

A importância da cláusula *nemo potest venire contra factum proprium* como *standard* jurídico aplicável ao procedimento administrativo disciplinar¹

Cynthia Pollyanna de Faria Franco²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A motivação como instrumento de controle do ato administrativo; 3 – O dever de coerência no procedimento administrativo disciplinar e o caráter unitário da Administração Pública; 4 – O princípio da confiança legítima atrelado ao princípio da segurança jurídica; 5 – A vedação ao comportamento contraditório como decorrência do princípio da boa-fé objetiva; 6 – A autovinculação administrativa e a máxima do *nemo potest venire contra factum proprium*; 7 – A importância do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito administrativo disciplinar; 8 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Este tema foi originalmente apresentado por esta Procuradora no Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal no ano de 2015, em que foram aprofundados os debates sobre a matéria.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Presidente da 4ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Introdução

Almejamos, através deste artigo comemorativo, reafirmar a necessidade da incidência do brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*³ no âmbito do procedimento administrativo disciplinar, acenando para a importância de adotá-lo como *standard* jurídico da atuação estatal até final julgamento, a ser proferido por autoridade competente, em conformidade com os parâmetros de coerência e lealdade processual, trazendo a reboque os princípios constitucionais a ele correlatos.

Desta feita, o significado imediato da expressão acima cunhada, no âmbito do procedimento administrativo disciplinar, traduz-se no comportamento omissivo ou comissivo da Administração Pública⁴ que, num primeiro momento, age rumo a uma determinada direção (gerando uma expectativa legítima⁵ por parte do servidor público⁶) para, no momento seguinte, praticar uma nova postura completamente contraditória aos efeitos originalmente esperados.

3 N.E.: “Ninguém pode vir contra seus próprios atos”.

4 Administração Pública é, em sentido subjetivo e orgânico, o conjunto dos órgãos e entidades estruturados para desempenhar a função administrativa do Estado, como a Presidência de República, os Ministérios, as Secretarias de Estado e Governo, Procuradorias, departamentos distritais, estaduais e municipais (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51).

5 Ensina Arnaldo Rizzardo: “As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude” (RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da aparência*. AJURIS nº 24, mar. 1982, p. 222).

6 Os servidores públicos, portanto, compreendem a figura daqueles que prestam serviços ao Estado em caráter permanente e com um vínculo de natureza profissional, os quais ingressam no serviço público mediante um processo seletivo especial, denominado concurso público de provas ou de provas e títulos, e que irão assumir um posto específico na Administração Pública chamado de cargo público, dispondo de garantias especiais de permanência nos quadros estatais, como a estabilidade e a proteção do processo administrativo disciplinar e da sindicância como pressupostos obrigatórios procedimentais não só contra a perda do cargo, mas também para que seja imposta qualquer punição, em caso de cometimento de irregularidades e transgressão das regras de conduta funcional (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56).

Sob este prisma, havendo uma real oposição da atuação estatal em dois momentos distintos e a consequente quebra de confiança gerada pela prática do primeiro ato administrativo, chegamos à imediata conclusão de que não seria válida e eficaz a conduta posteriormente cometida, especialmente diante de hipótese de manifesta incoerência e prejuízo ao interessado.

Ao nosso sentir, a inserção deste tema na esfera disciplinar suscita uma nova ferramenta de controle estatal, resultante do entrelaçamento lógico de princípios constitucionais⁷ tradicionais e de aspectos práticos resultantes da busca por um poder sancionador mais justo, com vistas à realização plena do Estado Democrático de Direito⁸.

À luz desta última assertiva, concluímos este preâmbulo lembrando os dizeres do jurista Nelson Nery Costa ao afirmar que “o processo disciplinar deixou de ser um instrumento da Administração contra o servidor público, para se tornar um meio complexo e democrático para se averiguar a verdadeira responsabilidade daquele de quem se suspeita ter cometido falta grave”⁹.

2. A motivação como instrumento de controle do ato administrativo

A existência de regras disciplinares tem por escopo prevenir o cometimento de irregularidades no serviço público, garantindo-se a preservação dos valores superiores da coletividade confiados à Administração Pública.

7 É, pois, sob a perspectiva normativa dos princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, com eficácia interpretativa, integrativa e diretiva da ordem jurídica e de sua aplicação com base na técnica de ponderação dos interesses, que se passa a analisar os princípios constitucionais que afirmam e confirmam o mandamento nuclear da boa-fé objetiva.

