3.7 Conclusões Parciais

Primeira: Estudando a normatividade da boa-fé objetiva conclui-se que ela desempenha elementar função no ordenamento jurídico não apenas como princípio, mas também como postulado normativo aplicativo, entendido esse como norma que tem como finalidade imediata a imposição de condição de interpretação em concreto do Direito no intuito de viabilizar sua operabilidade como sistema jurídico eficiente, (no sentido de “fazer certo as coisas”, no caso, a aplicação das normas jurídicas) e eficaz (no sentido de “fazer as coisas certas”, no caso, propiciar através a adequada aplicação das normas a concretização dos valores fundamentais constitucionais). Em outras palavras, a boa-fé objetiva possui duplo caráter normativo, sendo fundamental ao ordenamento jurídico em ambos os papéis.

Segunda: Cabe ressaltar que, no que diz respeito à aplicação do postulado da boa-fé objetiva, ela abrange todo o Direito, não importando a segmentação por áreas, não

sendo necessária sua previsão legal, pois se trata de norma de viés estruturante do bom funcionamento do ordenamento jurídico, o que lhe desenha contornos essencialmente implícitos quanto a sua apresentação no ordenamento jurídico.

Terceira: Entende-se que a teoria da boa-fé objetiva como postulado é aplicável ao Direito Tributário, pois observa-se que a boa-fé objetiva no exercício de algumas de suas funções consubstancia-se em norma com a finalidade imediata de imposição de critérios para interpretação em concreto do Direito e não para o estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser alcançado

Quarta: Ademais disso, de se ressaltar que, como se qualifica como postulado normativo aplicativo específico (ou condicional), o que importa mesmo para fins de determinar a sua aplicação ou não é a presença dos elementos que a condicionam, isto é, sobre os quais se determina um método relacional. Esses elementos, no caso da boa-fé objetiva, podem ser encontrados no âmbito do Direito Tributário uma vez que é possível aferir também em âmbito tributário a consciência social do que seja adequado e porque no campo do Direito Tributário também se deve realizar a análise do cumprimento da regra no caso concreto, considerando as suas circunstâncias e a realização de sua *mens legis* a fim de apurar se não se trata de caso excepcional que sirva como razão da própria regra a sua não aplicação.

Não obstante, consoante a classificação proposta por Humberto Ávila, o postulado da boa-fé objetiva consiste em postulado normativo aplicativo porque aplicável em casos concretos e não abstratamente, e da espécie condicional porque necessários certos elementos para sua incidência, quais sejam, a relevância da valoração da conduta das partes em face da expectativa social para aplicação de outra norma.

Quinta: Ainda, importa ressaltar que se entende que os postulados normativos aplicativos servem para estruturar a aplicação de todos os tipos de normas, sejam elas outros postulados, princípios ou regras. Quando estruturam a aplicação de outros postulados, atuam duplo reforço ao controle intersubjetivo da aplicação normativa, uma vez que propiciam controlar a aplicação das normas as quais já tem por função controlar a aplicação de outras normas.

Sexta: Como postulado normativo aplicativo, a boa-fé objetiva estrutura a aplicação de outras normas através de duas principais formas, possuindo, portanto, dupla função de destaque: função de padronização e função de critério para fins de aferição de violação da razão da regra, justificando, assim, a não aplicação desta.

Sétima: A **função de padronização da boa-fé objetiva** se traduz na imposição como critério para aplicação de certas normas, como as que dependam da apuração de um

estado intencional das partes ou do alcance do que seja a normalidade, a construção de um padrão de conduta (*standard*) construído com base na expectativa social sobre as relações de causa e efeito das condutas e na consideração das circunstâncias concretas do caso.

Oitava: A função de padronização da boa-fé objetiva serve de critério para a aplicação do postulado da razoabilidade-equidade no que diz respeito à construção – quando importar para o caso concreto o comportamento humano – de um padrão referente ao que deva ser considerado normal, já que, nessa acepção, a razoabilidade determina que se deve presumir o que normalmente acontece, e não o contrário, como forma de concreção da justiça. Nesse sentido, a boa-fé objetiva como postulado importa em reforço do controle da atividade interpretativa, pois atua no âmbito da aplicação da metanorma referente à razoabilidade, numa perspectiva de controle da normas de controle.

