



III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público

RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS

uma perspectiva comparada
lusó-brasileira

CARLA AMADO GOMES | ANA FERNANDA NEVES
EURICO BITENCOURT | FABRÍCIO MOTTA
(coordenadores)





III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público

RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS

uma perspectiva comparada
luso-brasileira



CARLA AMADO GOMES | ANA FERNANDA NEVES

EURICO BITENCOURT | FABRÍCIO MOTTA

(coordenadores)

Editor

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Abril de 2020

ISBN: 978-989-8722-46-1



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa
www.fd.ulisboa.pt

Foto da capa

Carla Amado Gomes

-

Produção

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Nota Prévia

No dia 15 de novembro de 2019, realizou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o III Colóquio luso-brasileiro de Direito Público, numa organização conjunta do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público (ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. O encontro teve como tema geral de reflexão “Responsabilidade nos Contratos Públicos: uma perspectiva comparada luso-brasileira”.

O Direito Administrativo dos contratos públicos e, em especial, a responsabilidade contratual, tem experimentado, em ambos os países, importantes desafios, o que impulsionou académicos e profissionais de ambos os lados do Atlântico a um exercício conjunto de discussão e reflexão. Tal conjugação de esforços, para além de outras virtualidades, permite o compartilhamento de impressões e soluções para problemas muitas vezes similares, fomentando a crítica construtiva.

Essa foi a ideia geral do Colóquio, que se organizou sob os seguintes temas gerais: i) Responsabilidade contratual versus responsabilidade pré-

-contratual e responsabilidade extracontratual, com a participação de José Levi Mello do Amaral Jr. (Universidade de São Paulo), Rodrigo Pagani (Universidade de São Paulo) e Rui Cardona Ferreira (Sérvulo & Associados); ii) A execução de contratos públicos e responsabilidade contratual, com a participação de Eurico Bitencourt Neto (Universidade Federal de Minas Gerais) e Miguel Assis Raimundo (FDUL); iii) Políticas públicas de responsabilização e responsabilidade contratual, com a participação de Fabrício Motta (Universidade Federal de Goiás), Thiago Marrara (Universidade de São Paulo) e Cláudia Monge (FDUL); iv) Responsabilidade contratual em contratos de infraestrutura, com a participação de Luciano Ferraz (Universidade Federal de Minas Gerais) e Pedro Melo (Miranda Law Firm).

Os textos reunidos neste volume abarcam a maior parte das intervenções e permitem ao leitor conhecer algumas das questões mais relevantes sobre a responsabilidade nos contratos públicos em Portugal e no Brasil, tratados sob perspectiva dogmática, mas sempre tendo em vista suas repercussões práticas.

Cumpre, por fim, deixar um agradecimento a todos os intervenientes no III Colóquio luso-brasileiro de Direito Público, pela sua participação, oradores e público presente, que fomentaram um vivo debate o qual se pretende prolongar e frutificar com esta publicação.

Lisboa, abril de 2020

Os Coordenadores,

Carla Amado Gomes
Ana Fernanda Neves
Eurico Bitencourt Neto
Fabrício Motta



Índice

- 6** Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil contratual do Estado brasileiro
Rodrigo Pagani de Souza
- 44** A responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes
Rui Cardona Ferreira
- 84** Concertação dos poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos
Eurico Bitencourt Neto
- 100** Execução de contratos públicos e responsabilidade contratual: do contrato como res inter partes ao contrato como res publica
Miguel Assis Raimundo
- 116** Responsabilidade do Estado “pelo” contrato: reflexões a partir da responsabilidade do contratante por lacunas e erros em concessões de serviços públicos
Thiago Marrara e Allan Fuezi de Moura Barbosa
- 164** Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas
Fabrício Motta
- 181** Parcerias em Infraestrutura – Riscos e Responsabilidades
Luciano Ferraz
- 201** A responsabilidade contratual em contratos de infraestruturas públicas
Pedro Melo

Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil contratual do Estado brasileiro

RODRIGO PAGANI DE SOUZA¹

Resumo

O artigo descreve o modo assistemático e indireto pelo qual o tema da responsabilidade civil *contratual* do Estado é abordado em manuais de direito administrativo no Brasil, que privilegiam o tema da responsabilidade extracontratual. Nota, ainda, que a legislação pertinente às contratações públicas no País tampouco sistematiza o assunto. Aponta algumas dificuldades e incertezas, na prática, decorrentes desse quadro teórico e legislativo. Defende que as normas sobre o assunto sejam mais frequente e sistematicamente explicadas, bem como radicadas sob normas gerais de responsabilidade civil, às quais entende também estarem subordinados os preceitos normativos da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

1 Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, pela qual é Mestre e Doutor em Direito. *Master of Laws (LL.M)* pela *Yale Law School* (Estados Unidos da América). Advogado em São Paulo.



Palavras-chave: Responsabilidade civil; Estado; Contrato; Legislação; Direito administrativo; Sistematização.

Abstract

The study describes the unsystematic and indirect way through which the topic of state civil liability in government contracts is approached in Administrative Law reference books in Brazil. These books favor the non-contractual liability topic. It also notes that the legislation concerning government contracts in Brazil does not systematize the subject matter as well. Some uncertainties and practical difficulties derived from this theoretical and legislative landscape are further pinpointed. It finally sustains that the subject matter should be systematically approached in theory and the concerning rules organized under general civil liability guidelines, under which state non-contractual liability is also situated.

Keywords: Civil liability; Government contract; Legislation; Administrative Law; Systematization

Índice: **1.** O estudo da responsabilidade civil estatal em manuais de referência no Brasil. **2.** A responsabilidade civil do Estado é antes civil. **3.** A responsabilidade civil do Estado pode ser objetiva ou subjetiva. **4.** Distinguindo a responsabilidade civil estatal contratual da extracontratual. **5.** Divisando hipóteses legais de responsabilidade civil contratual do Estado. **6.** Um balanço do quadro brasileiro.