8 O processo administrativo é instrumento de realização do regime democrático (art. 1º, *caput*, Constituição da República de 1988), na medida em que propicia o direito de participação do agente público nos procedimentos que levarão à formação e declaração da vontade administrativa (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103).

9 COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 216.

Dito de outro modo, uma vez praticada uma irregularidade, será instaurado o respectivo procedimento administrativo disciplinar cujo desfecho importará em ato administrativo decisório motivado e adstrito à vontade da lei, interesse público e à impessoalidade.

Assim é que o poder disciplinar deverá ser exercido em conformidade com as normas e princípios pertinentes, impondo-se, na prática, sanções administrativas¹⁰ destinadas à preservação da regularidade e continuidade da prestação do serviço público, promovendo-se o efeito pedagógico em relação àquele que foi penalizado; e de cunho preventivo para os demais servidores públicos.

Seguindo este raciocínio, o princípio da motivação¹¹ servirá como justificativa explícita da decisão proferida pela autoridade julgadora ao caso concreto¹². Todo o ato decisório emanado da autoridade competente deverá ser sempre motivado, observando-se os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal¹³, ainda mais se se tratar de atos administrativos sancionadores (teoria dos motivos determinantes)¹⁴.

A motivação¹⁵ é, portanto, fundamental ao exame da conformação da decisão com os elementos fáticos e jurídicos constantes dos autos,

10 A punibilidade disciplinar constitui o mais legítimo corolário jurídico da prática da transgressão funcional (COSTA, José Armando da. *Prescrição Disciplinar*. Belo Horizonte. Fórum, p. 34).

11 Cuida-se de um princípio não escrito, compreendido pela doutrina como corolário da autotutela e autoexecutoriedade dos atos da Administração Pública.

12 A obrigação de fundamentar a decisão só existe quando a autoridade que decide diverja da proposta do instrutor (DIAS, Vitor Manuel Lopes. *Regime disciplinar dos funcionários civis e administrativos*. Coimbra Editora, 1955, p. 115)

13 Neste sentido, os artigos 1º, *caput*, incisos II e V e art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

14 Os motivos dizem respeito ao suporte fático do atuar administrativo, vinculando-o positiva e negativamente, de tal sorte que resultam vedados comportamentos contraditórios ou ambíguos. A autoridade pública não atua desprovida de motivação, porque lhe é vedada a arbitrariedade. É com base nos motivos determinantes do agir que a Administração Pública resulta melhor controlada pelo Poder Judiciário, coibindo-se desvios de conduta e finalidade (DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito Administrativo Disciplinar*. 1. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36/37).

15 Art. 37 “caput” da Constituição Federal: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

revelando-se como uma verdadeira garantia do acusado contra eventual arbitrariedade ou abuso de poder¹⁶. Ou seja, a partir do exame da motivação do ato punitivo é que inferimos a adequação do julgamento proferido¹⁷, assim revelada à luz do acervo probatório produzido, na medida em que com ela o julgamento proferido guardará absoluta sintonia com a instrução dos autos, sob pena de nulidade por vício de legalidade¹⁸.

Seguindo este entendimento, temos que o relatório final elaborado pela autoridade instrutora é dotado de valor meramente opinativo, vale dizer, não vinculante. Isto significa dizer que a autoridade julgadora não estará adstrita às conclusões daquela, mormente se o parecer por ela proferido for rigorosamente contrário à prova dos autos.

A constatação desta circunstância é justamente possível a partir da análise do acervo probatório produzido e da motivação (fática e jurídica) articulada a seu respeito, competindo ao administrador público

16 Remeter a sorte dos servidores públicos ao completo alvedrio das autoridades superiores, as quais poderiam punir injustificadamente e segundo impressões pessoais, outorgando-se inteiramente o exercício do poder disciplinar da Administração Pública ao critério de irrestrita discricionariedade, seria desastroso para a tutela do interesse da coletividade (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100).

17 Art. 93, incisos IX e X da Constituição Federal: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação e X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

18 “ADMINISTRATIVO – DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL – PROCESSO DISCIPLINAR – DEMISSÃO – RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE – CONCLUSÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DA LEI 9.112/90 – ATO DEMISSIONÁRIO – ACOLHIMENTO DO PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – INOCORRÊNCIA – PARECERES POSTERIORES AO RELATÓRIO FINAL – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO ACUSADO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E FINALIDADE – VIOLAÇÃO – INEXISTÊNCIA – “WRIT” IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – ORDEM DENEGADA.” (STJ, MS 9.719/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2004, DJ 6/12/2004, p. 190)

proceder à valoração coerente, lógica e objetiva do caso concreto, por força da exigência, dentre outros, do princípio da boa administração.