Nona: Por sua vez, a função de padronização também é aplicável ao Direito Tributário para fins de operacionalizar a boa-fé subjetiva e princípio da proteção da confiança.

Décima: A função de padronização da boa-fé objetiva serve para operacionalizar a boa-fé na sua faceta subjetiva, na medida em que possibilita a aferição da intenção do agente (fato abstrato e por si só não tangível) por meio de sua conduta objetivamente considerada. E isso sem inserir um elemento ético no conteúdo da boa-fé subjetiva e nem utilizar-se do princípio da boa-fé objetiva na função interpretativa para fins de possibilitar a aplicação da boa-fé subjetiva. Ou seja, dessa forma entende-se facilitar a análise do aplicador do direito a respeito de qual das facetas da boa-fé devem ser utilizadas para solucionar o caso concreto, auxiliando a dissipar a confusão conceitual a respeito.

Décima primeira: A **função de aferição de violação da razão da regra** estabelece como critério para fins de analisar se o caso concreto configura uma exceção que justifica a não aplicação de certa regra por motivo de uma razão advinda da própria regra, e isso na medida em que traz o elemento “circunstâncias do caso concreto” e “lealdade” para se averiguar se a razão que justifica a existência da regra pode ser considerada como realizada.

Décima terceira: Por fim, a fim de apaziguar qualquer dúvida remanescente sobre a natureza normativa da boa-fé objetiva no que diz respeito às funções de padronização e de aferição do cumprimento da razão da regra, importa considerar que a norma incide, nesses casos, diretamente voltada ao operador do Direito, não consistindo seu foco na determinação de deveres às partes da relação jurídica. Portanto, seu objeto de incidência são as normas e não os comportamentos das pessoas em geral. Não obstante, nesses casos não há que se falar na promoção imediata de um estado de coisas, mas em um método de aplicação das normas, o que é peculiar da essência do tipo normativo dos postulados. Finalmente, sua

aplicação se dá pela constatação dos elementos necessários para tanto e não através de ponderação e sopesamento, como é característico aos princípios.

Assim, considerando as funções acima expostas, patente que a boa-fé objetiva reveste-se das qualidades de postulado e não de princípio nesses casos. E isso, pois não estabelece um estado ideal de coisas a ser promovido, mas um método para que as normas realizem-se de forma que possibilite um maior controle intersubjetivo em razão da externalização da forma de sua aplicação e dos critérios utilizados na aplicação, sendo possível aos demais operadores do direito, bem como aos cidadãos como um todo entender os elementos fáticos considerados para prolação da decisão na situação concreta.

Ainda, evidentemente o destinatário é o operador do direito, que manuseará a aplicação das normas. Não obstante, no exercício de tais funções trata-se de norma que atua sobre normas e não sobre condutas das partes (criando para estas deveres e direitos). Por fim, sua aplicação se dá de forma integral quando os elementos a que diz respeito forem detectados, bem como não se verifica que conflite com outros postulados, de modo que não há que se falar de ponderação ou sopesamento.

TESES

Por todo o exposto, apresentam-se as seguintes teses, conclusões últimas a que se chegou por meio deste trabalho:

1. Conforme depreende-se da análise jurisprudencial realizada, o núcleo semântico do princípio da boa-fé objetiva no Direito Tributário é o valor da lealdade, sendo derivados significativos desse: (a) o dever de confiança mútua entre as partes; (b) o dever de cooperação entre as partes tendo em vista a consecução da finalidade para a qual a relação jurídica foi criada; (c) o dever de agir de forma solidária, responsável, consequente e coerente, o que revela o respeito pelas legítimas expectativas geradas por condutas prévias; (d) o dever de agir com transparência e informar de modo claro o necessário para que a outra parte possa cumprir com os deveres que lhe correspondem; (e) o dever de não enganar e de não lesionar a outra parte; e (f) o dever de não pretender beneficiar-se de sua própria torpeza.