1. O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL EM MANUAIS DE REFERÊNCIA NO BRASIL

“Responsabilidade” é termo que, a depender do contexto em que empregado, costuma exprimir ao menos dois significados distintos. São eles: o de responsabilidade em sentido amplo, como sinônimo de obrigação, dever, incumbência; e o de responsabilidade em sentido específico, como sinônimo de obrigação de reparar dano.

Nesta acepção específica a expressão mais utilizada é “responsabilidade civil”. Implícita no adjetivo “civil” está a pressuposição de que a reparação do dano será de ordem pecuniária, patrimonial – isto é, o responsável pela lesão responderá com o seu patrimônio, mediante pagamento de indenização ao lesado. Assim, embora as reparações, em tese, possam envolver obrigações de fazer – como, por exemplo, a de publicar ou fazer publicar uma nota pública de esclarecimento e desagravo a quem tenha sido injustamente acusado da prática de um ilícito –, a espécie de reparação normalmente pressuposta quando se fala em “responsabilidade civil” é a de pagar, valendo-se o lesante dos recursos de seu patrimônio. No direito brasileiro vigora, nessa linha, a regra do art. 942 do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado...”.

Importa, ainda, outro esclarecimento à abordagem do assunto no Brasil. Quando se trata da “responsabilidade civil” (patrimonial) imputada ao *Estado*, geralmente vai pressuposta a ideia de que a obrigação de reparar tem origem em uma lesão à esfera jurídica de alguém em âmbito *extracontratual*. Usa-se até, com certa frequência, para maior precisão da linguagem, a expressão “responsabilidade civil extracontratual do Es-



tado” – embora a ninguém deva estranhar o uso da versão mais curta, “responsabilidade civil do Estado”, em um manual de direito administrativo brasileiro de forma a designar tão somente aquela de origem extracontratual. Estará tacitamente deixada de fora do recorte semântico da expressão qualquer obrigação de reparação oriunda de infração contratual; inclusas estarão, apenas, as reparações decorrentes de ilícitos ou outros comportamentos danosos extracontratuais.²

Logo, de acordo com os usos e costumes, por “responsabilidade civil do Estado” no Brasil entende-se, tacitamente, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado.³ Isto não quer dizer, porém, que não haja tratamento jurídico para a responsabilidade civil efetivamente *contratual* do Estado; sim, ela existe, mas curiosamente não tem merecido destaque no plano teórico. Nos manuais de direito administrativo, por exemplo, vai

2 Em seu *Direito administrativo moderno*, Odete MEDAUAR parece seguir esta linha, ao principiar capítulo intitulado “Responsabilidade civil do Estado” com a explicação: “A *responsabilidade civil do Estado* diz respeito à obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões – por exemplo: atropelamento por veículo oficial, queda em buraco na rua, morte em prisão. A matéria é estudada também sob outros títulos: *responsabilidade patrimonial do Estado*, *responsabilidade extracontratual do Estado*, *responsabilidade civil da Administração*, *responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado*”. O. MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, 20ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 432.

3 Há quem prefira, naturalmente, valer-se da fórmula mais específica, para evitar incompreensões – embora o emprego da formulação mais precisa para nomear o tema nos manuais de direito administrativo brasileiro pareça ser a exceção, não a regra. É o caso de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, cujo manual traz capítulo intitulado – em nítido esforço de precisão – “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos”. O mesmo principia com a seguinte explicação: “Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”. C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 30ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 1.009.

abordada de maneira assistemática, indireta e fragmentada em meio às considerações sobre os contratos administrativos. É preciso certa dose de paciência e perseverança para pinçar, em meio à doutrina dos contratos da administração pública, as informações e lições pertinentes às reparações de danos a que fica obrigado o Estado no âmbito daquelas avenças, mais algum tino para perceber que todas, em verdade, estariam coligadas sob a rubrica “responsabilidade civil *contratual* do Estado” – jamais lançada nesses termos, todavia, como item específico de sistematização doutrinária em um manual. É comum até o registro da distinção entre *extracontratual* e *contratual* para fins de delimitação do objeto da abordagem do autor (claro, a abordagem da responsabilidade *extracontratual*), mas a notícia vem desacompanhada de maiores explicações.⁴

O problema desta verdadeira “metonímia na gramática da linguagem jurídica” (que toma a parte pelo todo, tal qual a metonímia na gramática da língua portuguesa), é a deficiência que pode causar na formação dos bacharéis em direito. Estes são levados a crer que toda a responsabilidade civil do Estado se resume à *extracontratual*. Mesmo existindo todo um campo, repleto de questões fascinantes, próprias da responsabilidade civil derivada das contratações celebradas pela administração pública, uma abordagem sistematizada desta responsabilidade de natureza *contratual* costuma ser simplesmente esquecida, ao menos na teoria. Caso

4 Em seu *Direito administrativo*, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO principia capítulo intitulado “Responsabilidade Extracontratual do Estado” com um louvável esforço de “Delimitação do tema”, que, em si, é revelador do tratamento esparso e residual que costumeiramente acaba sendo dedicado, entre nós, à dita *contratual*. Veja-se o alerta da professora: “A referência à responsabilidade **extracontratual** é necessária para restringir o tema tratado neste capítulo a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade **contratual**, que se rege por princípios próprios, analisados no capítulo referente aos contratos administrativos”. M. S. Z. *Direito administrativo*, 29ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 789.



queira saber da *contratual*, o estudioso – seja o iniciante, que cursa o bacharelado em direito, seja o profissional, que busca o apoio doutrinário – terá que se embrenhar no vasto capítulo das contratações públicas para pinçar dali, após peneirar bastante, algumas luzes sobre responsabilidade civil no contexto dos contratos que possam servi-lo.⁵