“A Administração Pública não está autorizada a ignorar o direito, a desmerecer as provas ou a decidir imotivadamente”, conforme nos ensina de forma clara o mestre Marçal Justen Filho.¹⁹

3. O dever de coerência no procedimento administrativo disciplinar e o caráter unitário da Administração Pública

O procedimento administrativo disciplinar constitui-se de um conjunto encadeado de atos processuais, todos eles praticados de forma cronológica, coerente e razoável²⁰.

Conforme é cediço, encerrada a etapa instrutória, o presidente da unidade processante emitirá um parecer opinativo não vinculante, o qual se sujeitará a posterior aprovação e/ou reprovação por parte do ente julgador, a quem incumbirá decidir, motivadamente, o destino do servidor processado.

Nesse diapasão, a doutrina pátria prescreve o dever jurídico-processual de fidelidade à prova dos autos, como sendo aquele segundo o qual as conclusões do relatório final da autoridade instrutora devem estar, necessariamente, em sintonia com as provas existentes nos autos, sendo inconcebível qualquer tipo de juízo valorativo embasado em distorções tendentes a transmutar a verdade dos fatos.

Portanto, deve a autoridade julgadora prestigiar os trabalhos da autoridade instrutora, salvo se as ilações contidas no relatório por ela exarado forem absurdas e/ou em desarmonia com as provas dos autos.²¹

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 232.

20 O princípio da razoabilidade merece especial consideração na sede dos processos punitivos realizados no âmbito da Administração Pública, na medida em que as penas disciplinares devem ser impostas sem arbitrariedades, nem desconformidade com a ideia de razoável, tolerável, à luz das circunstâncias de cada caso concreto. É preciso que as sanções administrativas sejam coerentes em seus motivos. Não existe espaço para exteriorização de medidas sancionadoras absurdas ou inaceitáveis (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 207).

21 O julgamento da sindicância deve seguir as mesmas regras pertinentes à etapa decisória do processo administrativo disciplinar, com o criterioso cotejo das razões e conclusões

A respeito disso, em que pese a existência de dois atos administrativos emanados num mesmo processo administrativo, em momentos distintos e por autoridades administrativas diversas, certo é que personalidade jurídica do Estado é una e indivisível.

Havendo relativa autonomia entre os diversos órgãos interligados, temos que a sucessão de atos processuais praticados ao longo das etapas investigatória, instrutória e decisória culminará de forma congruente a um único ato administrativo que colocará termo à sua tramitação.

Com efeito, é o ato administrativo decisório proferido pela autoridade julgadora que possui o poder de produzir a eficácia necessária para atingir a esfera jurídica do processado, na medida em que ele define o seu destino funcional, seja ele qual for.

Desta feita e, exatamente por isso, que a autoridade julgadora não está vinculada à proposta do parecerista instrutor, devendo, contudo, sempre que houver divergência na atividade consultiva, oferecer a motivação que fundamente a sua discordância, satisfazendo-se, com isso, o ideal de justiça na esfera da Administração Pública.

4. O princípio da confiança legítima atrelado ao princípio da segurança jurídica

O objetivo deste tópico é destacar a incidência dos princípios da segurança jurídica²² e o da proteção à confiança (comportamento leal) na seara disciplinar.

O princípio da segurança jurídica²³ representa um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e como tal destinado a assegurar a estabilidade e a credibilidade nas relações sociais e jurídicas.

veiculadas por defesa e acusação, o confronto com o conjunto das provas reunidas nos autos, a motivação da decisão nos elementos de convicção presentes no processo, a individualização da pena, a proporcionalidade e razoabilidade na escolha da penalidade disciplinar, dentre outras questões (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 412).

22 Também conhecida como a noção de certeza jurídica.

23 Assim como ocorre com o princípio da moralidade, o princípio da segurança jurídica é concebido, também, em razão das dimensões de ordem objetiva e subjetiva que comportam em seu conteúdo. O aspecto objetivo de sua natureza normativa tem implicação com os

A Administração Pública pratica seus atos em estreita observância a este princípio, analisado em conjunto com os da legalidade, efetividade, moralidade²⁴, boa-fé, dentre outros.