2. A boa-fé subjetiva, na medida em que constitui norma cujo objeto de valoração é o estado anímico, psicológico, interno da parte, precisa de alguma outra norma que lhe operabilize, uma vez que a vontade e a intenção somente são aferíveis na medida de suas manifestações externas. Desse modo, observa-se a necessidade de, pela operação de alguma técnica hermenêutica, possibilitar a aplicação de critério(s) objetivo(s) ao caso concreto para se presumir a vontade ou intenção da parte.

Ocorre que se tal atividade for realizada pelo princípio da boa-fé, haverá três problemas: o primeiro é que com o princípio da boa-fé objetiva atuando no mesmo caso em que a norma da boa-fé subjetiva o discernimento sobre a norma em apreço se tornará extremamente difícil. O segundo é que se assim fosse, haveria uma área cinzenta, a dos deveres de cuidado ou de colaboração, proteção e informação que seria, em termos práticos, comum a ambas normas, o que, além de descaracterizar a função de criadora de deveres de conduta peculiar ao princípio da boa-fé objetiva, reforçaria a dificuldade para se apurar qual das normas estaria sendo aplicada. E, finalmente, o último problema seria apurar a possibilidade de um princípio necessariamente depender de outro para efetivamente poder ser concretizado.

Vislumbra-se, contudo, a seguinte solução: a operacionalização da boa-fé subjetiva através do **postulado da boa-fé objetiva com a função de padronização**. Nesse sentido, o postulado da boa-fé incidirá para **construir um *standard* jurídico**, tendo em vista a consideração de causa e efeito, no caso concreto, mediante a perspectiva social do que seria considerado normal ou adequado para fins de valoração de um elemento que precise ser

objetivado a fim de possa ser aplicado, que no caso é a vontade da parte de agir consoante o ordenamento jurídico.

3. Nessa mesma função de padronização o postulado boa-fé objetiva atua também para operacionalizar o princípio da proteção da confiança, que consiste no aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, e também o postulado da razoabilidade-equidade em sua função de aplicação ou não de uma regra consoante a constatação de uma anormalidade, situação a qual também precisa ser objetivada para fins de aplicação da norma que lhe carrega, que no caso é o postulado razoabilidade.

4. A cognoscibilidade do sujeito quanto às circunstâncias de fato não é critério adequado para distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, pois em que pese a boa-fé subjetiva ter por base um equívoco na compreensão da realidade fática ou jurídica, não se pode olvidar que a boa-fé objetiva também se relaciona com conhecimento do sujeito quanto aos fatos, os quais compõem o elemento referente às circunstâncias do caso concreto, que serão necessariamente levadas em consideração na apreciação da lealdade da conduta do sujeito. Tanto assim que um dos deveres de cooperação que surgem da aplicação do princípio da boa-fé objetiva refere-se ao dever de informação e de esclarecimento entre as partes.

5. Observa-se que: (i) a boa-fé objetiva e a subjetiva possuem a mesma finalidade imediata, referente à promoção da conduta leal como o modelo de conduta a ser adotado pelas partes das relações jurídicas, e o mesmo campo de atuação, que é o caso concreto; porém(ii) a sua finalidade mediata, que consiste na forma como a norma se presta a promover a finalidade imediata, é diferente pois a boa-fé objetiva valoriza a conduta do sujeito, através da construção de um standard jurídico objetivo, ao passo que a boa-fé subjetiva valoriza a intenção do sujeito, do que se depreende que: (a) serve a boa-fé objetiva ao propósito de *promover condutas leais*, enquanto que boa-fé subjetiva a *inibir condutas desleais*, o que ela alcança tanto penalizando aqueles que forem constatados como tendo agido de má-fé quanto amparando aqueles considerados como tendo agido de boa-fé através da flexibilização dos efeitos que normalmente seriam advindos da incidência de um dispositivo legal; (b) a boa-fé objetiva se vocaciona a servir de fundamento basilar para decisões judiciais, enquanto que a boa-fé subjetiva tem por vocação servir como argumento de reforço; (c) a aplicação da boa-fé subjetiva *somente* ocorre nas áreas do Direito em que a vontade é relevante, como é o caso do Direito Tributário Sancionatório, enquanto que a boa-fé objetiva tem como campo de atuação o Direito como um *todo*; (d) a operabilidade da boa-fé subjetiva, embora perpassa impreterivelmente pela análise da conduta do agente e as expectativas sociais a respeito a fim de construir um *standard* de conduta que faça possível a análise da presunção referente a se o