O que é agravado pelo fato de, nas faculdades de direito, o professor de direito administrativo dedicar boa carga do curso à temática das “licitações e contratos administrativos”; outra carga, mais ao final dos encontros e algo menor que a contratual, ele dedicará à “responsabilidade civil (extracontratual) do Estado”; e, com sorte, perdida nalgum ponto do caminho, terá dedicado alguma carga à dita responsabilidade civil *contratual* do Estado. É dizer, ao fim e ao cabo, com quase absoluta certeza a matéria da responsabilidade civil contratual do Estado, quando muito, terá sido assis-tematicamente tangenciada (e provavelmente sem que o professor haja reconhecido, explicitamente, que, ao tratar da reparação estatal de danos oriundos de infração contratual, o que fez mesmo foi meditar sobre o ve-

5 Em raro esforço didático – ao menos dentre os mais influentes manuais de direito administrativo no Brasil –, Marçal JUSTEN FILHO, em seu *Curso de direito administrativo*, ao dedicar-se a capítulo intitulado “A responsabilidade do Estado”, cuida logo de abrir item explicativo sobre “A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual”. Logo, mais do que noticiá-la, a obra neste ponto se distingue por buscar explicá-la ao leitor. Nas palavras do autor: “Mas há outra distinção fundamental, que se relaciona à origem da infração. É necessário diferenciar a responsabilidade civil do Estado segundo tenha origem na infração de um contrato ou não. A distinção é essencial porque o regime próprio dos contratos administrativos protege o particular contra certos eventos imprevisíveis, gerando garantias que não se verificam no restante das hipóteses. É assegurado ao particular o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira (...). Tutela similar não se verifica no âmbito da atividade administrativa extracontratual. Portanto, o campo próprio da responsabilidade civil extracontratual do Estado, objeto do exame neste capítulo, abrange apenas os efeitos danosos de ações ou omissões imputáveis a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos), relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual”. M. JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1.292.

lho campo da responsabilidade civil). Logo, ao final de sua iniciação ao estudo do direito administrativo, se o bacharelado tiver sorte, rememorarão que, embora não tenha sido exposto exatamente ao tema da responsabilidade civil contratual do Estado – afinal, ela é extracontratual, foi levado a crer inadvertidamente... –, nalgum momento, quando tratou das licitações e contratos administrativos, o seu professor terá tangenciado *en passant* o tópico da reparação de danos oriundos de infrações contratuais. Sim, com sorte o aluno se recordará de que o assunto existe (!).

Resulta dessa (de)formação jurídica, altamente focada na responsabilidade extracontratual, uma baixa compreensão das normas, problemas e desafios próprios da responsabilidade civil do Estado por danos oriundos de infrações a contratações públicas.

Soma-se o fato de que há múltiplas outras sistematizações da matéria da “responsabilidade civil do Estado” (para além da dicotomia *contratual* e *extracontratual*) feitas sem maiores explicações acerca do critério norteador. Deveras, considerações sobre tal responsabilidade ora são sistematizadas a partir do contexto do dano (ambiental, rodoviário, ferroviário, etc.), ora a partir do tipo de conduta danosa (p.ex., comissiva ou omissiva), ora centradas no tipo de vítima (p.ex., usuário ou não usuário de serviço público), ora ainda calcadas no tipo de agente causador do dano (p.ex., Estado propriamente dito ou delegatário de função pública), ficando por vezes apenas pressupostos, ao invés de claramente explicitados, os critérios de cada sistematização. Isto torna ainda mais difícil o aprendizado sistemático da matéria como um todo.

De se acrescentar a este caldeirão de incertezas e desafios de abordagem, a natureza eminentemente jurisprudencial do direito vigente em matéria de “responsabilidade civil do Estado”, também no Brasil. Não há aqui um direito legislado – certamente não como em Portugal, que há



tempos editou a sua lei geral de responsabilidade extracontratual do Estado⁶ –, resultante de um certo trabalho de sistematização da matéria em que o legislador já tenha previamente se incumbido de cristalizar, em uma só lei ou gama de leis relativamente articuladas entre si, certo corpo abrangente de regras e princípios aplicáveis. Quando muito, há sistematizações parciais, com amplo espaço deixado à jurisprudência e à criação jurisprudencial.

Mesmo a sistematização do assunto em norma constitucional – refiro-me ao art. 37, § 6º, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – precipitou o desenvolvimento antes de um corpo de jurisprudência constitucional do que de leis. Aqui, lanço a hipótese de que a disciplina constitucional da responsabilidade objetiva do Estado brasileiro por danos causados por seus agentes, nessa qualidade, na prestação de serviços públicos (inaugurada na Constituição brasileira de 1946 e mantida em 1988), por impactante que é, fez emergir amplíssima jurisprudência constitucional que jamais deixou espaço para a lei com ela rivalizar. É dizer, o espaço foi quase todo ocupado por este caudaloso corpo de jurisprudência, fruto da jurisdição constitucional, sobretudo a emanada do Supremo Tribunal Federal (STF), diminuindo ou retardando iniciativas legislativas sistematizantes – que já seriam naturalmente difíceis em terreno por natureza tão afeto à casuística.

Estaríamos vivenciando, os brasileiros, com a temática da responsabilidade civil do Estado, algo análogo – é a hipótese que vislumbro – ao que vivenciamos com a tardia emergência de leis gerais de processo administrativo entre nós; a primeira, em âmbito federal, surgiu apenas em

6 Refiro-me à Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei nº 31/2008, de 17 de Julho (Lei de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público), ela própria editada já em substituição a um estatuto anterior.

fins do século passado (Lei federal nº 9.784, de 11 de janeiro de 1999); ali também, provavelmente, o surgimento tardio da legislação sistematizadora deveu-se à ocupação do espaço pela vasta e opulenta construção jurisprudencial a partir da cláusula constitucional do “devido processo legal”, somada às garantias do “contraditório e ampla defesa” franqueadas aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo” e aos “acusados em geral”⁷. É dizer, os brasileiros não temos passado desassistidos de parâmetros jurídicos concretizadores desses princípios e valores estampados na Constituição – o da responsabilidade civil do Estado, assim como o do devido processo legal na administração pública –, mas tais parâmetros específicos têm emergido mais por obra e construção da jurisprudência do que de leis.