Por outro lado, a proteção à confiança representa princípio correlato ao da segurança jurídica, guardada a independência axiológica entre os dois²⁵.

Acerca deste assunto, o jurista J.J. Gomes Canotilho prescreveu que:

[...] estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança e da previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 257).

Alinhando todas estas considerações, de forma breve, não poderíamos encerrar este tópico sem antes destacarmos que a união de todos os princípios acima articulados é que sustenta os pilares da proibição de comportamento contraditório.

limites à retroatividade dos atos do Estado, guardando vínculo com a proteção ao direito adquirido perfeito e à coisa julgada. Já sua característica de cunho subjetivo concerne à proteção e à confiança das pessoas em relação ao proceder do Estado em todas as esferas de sua atuação.

- 24 Modernamente, entende-se que a ideia de moralidade administrativa se bifurca em duas dimensões correlatas: a primeira de ordem subjetiva, consiste no dever de probidade e honestidade no agir administrativo; a segunda, de caráter objetivo, refere-se aos deveres de boa-fé e lealdade nas condutas públicas. Assim, segundo a doutrina corrente, o binômio probidade-honestidade insere-se no campo subjetivo da moralidade administrativa, ao passo que a ideia de boa-fé e lealdade está contida no seu âmbito objetivo.
- 25 No direito inglês esta expressão ganha o significado de “expressão legítima”.

5. A vedação ao comportamento contraditório como decorrência do princípio da boa-fé objetiva²⁶

A vedação ao comportamento contraditório concebido como mecanismo de pacificação e solidariedade social²⁷ dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão o aperfeiçoamento do princípio da boa-fé objetiva, o qual serve de fundamento para a atuação processual do Poder Público.

Neste espectro, o *nemo potest venire contra factum proprium*²⁸ destina-se ao combate à incoerência e à deslealdade, garantindo-se a segurança jurídica e a confiança das relações jurídicas respaldadas na boa-fé objetiva.

Em virtude disso é que o *nemo potest venire contra factum proprium* representa uma ramificação do princípio da boa-fé objetiva, o qual é diretamente influenciado pelo princípio da confiança.²⁹

De outra parte, o princípio constitucional da boa-fé objetiva³⁰ decorre do princípio da dignidade da pessoa humana³¹ que, por sua vez, é informado pelo princípio da solidariedade³². E, da mesma forma, a concepção atual da solidariedade não pode ser entendida senão como instrumento e resultado da dignidade humana.

26 O ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções.

27 Art. 3, inciso I, da Constituição Federal.

28 Sobre a vedação aos comportamentos contraditórios, Menezes de Cordeiro preleciona que: “A locução ‘*venire contra factum proprium*’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”.

29 Os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, como elementos constitutivos do Estado de Direito, andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica.

30 Trata-se de princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes.

31 A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da sociedade contemporânea, tendo sido expressamente consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

32 A solidariedade se evidencia como fundamento da boa-fé objetiva desde quando impõe um cenário de ajuda mútua entre os atores sociais, exigindo respeito e consideração aos interesses de terceiros e impedindo comportamentos egoísticos.

Trata-se, portanto, de uma cláusula ética implícita norteadora dos atos administrativos praticados durante o exercício do poder disciplinar.

A título ilustrativo, podemos citar diversos exemplos de repressão ao comportamento contraditório, os quais poderão ser facilmente identificados da nossa legislação vigente, mais precisamente, nos artigos 175, 422, 428, 476, 491 e 619, todos pertencentes ao Código Civil; arts. 2º e 54 da Lei 9.784/1999, art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999.

A falta de maior densidade normativa acerca do tema é compensada pela inclusão do seu conteúdo como cláusula geral da boa fé objetiva³³ e nos preceitos de controle da tutela da confiança, nos termos acima aludidos.

O princípio da boa-fé traz, assim, duas garantias: a observância de valores éticos e a proteção à boa fé em sentido estrito, proteção essa que garante a estabilidade e a segurança das relações jurídicas. Para que se estabilizem, contudo, as relações jurídicas devem ser norteadas também pelo critério da previsibilidade e pela transparência.