sujeito agiu ou não de má-fé, o faz *apenas* como meio (através da operação do postulado da boa-fé objetiva) para fins de aferir a vontade do sujeito vinculado na relação jurídica enquanto que a boa-fé objetiva tem essa análise da conduta como *um meio e um fim em si mesmo*; (e) a boa-fé subjetiva tem uma principal função, que é a de amenizar ou extinguir sanções, ao passo que a boa-fé objetiva possui diversas funções, dentre as quais a de fonte de deveres de conduta.; (iii) quanto à natureza jurídica, a boa-fé subjetiva pode consubstanciar-se tanto em elemento de uma regra (no sentido de mensurar a culpabilidade), em uma regra propriamente dita (quando estabelecer o agravamento de sanções àqueles que agirem de forma desonesta ou desleal) ou em um princípio (a promover que somente condutas dolosas ou culposas sejam sancionadas), enquanto que a boa-fé objetiva possui natureza de princípio e de postulado; (iv) embora ambas as facetas da boa-fé se prestem para alterar os efeitos legalmente decorrentes de um fato, somente a boa-fé objetiva pode criar direitos ou deveres diversos dos previstos; (v) enquanto a boa-fé objetiva se trata de focar na conduta em relação ao que os demais membros da sociedade esperam, o que a aproxima da essência da ética, a boa-fé em sua vertente subjetiva relaciona-se mais intimamente com a moral, uma vez que foca na intenção do agente em atuar conforme o valor da lealdade.

6. A relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva para com os princípios da moralidade e da segurança jurídica não é de derivação em abstrato, ou seja, esses não devem ser compreendidos como fundamentos daquele. Afinal, em que pese os valores nucleares do princípio da moralidade o da boa-fé objetiva assemelharem-se, aquele princípio somente se presta a incidir sobre as condutas da Administração Pública, não servindo, portanto, como fundamento de regra de conduta para os administrados, sejam eles contribuintes ou potenciais contribuintes. Por sua vez, o princípio da segurança jurídica, apesar de conduzir a solução de certos tipos de casos, através de seu subprincípio da proteção da confiança, para a mesma direção que o princípio da boa-fé objetiva não o faz traduzindo os mesmos valores, pois enquanto a boa-fé objetiva tem por finalidade imediata a promoção da lealdade como padrão de conduta a ser observado, a segurança jurídica tem por finalidade imediata a promoção da estabilidade das relações jurídicas. Assim, entende-se que o princípio da boa-fé objetiva como princípio tributário constitucional implícito que tem como seu fundamento o sobreprincípio do Estado de Direito, configurando-se, dessa forma, como um de seus subprincípios, porquanto seu conteúdo mínimo relaciona-se diretamente com a concretização dos valores fundamentais do Estado de Direito, estampados no artigo 1º da Constituição Federal, bem como com seus objetivos fundamentais, esboçados no artigo 3º da Lei Magna.

7. Como princípio, a boa-fé objetiva exerce a função interpretativa, função de criadora de deveres de conduta e a função de limitadora de direitos subjetivos e posições jurídicas. A função interpretativa e limitadora de direitos subjetivos instituem normas de conduta aplicáveis a todas as partes da relação jurídico-tributária, porém como fonte de deveres de conduta a boa-fé objetiva apenas se aplica à Administração Pública, em razão da vedação referente ao princípio da legalidade.