Quero crer que, nalgum momento, o País estará pronto para sistematizar algo acerca da responsabilidade civil do Estado, ainda que apenas a extracontratual – tal como o fizeram os amigos portugueses –, ou mesmo a contratual, ou ambas em conjunto, em lei própria, seguindo a trilha histórica que entre nós brasileiros foi seguida para a edição de leis gerais de processo administrativo (sim, para além da lei federal em 1999, surgiram várias leis gerais estaduais, distrital e municipais, considerada a competência de cada ente político para legislar sobre a matéria “processo ou procedimento administrativo” no âmbito da Federação brasileira). Ali, a partir da cláusula constitucional geral do devido processo, em meio a vasto corpo de jurisprudência, finalmente encontrou-se espaço para leis gerais, e isso foi a meu juízo bastante positivo – seja porque alguns direitos e garantias processuais sedimentaram-se com a lei, ficando menos

7 Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, incisos LIV e LV: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.



vulneráveis a casuísmos judiciários, seja porque a edição de uma lei geral carrega um simbolismo de vasta repercussão no campo teórico e, paulatinamente, no campo prático. No campo teórico, por exemplo, impulsiona a produção de livros, monografias e artigos sobre o tema, sendo nítido que a edição de leis gerais de processo ajudou a elevar ao patamar de obrigatório o capítulo sobre o “processo ou procedimento administrativo” nos manuais de direito administrativo brasileiros, antes inexistentes.⁸ A responsabilidade civil do Estado, como visto, já é tópico dos manuais de direito administrativo no Brasil, mesmo à falta de uma lei geral – a sua bússola é o art. 37, § 6º, da Constituição Federal –, mas a tradução dessa sistematização doutrinária, mesmo que parcial, no campo legislativo (tal como feita em Portugal para melhor concretização do disposto no artigo 22º da Constituição da República Portuguesa) acredito poderá ajudar na identificação de lacunas e na melhor articulação dos distintos recantos da responsabilidade civil do Estado.

Fato é que, no presente, aquele que queira conhecer o direito brasileiro da responsabilidade civil do Estado terá de se ver, acima de tudo, com um conjunto de precedentes e julgados que interpretam a Constituição, sobretudo em matéria de responsabilidade extracontratual.⁹ Vez ou outra será lembrado da existência de normas gerais sobre responsabilidade civil

8

Lembrando-se que as expressões vão aqui empregadas como sinônimos a indicar a disciplina do *iter* decisório da Administração Pública, e não qualquer disciplina de processo contencioso judicial a envolvê-la (como verificável em países que adotam a dualidade de jurisdição, de inspiração francesa); no Brasil, a jurisdição é una.

9 Como bem disse Carlos Bastide HORBACH, atento aos múltiplos precedentes de nossos tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, e Superior Tribunal de Justiça (STJ), garante da uniformização da interpretação das leis federais – acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado na prestação de serviços públicos, a matéria é “tipicamente casuística”. C. B. HORBACH, “Notas sobre o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *Fórum Administrativo*, ano 13, n. 149, jul. 2013.

presentes no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que na sua Parte Especial, no Livro sobre o Direito das Obrigações, tem um Título dedicado à matéria “Da Responsabilidade Civil”. O pulular de preceitos do Código Civil, aqui e ali, nem sempre será suficiente para inculcar no intérprete a percepção de que o tema é antes da teoria geral do direito do que do direito administrativo; é antes “patrimônio comum do Direito (Privado e Público)”, como acentuou Carla AMADO GOMES como premissa de análise de questão afeta ao ordenamento português, mas inteiramente válida também para a abordagem do caso brasileiro¹⁰. Haverá, pois, ausente a perspectiva correta e mais abrangente, grande risco de extrair-se dos manuais e artigos doutrinários uma visão parcial ou mesmo deturpada, como se o assunto fora de direito administrativo puro, o que não é.

Em matéria de responsabilidade civil *contratual* do Estado, uma possível primeira impressão extraída da abordagem do assunto nos manuais é, como visto, a de que o assunto, se existe, seria menos importante (ao menos, seria menos importante do que a responsabilidade civil extracontratual do Estado, única merecedora de abordagem sistematizada). Por óbvio, o assunto não é menos importante, mas infelizmente é a impressão que fica.

Outra possível impressão, ao se pinçar as alusões ao tema em meio às análises de tantas leis sobre contratações públicas, é a de que a questão da responsabilidade civil por danos oriundos da violação de contratos públicos é abordada de maneira bastante fragmentada. Surge a propósito de considerações sobre hipóteses de extinção do contrato – notadamente por rescisão unilateral por parte da Administração Pública – ou,

10 C. AMADO GOMES, “A culpa do lesado: entre o clássico e o moderno”, *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 16, n. 85, mai./jun. 2014, p. 203.



ainda, a propósito de áridas lições acerca do significado e dos limites da “garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos”. Desequilíbrios em prejuízo do contratado podem ensejar a necessidade de sua indenização pelo Estado contratante, fundada não apenas na legalidade, como também em responsabilidade civil contratual. Mas a correlação entre os assuntos, isto é, entre o dever de reparação de danos e a responsabilidade civil raramente será explícita.

Em suma, adentrar o campo da responsabilidade civil *contratual* do Estado no Brasil é investigar campo do saber jurídico pouco explorado e sistematizado em doutrina e legislação – muito menos do que a onipresente abordagem da responsabilidade civil *extracontratual* – e, ainda, que constitui objeto de tratamento eminentemente jurisprudencial. É, pois, uma tarefa difícil.