Do princípio da boa-fé deriva, quando menos, o seguinte: 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 terceiros o seu cumprimento, pois somente a fidelidade jurídica pode exigir a fidelidade jurídica); f) aplicação da máxima *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*

33 É bom que se diga que o princípio da boa-fé se estende, com maior razão, à Administração Pública e nas relações de direito público com ela travadas, estando elas submetidas e controladas pela “teoria dos atos próprios”, segundo a qual, é defeso a ela retroceder em seus próprios passos logo após terem sido traçadas diretrizes de cuja seriedade os cidadãos confiaram.

(negativa ao exercício inútil de direitos e deveres, sem respeito, consideração e efeitos práticos, de molde a não obter resultado proveitoso, mas causar dano considerável a terceiro); g) impossibilidade do *inciviliter agere* (condutas egocêntricas, brutais e cegas aos direitos de terceiros, violadoras da dignidade); h) lealdade no fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); i) respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que efetivamente o geraram); j) indevida utilização ou participação no processo (proibição de que a 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); k) dever de sinceridade objetiva (não é só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, nem tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); l) restrição às provas desnecessárias e atos inúteis à solução da questão processual; m) dever de colaboração recíproca das partes envolvidas na relação jurídica-processual, bem como de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia; n) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar sua resolução.³⁴

Trata-se, em suma, de uma técnica garantista, traduzida pela conjunção da tutela da confiança e pela vedação da incoerência, de molde a atribuir ao *nemo potest venire contra factum proprium* um *status* relevante e indispensável para a realização dos valores constitucionais da confiança e da boa-fé.

Transpondo-se, a esta altura, a máxima do *nemo potest venire contra factum proprium* para o âmbito do procedimento administrativo disciplinar, temos que o termo *factum proprium* representa o ato administrativo inicial não vinculante, cujo sentido deva ser preservado com

34 SLEUMER, Fernando Lamego. *A nova principiologia do direito administrativo* (2ª e última parte). Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=58303>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

vistas a resguardar a confiança legítima do servidor processado (expectativa de um direito).

Somente após a prática de um novo ato administrativo posterior e divergente a esta conduta inicial é que teremos o caráter abusivo³⁵ do comportamento contraditório.

Bem por isso é que uma das finalidades do *nemo potest venire contra factum proprium* é a de prevenir a repercussão negativa de ato administrativo contraditório, protegendo a esfera jurídica do acusado das vicissitudes inerentes à incoerência e à deslealdade processual por parte da Administração Pública.

Em conclusão a este raciocínio, podemos afirmar que o *nemo potest venire contra factum proprium* repercute objetivamente um interesse público, fundado na tutela da confiança, na proteção da boa-fé objetiva³⁶ e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade humana, todos eles interligados em harmonia com o princípio da legalidade.^{37,38}

6. A autovinculação³⁹ administrativa e a máxima do *nemo potest venire contra factum proprium*

Segundo entendimento bem articulado por Paulo Modesto, em sua monografia intitulada “Autovinculação da Administração Pública”, o conceito em tela diz respeito à “hipótese importante de redução de discricionariedade, no âmbito dos atos concretos da Administração Pública,

35 Art. 187 do Código Civil.

36 Há forte aproximação entre os conceitos do princípio da confiança e a boa-fé; o traço distintivo é que, na boa-fé, a reciprocidade é indispensável.

37 A este respeito, preleciona o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles: “Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança da atividade do Poder Público, que não poderia ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para, só após, dar-lhes execução – MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 125/126.

38 Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

39 Ou também autolimitação.

de invocação especialmente útil para impedir atuações caprichosas de agentes públicos ou alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público”⁴⁰.

A teoria em questão, segundo ele:

(...) nasceu de uma nova abordagem sobre a situação do administrado (cidadão ou pessoa jurídica) que observa a Administração Pública adotar reiteradamente uma determinada forma de agir, decidir ou interpretar disposições jurídicas, em casos concretos, ao longo do tempo, fixando um padrão decisório que suscita confiança. Ao provocar a Administração, no entanto, diante do novo caso concreto, o interessado assiste o Poder Público abandonar o padrão decisório reiteradamente adotado no passado sem fundamentação ou motivação especial acerca das razões da mudança de critério.⁴¹

Melhor explicando, compete ao Poder Público adotar o mesmo padrão decisório em casos concretos análogos, diante da incidência dos princípios da igualdade⁴², da boa-fé e da segurança jurídica por estar “autovinculada ao precedente”; facultada a prática de ato diverso, devidamente motivado e justificado em alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público.