8. No exercício da função interpretativa, o princípio da boa-fé objetiva serve de fundamento para condicionar a interpretação das circunstâncias concretas do caso objeto e análise à finalidade da relação jurídica, aplicando-se em três hipóteses: (i) quando houver lacunas (ii) no caso de dúvidas; (iii) mediante a função polarizadora, a qual se aplica à interpretação das relações jurídicas em geral, mas também especialmente para fundamentar a função de criadora de deveres de conduta, os quais somente podem ser criados em face do administrado através de lei formal. Ainda, sua aplicação com conteúdo autônomo traduzindo o seu núcleo semântico ocorre subsidiariamente em relação à sua função de limitadora de direitos subjetivos e de criadora de deveres de conduta.

9. É no exercício da função de limitadora de direitos subjetivos que o princípio da boa-fé objetiva concretiza de forma mais evidente no Direito Tributário o seu núcleo de sentido semântico, pois essa função traduz o dever geral de exercício dos direitos de modo regular, isso é, através de comportamento responsável e coerente com as condutas prévias, respeitando as legítimas expectativas criadas e de modo não lesivo, enganoso ou torpe. Esse comportamento leal é traduzido pela aplicação das seguintes máximas: *supressio* (ou *atraso deslal*), da *surrectio*, do *venire contra factum proprium*, do *tu quoque*, do abuso da nulidade por motivos formais, do cumprimento parcial e flexibilidade dos prazos, e, por fim, *do dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*.

10. A boa-fé objetiva possui ainda duas funções, a de padronização e a de critério para fins de aplicação da exceção da regra, o que justifica – excepcionalmente – a não aplicação de uma regra apesar de preenchidos os pressupostos fáticos. No exercício dessas funções a boa-fé objetiva não impõe norma de conduta às partes de uma relação jurídica, mas sim norma de comportamento exclusivamente ao operador do Direito, ou, em outras palavras, consistem em técnica hermenêutica para aplicação de normas, não havendo que se falar em sopesamento ou ponderação para fins de sua aplicação, mas em mera constatação das condições de atuação. São, portanto, **funções exercidas pela boa-fé objetiva como postulado**.

11. A *função de padronização do postulado da boa-fé objetivas* e traduz na imposição como critério para a valoração das condutas em relação ao cumprimento das normas no sentido de que devem ser analisadas em face de um padrão de conduta (*standard*) construído com base na expectativa social. Ela serve de técnica hermenêutica que instrumentaliza a aplicação do postulado da razoabilidade-equidade no que diz respeito à construção – quando importar para o caso concreto o comportamento humano – de um padrão referente ao que possa ser considerado normal, já que, nessa acepção, a razoabilidade determina que se deve presumir o que normalmente acontece, e não o contrário, como forma de concreção da justiça. Ainda, serve de técnica hermenêutica que instrumentaliza a aplicação da boa-fé subjetiva e do princípio da proteção da confiança, construindo um *standard* de comportamento que torne possível presumir a vontade da parte através da consideração de sua conduta em face das circunstâncias do caso concreto, isso é, considerando se a parte agiu como normalmente agiria um cidadão médio que estivesse agindo de forma leal.

12. O postulado da boa-fé objetiva atua também na *função de aferição de violação da razão da regra*, pois parece mais adequada a aplicação dessa técnica hermenêutica através da boa-fé objetiva do que da razoabilidade. E isso porque a idéia referente à consideração das peculiaridades do caso concreto a fim de analisar se a conduta da parte fere ou não o ordenamento jurídico faz parte do núcleo essencial de significado da boa-fé objetiva e essa técnica se traduz pela operação do Direito de formal leal. As regras são consideradas como não aplicáveis justamente porque ferem a idéia da lealdade considerada sob a perspectiva de que quando o legislador elaborou tal regra, ele considerou certas circunstâncias gerais que justificariam a prévia ponderação de valores, estabelecendo nessas circunstâncias, de forma clara o comportamento esperado das partes. Contudo, na medida em que as circunstâncias concretas não se enquadram dentro daquele contexto considerado pelo legislador, mostra-se desleal aplicar a regra, pois tal aplicação viola o núcleo semântico do valor da lealdade, especialmente das seguintes formas: porque consiste em um comportamento não coerente por parte do Estado na figura de legislador e aplicador da lei, o que por sua vez pode ser considerado como um desrespeito à consideração dos interesses alheios envolvidos, e à confiança que deve haver entre as partes no sentido de que ambas se comportarão de modo a promover a finalidade específica envolvida na relação jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.
2. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
3. AVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado**, nº 1 (jan/mar 2006). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
4. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel/Alexandre Pasqualini...** [et al.]; Ingo Wolfgang Sarlet, organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
5. **Sistema Constitucional Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva: 2010.
6. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed, amp. e rev. São Paulo: Malheiros, 2009.
7. AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO; BOA-FÉ OBJETIVA; TEORIA DA IMPREVISÃO E, em especial, onerosidade excessiva (laesioenormis). In: ALVIM, Arruda (coord.); César, Joaquim Portes de Cerqueira (coord.); Rosas, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. 31-45.
8. BRASIL, **Código Civil, Lei nº 10.406**, Institui o Código Civil, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 21 jul. 2016.
9. BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm >. Acesso em: 21 jul. 2016.
10. BRASIL, Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172/1966, Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios., 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016
11. BRASIL, Lei 8.987/1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.
12. BRASIL, Lei 9.784/1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, 29 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

13. CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. *In* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
15. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
16. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
17. A relação jurídica tributária e as impropriamente chamadas “obrigações acessórias”. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1971, v. 17, p. 381-386
18. CÍCERO, De officiis, 44 AC, Livro 1, Parágrafo 23). Tradução
19. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997
20. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.
21. COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
22. DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 380, Junho 2009, p. 51-66.
23. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
24. DONNINI, Rogério José Ferraz. **Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
25. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
26. GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
27. JARACH, Dino. **Curso superior de derecho tributario**. Vol. 1. Buenos Aires: "Cima", 1957.

28. LEOPOLDO, Ana Caroline Krüger de Lima. **Da natureza jurídica das obrigações tributárias acessórias conforme a boa-fé objetiva**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS.
29. MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
30. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.
31. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
32. MARTINS, Raphael Manhães. Análise paradigmática do direito das obrigações: boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vl. 11, n. 44, p. 214-239, out. 2008.
33. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
34. MELLO, Elizabete Rosa de. A Obrigação como Processo no Direito Tributário e a Aplicação do Princípio da Boa-fé Objetiva. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. V. 15, n. 59, p. 217-249, jul-set 2012.
35. MÉNDEZ, Amelia González. **Buenafe y derecho tributario**. Madrid: Marcial Pons, 2001.
36. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
37. NASCIMENTO, Otávio Bulcão. Sujeição Passiva Tributária (pág. 799-835). In SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pág. 1185.
38. NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro, Editora: Renovar, 1998.
39. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
40. PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 3ª ed. Revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
41. PÉREZ, Jesús Gonzalez. **El principio general de labuenafe em el derecho administrativo**. 3 ed. ampl. Madrid: Civitas, 1999.
42. PINTO, Carlos Alberto da Motta. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.

43. PORTO, Éderson Garin. **A colaboração no direito tributário: por um novo perfil de relação obrigacional tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
44. **Estado de direito e direito tributário: norma limitadora ao poder de tributar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Pág. 165.
45. QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Regra Matriz da Incidência Tributária (pág 223 a 260). In SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pág. 1185.
46. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
47. REIS, Elcio Fonseca. **O Princípio da Boa-fé e o Planejamento Tributário**. São Paulo: QuartierLatin, 2008
48. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
49. RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-Fé Objetiva no Direito Financeiro e Tributário – Série Doutrina Tributária Vol. III**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.
50. SANCHES, José Luís Saldanha. **A quantificação da obrigação tributária . Deveres de cooperação, auto-avaliação e avaliação administrativa**. 2 ed. Lisboa: Editora LEX, 2000.
51. SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 204-263, abr./jun. 2009.
52. SILVA, Carlos Augusto. A obrigação como totalidade e como processo. **Revista da Ajuris**, n.95. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2004. p. 55-70.
53. SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
54. TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
55. TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.
56. TORRES, Ricardo Lobo. Obrigação tributária. In GOMES e ANTONELLI (Coord). **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: QuartierLatin, 2005
57. WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Editorial Civitas, 1977.