Este ensaio tenta navegar contra a maré e, com todos os desafios que se impõem, oferecer algumas reflexões sobre a temática da responsabilidade civil contratual do Estado no Brasil. Fui instigado pelo título da mesa de que participei no III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em novembro de 2019: “Responsabilidade contratual *versus* Responsabilidade pré-contratual e responsabilidade extracontratual”¹¹. Sugerindo

11 Para os fins da viagem a Lisboa e participação no referido Colóquio contei com auxílio do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX, da Coordenação de Aperfeiçoamento do Ensino Superior – CAPES, órgão vinculado ao Ministério da Educação da República Federativa do Brasil. Deste auxílio concedido ao Programa de Pós-Graduação da FDUSP, instituição à qual pertencço, e com o qual fui agraciado, faço não apenas registro, como também manifesto por ele minha gratidão. Este artigo é fruto de minha palestra no Colóquio, com atualizações e significativos ajustes. Registro também o meu agradecimento pelo convite para participar do evento aos seus organizadores, colegas portugueses e brasileiros, destacando especialmente as eminentes professoras **Carla Amado Gomes e Ana Fernanda Neves**, ambas da FDUL, instituição anfitriã portuguesa de relevo internacional, que a representaram com gentileza e competente acolhida.

distinções conceituais e até oposições, o título provocou-me intelectualmente. Mordi a isca e fui levado a pensar e a repensar alguns usos e costumes brasileiros¹² na abordagem e nos recortes do assunto. Tive de sair da suposta zona de conforto, que seria uma abordagem limitada à matéria extracontratual (e os seus já inúmeros desafios), para adentrar o campo contratual. Concentrei-me nele (deixando de fora dos limites dessas reflexões o campo pré-contratual). Espero ter conseguido aportar, com as breves considerações aqui articuladas, não em um destino final propriamente, mas em um ponto de partida útil a quem também queira se aventurar pelo estudo e conhecimento do campo da responsabilidade patrimonial *contratual* do Estado – este nosso ilustre desconhecido.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO É ANTES CIVIL

Responsabilidade civil é temática afeta à teoria geral do direito, não tendo sido apropriada com exclusividade pelo direito público ou pelo direito privado.

Deveras, revela-se problemática a tentativa de reparti-la rigorosamente e encará-la pelos ângulos distintos do direito público e do direito privado.¹³ Assim, no Brasil, é equivocado supor, por exemplo, que a

12 Durante a palestra pude testemunhar colegas portugueses assentirem que, também entre eles, o tema da responsabilidade civil *contratual* é um tanto relegado a segundo plano.

13 Ainda que, em 1873, no julgamento do famoso aresto *Blanco* da jurisprudência francesa, a percepção das peculiaridades de uma responsabilidade civil estatal tenha sido a tônica, de modo a contribuir até mesmo para a autonomização deste ramo do direito a que chamamos de “direito administrativo”, hoje não deve persistir dúvida de que, embora possam existir, tais peculiaridades convivem com uma base principiológica geral, atinente ao direito das pessoas, das obrigações, e particularmente da obrigação de reparar danos, que alcança a pessoa do Estado.



responsabilidade civil do Estado seja sempre objetiva, por mais alargado que seja o seu campo de aplicação (por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal), e a do particular sempre subjetiva (por força do art. 186 c/c art. 927, do Código Civil). Em verdade, nem a do Estado é sempre objetiva, nem a do particular é sempre subjetiva.

“A regra geral, no direito brasileiro, é a de que, no silêncio da lei, a responsabilidade civil é subjetiva” – é a síntese de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, com a qual estou de acordo. E a regra geral vale para o Estado.

Dito de outra maneira, por força de lei a responsabilidade civil da pessoa “Estado” é – tal como a de qualquer pessoa no Brasil –, em regra, subjetiva. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 teve nela insculpidas, precisamente no seu art. 37, § 6º, hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Estado brasileiro;¹⁴ a estas, portanto, não se aplica a regra geral fixada em lei (o Código Civil de 2002), mas o princípio constitucional, de hierarquia superior. Logo, tirante as hipóteses subordinadas ao art. 37, § 6º, da Constituição – e são abrangentes, inclusive devido à construção jurisprudencial e doutrinária que alarga a acepção de “prestação de serviços públicos” para os fins do preceito constitucional –, as demais regem-se pela regra geral do Código Civil, que preconiza a responsabilidade civil subjetiva para as pessoas em geral, inclusive o Estado (salvo previsão legal em sentido diverso).

Por certo, o reconhecimento da subordinação da responsabilidade civil do Estado a uma regra geral pertinente a quaisquer hipóteses de responsabilidade civil, por imperativo de direito, não significa desconhe-

14 Aliás, bastante abrangentes na sua literalidade, e ainda muito mais alargadas pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF).

cer, nem menosprezar, as peculiaridades que tal responsabilidade estatal possa apresentar em comparação à responsabilidade congênere de particulares. Mais uma vez, DI PIETRO oferece precisa lição: “Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade”.¹⁵ Deveras, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado tem sido reconhecida tanto em casos de danos oriundos de comportamentos *ilícitos*, quanto em casos de danos provenientes de comportamentos *lícitos* de agente público atuando em nome do Estado. E a regra geral, presente no art. 927, *caput*, do Código Civil de 2002, é a de que “[a]quele que, por ato ilícito (...), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, de sorte que não vem nela estampada a hipótese de responsabilidade civil por ato lícito, que de regra seria peculiar à pessoa estatal.¹⁶

Assim, mesmo apresentando peculiaridades, a responsabilidade civil do Estado está subordinada a um corpo de regras e princípios gerais que atina ao instituto da responsabilidade civil – que é antes um instituto de direito, e não ínsito ao direito público ou ao direito privado. É o que se extrai da própria conformação do direito positivo brasileiro como um todo e não a partir, apenas, do que reza preceito isolado da Constituição, por mais importante que seja (o § 6º do art. 37). Conjugam-se a Constituição e o Código Civil, este no que atina, em sua Parte Geral, ao direito das pessoas e dos fatos jurídicos (inclusos os atos ilícitos) e, em sua Par-