Trata-se, portanto, de hipótese de discricionariedade diferida, consubstanciada na “reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório”.

O mestre Celso Antonio Bandeira de Mello nos leciona que a “lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares”, uma vez que o elemento discriminador é, na verdade, o fato, o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado.

40 MODESTO, Paulo. *Autovinculação da Administração Pública*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, nº 29, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67633>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

41 Idem, *ibidem*.

42 O princípio da igualdade é percebido, nesta hipótese, sob um ângulo diacrônico ou dinâmico, associando-se ainda à proteção da confiança, inerente à exigência de previsibilidade e lealdade da boa-fé objetiva.

Para o autor em comento, o tempo é neutro, de sorte que se existiram fatos do mesmo modo, sob igual feição, então, são iguais e devem receber tratamento paritário⁴³.

Seguindo esta linha de argumentação, o jurista Antonio Francisco de Souza, citado por Paulo Modesto, sustenta que:

[...] devido ao princípio constitucional da igualdade, a Administração não deve, sem fundamento material suficiente, desviar-se da sua tradicional praxis administrativa, quando esta seja lícita e não haja razões suficientemente fortes para alterar o sentido da decisão tradicional. Para que se verifique autovinculação da Administração, é suficiente que no passado a Administração tenha decidido num único caso idêntico. Quando haja autovinculação da Administração, o cidadão atingido tem um direito a não ter tratado de forma menos favorável do que foram tratados outros cidadãos em casos idênticos⁴⁴.

Conclusão: as decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses rigorosamente idênticas.

É evidente que a Administração não está impedida de modificar o seu comportamento ou o seu padrão decisório. Mas se assim entender, deve motivar a mudança de rota, justificar não apenas a decisão concreta, mas a própria alteração de critério decisório, afastando qualquer suspeita de atuação caprichosa ou contrária aos padrões éticos da boa-fé.

O recurso à autovinculação⁴⁵ administrativa, portanto, além de impor um dever de argumentação, serve também para precisar os contornos do exercício da competência e da margem de avaliação, assegurando uma padronização mínima de decisões abstratamente possíveis diante de situações individuais repetitivas, de molde a trazer a justificação correspondente de sua decisão final, ampliando com isso a credibilidade e eficiência

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 42-44.

44 SOUZA, Antonio Francisco de. *O controle jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose*. Disponível na internet: <<http://rca.meticube.com/RCA/Documents/doc18.rtf>>. Acesso em: 20 set. 2009, apud MODESTO, Paulo, op. cit.

45 Também chamada por alguns de autocontenção.

da Administração Pública perante a sociedade e os respectivos órgãos de controle.

Ademais disso, o exercício da autocontenção associado à máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, além de recomendável é bastante útil para evitarmos a contradição de reações estatais a demandas equivalentes, reduzindo com isso eventuais questionamentos acerca da aplicação da lei ou ainda imputações tendentes a suspeição quanto à atuação da autoridade administrativa e argumentos relativos à parcialidade, discriminação, perseguição, proteção e outros subjetivismos que possam afrontar o interesse público.

Mas não é só. Ademais tudo isso, este tipo de análise serve ainda para antever futuras decisões em matérias de alta indagação, economizando assim tempo e energia na tramitação processual.

7. A importância do *nemo potest venire contra factum proprium*⁴⁶ no âmbito administrativo disciplinar

Nesse conjunto de ideias, passemos doravante à temática deste artigo trazendo a lume os dizeres de José Armando da Costa, para quem:

[...] somente permeando o caminho da legítima repressão disciplinar poder-se-á chegar a excelência do serviço público, pois que é nesse rumo que esse instrumental jurídico se agiganta como vetor condicionante de regularidade funcional das repartições públicas. [...] De conformidade com os princípios norteadores de uma boa e escorreita repressão disciplinar, não deve o servidor público sofrer consequências que extrapolem os limites estabelecidos na norma punitiva realmente incidente no caso⁴⁷.

Vale acrescer, com base em tudo isso, que compete à Administração Pública o dever de buscar a elucidação das condutas ilícitas administrativas praticadas por seus servidores, com vistas a aplicar a reprimenda legalmente prevista e mais adequada a cada situação.

46 Também conhecido como *venire contra factum proprium nulli conceditur*.

47 COSTA, José Armando da. *Incidência aparente de infrações disciplinares*, Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 148.