15 DI PIETRO, *Direito*, 29ª. ed., p. 789.

16 Embora do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 se possa inferir que, excepcionalmente, até mesmo a atividade lícita normalmente desenvolvida por particular, e não apenas a desenvolvida pelo Estado, se, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem e vier a lhes causar dano, ensejará a obrigação de repará-lo.



te Especial, ao direito das obrigações e, particularmente, da responsabilidade civil. Deveras, pessoas, fatos jurídicos, atos ilícitos, obrigações, responsabilidade civil, são todos elementos que, embora dispostos no Código Civil – o que lhes poderia dar uma conotação de afetos ao direito privado –, são, antes, objeto da teoria geral do direito, e as normas que os disciplinam irradiam efeitos para muito além do campo do direito privado, alcançando certamente o do direito público, no qual esta pessoa especial, o Estado, tem papel de relevo, mas é antes pessoa como as outras, “capaz de direitos e deveres na ordem civil” (nos termos do art. 1º do mesmo Código) e civilmente responsável como as outras, caso venha a causar-lhes dano por ato ilícito (art. 927 do mesmo Código).

Por isso, afiguram-se perigosas, por potencialmente induzirem os intérpretes e aplicadores a erro, as tentativas de sistematização ou simplificação do direito pátrio que tomem por premissa a necessidade de divisar-se uma distinção seminal, rígida, entre responsabilidade civil no direito público e responsabilidade civil no direito privado, ou mesmo entre responsabilidade civil do Estado e responsabilidade civil de outras pessoas na ordem jurídica. Importa examinar a matéria, fundamentalmente, na sua sede própria, a da teoria geral do direito, vislumbrando-se a partir daí os preceitos gerais que, aqui e ali, são excepcionados por normas especiais de direito público ou iluminados por normas ditas de direito privado.

Assume o direito da responsabilidade civil do Estado, pois, sob a ordem jurídica brasileira, a feição de um conjunto especial de normas que, embora possa se distinguir parcialmente de, ou mesmo derrogar aqui e ali, um corpo de normas de caráter mais geral sobre a responsabilidade civil, está em princípio subordinado àquelas normas gerais, que se aplicam a quaisquer pessoas que causem dano a esfera jurídica de outrem e, por imperativo de direito, estão obrigadas a reparar o dano. Não é

capítulo a parte, mas, querendo-se, pode-se encará-lo como um microsistema normativo que, observadas as suas eventuais peculiaridades, subordina-se, sim, a um sistema maior, que é constituído pelos ditames gerais da responsabilidade civil no Brasil.

Imperioso, pois, interpretar o direito pertinente à matéria com recurso àqueles ditames gerais, presentes notadamente no Código Civil, sempre que necessário, sem olvidá-los em louvor às supostas particularidades de um “regime publicístico” ou “de direito administrativo” nem sempre existentes. Em apertada síntese, eis o que não se deve perder de vista: a responsabilidade civil do Estado é, antes, responsabilidade civil.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PODE SER OBJETIVA OU SUBJETIVA

Embora incorreta a associação de uma e outra com ramos do direito, a distinção entre responsabilidade civil *objetiva* do Estado e responsabilidade civil *subjetiva* do Estado é importante, pois admitida à luz da Constituição Federal de 1988.

Repita-se, será inexata, quando não se revelar mesmo incorreta, a afirmação de que a responsabilidade civil do Estado ou publicística, no direito brasileiro, é objetiva (isto é, independente de dolo ou culpa do agente público causador do dano para configurar-se, bastando, para tanto, a verificação de nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano provocado), porque subordinada ao disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Este preceito, apesar de toda a sua relevância, não disciplina todas as hipóteses de responsabilidade civil do Estado brasileiro; limita-se àquelas em que o dano tenha sido provocado a terceiro no âmbito da prestação de serviços públicos, por alargada que seja a noção de serviços públicos para tal fim.



Além disso, há outros preceitos constitucionais, para além do § 6º do 37, de importância para a questão da responsabilidade civil do Estado, com destaque para a garantia da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, enraizada no art. 37, inciso XXI, que impacta a responsabilidade civil estatal por danos oriundos de infrações a contratos de que seja parte. Assim, tomar o texto do art. 37, § 6º como “o início e o fim” da disciplina da responsabilidade civil do Estado no Brasil é desconsiderar gama muito mais ampla e variada de normas e hipóteses pertinentes ao assunto.

Em verdade, como bem ressalta Marçal JUSTEN FILHO, há uma pluralidade de regimes jurídicos para a responsabilidade civil estatal.¹⁷ Para descartiná-la é preciso conjugar preceitos constitucionais com dispositivos legais. Dessa forma, é possível extrair dois grandes tipos de responsabilidade civil do Estado: primeiro, a objetiva, nas hipóteses de danos causados por pessoas jurídicas estatais de direito público, ou mesmo de direito privado delegatárias do Estado, na prestação de serviços públicos (art. 37, § 6º, da Constituição); segundo, a subjetiva, nas hipóteses de danos causados por aquelas pessoas fora do âmbito da prestação de serviços públicos (art. 37, § 6º, da Constituição c/c art. 927 do Código Civil), ou, então, por pessoas jurídicas estatais de direito privado na exploração de atividades econômicas de comercialização de bens ou de prestação de serviços, em regime de competição (art. 173, § 1º, I, da Constituição c/c art. 927 do Código Civil). Por imperativo legal (justamente o precitado art. 927 do Código Civil), a subjetiva só o será, efetivamente, se não dispuser a lei em contrário.

17 Observa o jurista: “...é possível distinguir dois regimes jurídicos distintos para a responsabilidade civil atinente às entidades da Administração Pública. Há o regime próprio da responsabilidade civil das pessoas de direito público, subordinado ao direito público. E há aquele pertinente às pessoas de direito privado, não prestadoras de serviços públicos, mas exploradoras de atividade econômica, que é o regime jurídico da responsabilidade civil privada”. JUSTEN FILHO, *Curso*, 13ª. ed., p. 1.291.

Assim, se a regra geral é a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva só terá lugar, à luz do § 6º do art. 37 da Constituição, nos casos de danos provocados por pessoas de direito público, ou seus delegatários, na prestação de serviços públicos.

Importante observar que a responsabilidade civil objetiva, embora aparentemente circunscrita às situações de dano causado na prestação de serviços públicos, tem apresentado um campo alargado de aplicação, muito por força de construção ampliativa do Supremo Tribunal Federal. Este tem interpretado a noção de “prestação de serviço público”, para os fins do § 6º do art. 37, de maneira lassa. Embora possa parecer positiva pelo ângulo do lesado (vítima), esta construção alargada da responsabilidade objetiva tem como efeito negativo fazer parecer que o Estado seja um “segurador universal” contra a materialização de riscos de toda ordem nas suas relações com particulares – e certamente não foi isto o que fez a norma constitucional, ao circunscrever o seu campo de aplicação à prestação de serviços públicos.¹⁸

Do quanto exposto importa notar, para o enfoque da responsabilidade civil *contratual* do Estado, que ela poderá então ser também objetiva ou subjetiva, a depender do caso.

4. DISTINGUINDO A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL CONTRATUAL DA EXTRA CONTRATUAL

Outra importante distinção é entre responsabilidade civil contratual do Estado e responsabilidade civil extracontratual do Estado. Aqui, cabem três considerações.

18 Alexandre Santos de ARAGÃO explica que “...o objetivo do art. 37, § 6º, CF, ao sujeitar as delegatárias à responsabilidade objetiva, foi evitar que os danos sofridos pelos cidadãos, usuárias ou não, em razão da atividade de serviço público, tivessem menos garantias de ressarcimento apenas em razão de o Estado ter delegado o serviço de sua titularidade”. *Curso de direito administrativo*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 579.



A primeira é atinente ao critério da classificação, residente na origem da violação à ordem jurídica causadora do dano, que faz incidir a obrigação de reparar. Diz-se que, se esta (a obrigação de reparar) tem origem na violação a um contrato ensejadora de dano, então é *contratual*; se, todavia, tem origem em ilícito (ou mesmo ato lícito) não ligado a um contrato, então é *extracontratual*. O que distingue uma da outra, como se vê, é o âmbito em que situada a obrigação violada de modo a produzir dano – se contratual ou extracontratual. Como esclarece Marcus EHRHARDT JR., o que se revela decisivo para os fins da distinção é onde está situado o dever preexistente (que, uma vez violado, faz incidir o de reparar), e não exatamente onde está prevista a obrigação de reparar em si;¹⁹ esta não precisa ser contratual para caracterizar-se a responsabilidade civil contratual, mas sim a obrigação ou dever preexistente, cuja violação, produzindo dano, aí sim deflagra a necessária obrigação de reparar que pode estar prevista alhures (p.ex., na lei, e não no contrato).

Nas palavras de Jacintho ARRUDA CÂMARA, apoiado em doutrina civilista: “Na responsabilidade contratual o dano advém do descumprimento de obrigação estabelecida na própria avença. Quando a responsabilidade é extracontratual o prejuízo não decorre de desobediência a um acordo de vontades, mas da afronta a um dever mais genérico, estabelecido em lei ou princípio de Direito”.²⁰

Uma segunda consideração importante é a de que, como também ensina Marcos EHRHARDT, pode-se enxergar a responsabilidade civil contratual como um capítulo específico da responsabilidade civil, com suas

19 “Em busca de uma teoria da responsabilidade civil”, in: Marcos EHRHARDT JR. (coord.), *Os 10 anos do Código Civil – Evolução e perspectivas*, p. 325.

20 J. ARRUDA CÂMARA, *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 130.

especificidades, mas ainda submetido aos mesmos princípios e regras gerais pertinentes àquela. Afinal, o cerne da responsabilidade civil é o sujeito lesado, não o contrato; há sujeitos lesados em ambas as situações tradicionalmente apartadas – responsabilidade civil contratual e extracontratual –, sendo o contrato em si um aspecto secundário, quando existente. Por essa óptica, a circunstância do ambiente contratual apenas acrescentaria especificidades à responsabilidade civil, mas seria meramente ancilar, e não elidiria o essencial: a presença de um sujeito lesado na sua esfera jurídica, credor de uma reparação de danos, a qual atrairia, por si só, princípios gerais ordinariamente estudados sob a rubrica da responsabilidade civil, ou mesmo da responsabilidade civil extracontratual, mas que, a rigor, teriam pertinência temática também com a responsabilidade civil dita contratual, essencialmente uma responsabilidade perante o sujeito lesado como qualquer outra. Como já apontei neste estudo, a responsabilidade civil do Estado – e acrescento, contratual ou extracontratual – é, antes, responsabilidade civil.

A terceira consideração a fazer diz respeito a uma possível inquietação, sobre saber qual seria a violação danosa mais frequente, a ensejar responsabilidade civil do Estado: a contratual ou a extracontratual? Por trás da pergunta está a preocupação com a maior ou menor importância dos temas, é dizer, qual deles, afinal, mais importaria na prática (e se a contratual for tão importante quanto a extracontratual, por qual motivo vem sendo relegada no plano doutrinário?). A busca por uma resposta parece inglória, nos dias de hoje, porque o Estado contrata muito. Pensemos no Estado brasileiro. Se, no passado, contratava menos, aí se poderia pensar em sua maior exposição ao risco de lesar pela via extracontratual; mas, como todos os Estados contemporâneos, hoje parece contratar quase tudo, colocando-se com bastante frequência em posição de lesar na condição de contratante.