Destarte, qualquer aplicação de sanção administrativa disciplinar que não considere os dispositivos legais afetos às circunstâncias fáticas e jurídicas será desprovida de validade por lógica e formal ofensa ao direito positivo.

Isso porque o Estado Democrático de Direito busca a proteção contra as arbitrariedades estatais, impondo-se a observância de direitos e garantias individuais⁴⁸ cobertos pelo manto do princípio da legalidade.

Afinal de contas, incumbe à Administração Pública promover a decisão adequada capaz de produzir justiça material em cada caso específico.

Para tanto, deve a autoridade julgadora evitar a prática de atos contraditórios que possam, de alguma forma, surpreender o processado em suas expectativas legítimas e razoáveis.

De efeito, o *nemo potest venire contra factum proprium* atua de modo eficaz como norma geral de conduta que transcende a existência do procedimento administrativo disciplinar permitindo a concretização da lealdade real, conferindo-se, outrossim, coerência e solidariedade às decisões proferidas ao final.

E é neste instante que destacamos a relevância do papel do advogado público, o qual deverá ser exercido a partir de preceitos éticos gerais, incorporados na prestação do seu *munus publico* e consolidados pelo Estatuto dos Servidores Públicos, pela Lei Orgânica e respectivo Código de Ética.

A partir desta consideração, salta aos olhos a grandeza do desafio imposto ao Poder Público tendente à conciliação dos preceitos ético-legais com os valores sociais e da dignidade da pessoa humana, respeitada a gama hierárquica que norteia toda a atividade administrativa.

Não é sem outro motivo que o *nemo potest venire contra factum proprium* insere-se plenamente ao procedimento administrativo disciplinar, impondo-se a ele uma análise crítica da atuação estatal nos diversos momentos de tramitação processual⁴⁹, impondo-se, com isso, à

48 DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito administrativo disciplinar*. 1. reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 72.

49 Sob este prisma, não é dado ao funcionário perseguir propósitos de ordem particular, seja no

Procuradoria do Estado zelar pelos direitos legítimos daqueles que estão sendo julgados pela autoridade administrativa competente.

8. Conclusão

À luz de todas estas digressões, temos que o *nemo potest venire contra factum proprium*,⁵⁰ além de refletir uma das vertentes do princípio da boa administração, atua também como um direito subjetivo do servidor público processado de ver assegurada a coerência nas atitudes da Administração Pública ao longo de toda a tramitação processual.

Nada obstante a inexistência de previsão legal expressa do *nemo posteste venire contra factum proprium* no ordenamento jurídico contemporâneo, certo é que a sua incidência no direito administrativo disciplinar é de rigor, na medida em que visa intensificar os fundamentos da solidariedade social, segurança jurídica, lealdade processual, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos eles corolários da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, sustenta o Estado Democrático de Direito.

Basicamente e com muita propriedade, ensina-nos SCHREIBER que em razão da necessidade de se tutelar a confiança, o *venire*⁵¹ não reflete uma simples proibição à incoerência do indivíduo; configurando muito mais um princípio de proibição à ruptura da confiança causada por esta incoerência, vale dizer, o fundamento da vedação do comportamento contraditório⁵² é, na verdade, a tutela da confiança, a qual mantém relação íntima com a boa-fé objetiva.

Por outro turno, é bom que se diga, outrossim, que a ocorrência ou a ameaça do dano constituem pressupostos para aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, não sendo exigido que tenham

sentido de favorecer, perseguir ou de prejudicar os administrados e os demais funcionários que com ele atuam no serviço público.

50 O instituto similar no direito anglo-saxônico chama-se *promissory estoppel*.

51 Significado: incompatibilidade entre dois comportamentos ocorridos em tempos diferentes.

52 A ação contraditória ao comportamento inicial se dá por meio lícito, é o exercício de um direito, aceito pelo ordenamento jurídico positivo, realizado de forma abusiva e irregular. Caso contrário, tratando-se de atos ilícitos, as regras de direito positivo cuidariam das sanções cabíveis, tornando desnecessária a aplicação do “venire” como forma de proteção da confiança.

caráter exclusivamente patrimonial, bastando que seja capaz causar frustração de expectativas referentes à sua vida funcional e também à personalidade, honra e dignidade do servidor processado.

A simples ameaça de dano (efetivo ou potencial) já torna possível a proibição do *venire*, mesmo porque a intenção deste instituto não é apenas reparar o dano causado pelo comportamento contraditório, mas também, impedir que ele ocorra, sendo necessário, contudo, o nexo de causalidade como elemento de suma importância para sua aplicação⁵³.

Nesses moldes, integrando o *venire* a cláusula geral da boa-fé⁵⁴, caberá à Administração Pública conferir-lhe a aplicabilidade concreta, sob pena de correção judicial ou do uso de seu poder de autotutela nos casos em que estiver caracterizado a incoerência estatal.

Assim é que, a proibição de agir contraditoriamente vai ao encontro da exigência comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a possibilidade de frustrar legítimas expectativas contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra a própria finalidade do Direito, que é o de promovê-la.

Nesse passo, a estabilidade das situações jurídicas consumadas, face aos atos estatais praticados, vincula-se, em grande medida, ao imperativo da confiança no comportamento assumido pela Administração, abrangido, na sua essência, pela ideia da boa-fé objetiva⁵⁵.

A despeito disso, a dimensão *venire* também deverá ser considerada à luz da segurança jurídica, impondo-se ao Estado limitações na sua

53 Há dois nexos necessários: um, entre o ato inicial da parte e a confiança gerada em terceiros; outro, entre o comportamento contraditório e o dano.

54 Os benefícios são da mobilidade do sistema decorrente das cláusulas gerais, por permitir a oxigenação do sistema jurídico sem a necessidade de uma produção legislativa exauriente. A vantagem da mobilidade da cláusula geral é fruto de sua grande abertura semântica, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* – com emprego de expressões ou termos vagos – afastando-se o risco do imobilismo pela utilização em grau mínimo da tipicidade.

55 Os princípios da boa-fé e da igualdade constituem-se parâmetros obrigatórios heterovinculantes, indisponíveis ao administrador, fixados em norma legal ou constitucional, encerrando a censura jurídica ao comportamento contraditório, sem fundamentação suficiente ou razoável.

forma de agir e de modificar atos que tenham produzido justa expectativa para seu destinatário.

E a razão inspiradora de tudo isso pode ser resumida nos quatro pressupostos principais previstos para a aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório, quais sejam: a) uma conduta inicial – o *factum proprium* (comportamento oriundo da vontade humana); b) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; c) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; e, por fim, d) dano efetivo ou potencial.

Resulta claro, dessa forma, que a característica marcante da atuação do princípio da proibição ao comportamento contraditório pressupõe a existência da confiança legítima e boa-fé alheia na preservação do sentido objetivo do *factum proprium*.

A constatação da contradição deve ser objetivo, como já dissemos, desconsiderando a intenção do autor das condutas: sendo necessário apenas que a incompatibilidade delas gere a quebra da confiança legítima.

De modo que não é só a coerência entre os comportamentos que se espera da autoridade administrativa, mas, também, a preservação da confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente público e o interessado destinatário dos efeitos decorrentes desta conduta, garantindo-se, com isso, a credibilidade e a confiança na atuação estatal.

Ainda, por derradeiro, chamamos a atenção para o fato de que o Superior Tribunal de Justiça reconhece, há muito tempo, em julgamento ocorrido em 14/10/1996 (recurso especial nº 95.539-SP – 1996/0030416-5), de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, segundo o qual:

[...] o direito moderno não compactua com *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente [...]. Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando, o segundo, quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.

No mesmo diapasão e, já concluindo nossa missão, confira-se também o teor do acórdão dos Embargos de Declaração do Recurso Especial nº 1.143.216, RS, julgado em 09/08/2010, de relatoria do Ministro Luiz Fux, para quem:

[...] o titular do direito subjetivo que desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima '*nemo potest venire contra factum proprium*' [...] (STJ, 1ª seção, EDcl no Resp nº 1.143.216 - RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010, publicado no DJe, em 25/08/2010).

Referências bibliográficas

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar Carvalho. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRETELLA JR., José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DA COSTA, José Armando. *Incidência Aparente de Infrações Disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DA COSTA, José Armando. *Prescrição Disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LESSA, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coordenadores). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (organizadores). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013.

POTENZA, Marcel. *Processo Administrativo Disciplinar e suas espécies*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Angélica Karina de Azevedo Caúla. *Suspensão Condicional do Processo – Análise Garantista*. Curitiba: Juruá, 2007.