Até se poderia pensar que, em sede contratual, a responsabilização civil do Estado tenderia a ser menos frequente, porquanto, no mais das vezes, poder-se-ia pressupor que a infração do contrato adviria do particular contratado para executar o objeto de interesse público, sendo ínsito a quem executa o maior risco de lesar (e nada tendo o Estado que ressarcir por danos oriundos de infração a que não deu causa, mas havida por má execução a cargo de outrem). Mas é certo que o Estado, e não só o particular contratado, pode colocar-se na condição de infrator do contrato e agente causador de dano (à sua contraparte na avença ou a terceiro). Ainda que a legislação brasileira atribua ao contratado exclusiva responsabilidade pelos danos que venha a causar diretamente ao Estado contratante ou a terceiros na execução do contrato (é a regra do art. 70 da Lei nº 8.666/93), o Estado arrisca-se a lesar e a ter que responder por isso de diversas maneiras; por exemplo, manejando prerrogativas na relação contratual que, embora fundadas na persecução do interesse público, podem causar prejuízos significativos ao particular contratado, que tem um direito de ressarcimento pelo prejuízos suportados. O tema será retomado logo adiante.

Assim, difícil divisar qual o tipo de responsabilidade civil que tem o potencial de, com mais frequência, onerar o Estado: a extracontratual ou a contratual. Se aquela (a extracontratual) pareceria em princípio mais frequentemente aplicável por conta das amplíssimas situações em que o Estado moderno presta serviços públicos, esta (a contratual) não deixa por menos, dadas as também múltiplas situações em que o Estado moderno contrata e, no bojo justamente de contratos administrativos, vê-se na circunstância de ter infligido prejuízo ao contratado, seja pelo manejo de prerrogativas legalmente franqueadas à Administração contratante, seja pela atuação que de outra forma vulnera a original equação econômico-financeira do contrato em prejuízo ao contratado.

A importância, portanto, da dicotomia “contratual *versus* extracontratual” não se dá por ter sido feita pela Constituição – não o foi, para fins de responsabilidade civil do Estado –, tampouco por supostamente alinhar-se a responsabilidade objetiva com a extracontratual e a subjetiva com a contratual – não existe este alinhamento automático –, mas pelo fato de que às hipóteses de responsabilidade civil contratual do Estado aplicam-se direitos e garantias que podem operar em favor do contratado e que simplesmente não comparecem (por impertinentes) às hipóteses de responsabilidade civil estatal extracontratual. A responsabilidade civil *contratual* do Estado, em suma, atrai regras específicas, não necessariamente presentes em sede extracontratual, com destaque para a garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira, como observou JUSTEN FILHO, registrando ainda que dela “...deriva a proteção jurídica em face de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe”.²¹

É preciso, pois, ante uma situação de dano cuja origem seja a infração de um contrato de que seja parte o Estado, considerar, como regras específicas importantes, as atinentes aos direitos e garantias do contratado, que dirão quanto à extensão e ao modo de ressarcimento dos seus prejuízos.

E vale insistir: será perda de tempo cogitar de uma responsabilidade contratual do Estado sempre subjetiva, ou de uma responsabilidade extracontratual do Estado sempre objetiva, pois as normas simplesmente não fazem esta associação. Consulte-se o art. 37, § 6º, da Constituição Federal e ver-se-á que o preceito nada diz sobre estar em pauta uma responsabilidade civil extracontratual ou contratual do Estado. A rigor, o que nele se dispõe vale para todas as hipóteses de responsabilidade civil estatal ali encartadas (contratuais ou extracontratuais), envolvendo a prestação de serviços públicos.

21 JUSTEN FILHO, *Curso*, 13ª., p. 1.292.



5. DIVISANDO HIPÓTESES LEGAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL DO ESTADO

A Constituição da República de 1988 atribuiu competências legislativas, em matéria de licitações e contratações públicas, a todos os entes da federação. União, Estados e Municípios podem legislar a respeito do assunto. Mas à União foi reservada a competência para ditar normas gerais de licitação e contratação (art. 37, XXI). Assim, os Estados, ao legislarem sobre o tema, devem respeitar as normas gerais estabelecidas pela União. E aos Municípios compete suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, respeitando, portanto, a ambas (art. 30, II).

Após 1988, a União disciplinou o assunto à larga em leis federais. Destacam-se as Leis nº 8.666, de 1993 (conhecida como Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), nº 8.987, de 1995 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), nº 10.520, de 2002 (Lei de Licitação na Modalidade de Pregão), nº 10.079, de 2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas), nº 12.349, de 2010 (lei que alterou a Lei 8.666/93, para dispor sobre o favorecimento à contratação de bens e serviços nacionais nas licitações públicas), nº 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Licitações e Contratações Públicas), nº 13.019, de 2014 (Lei Geral de Parcerias com Organizações da Sociedade Civil) e nº 13.303, de 2016 (instituiu o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e dedica capítulo às licitações e contratações públicas por essas entidades). Com a tendência à interpretação de que tudo ou quase tudo que nelas se contém seja “norma geral” para os fins da Constituição, pouco espaço restou para qualquer tratamento diverso do assunto em leis estaduais ou municipais²². O espaço foi tomado pela União.

22 Há casos mais recentes de diplomas, porém, em que o legislador, justamente para deixar claro o que seja norma de âmbito exclusivamente federal e o que seja norma geral, de aplicação nacional, fez constar a distinção expressamente (v., por exemplo, Lei 11.079/2004).

A despeito de todas as novas leis, a Lei nº 8.666/93 ainda se apresenta como lei geral em muitos aspectos para os contratos da administração pública, ao lado da Lei nº 8.987/95 para os contratos de concessão e permissão de serviços públicos.²³ Donde ser relevante, acima de todas as outras, considerar o que nelas se contém sobre responsabilidade civil *contratual* do Estado.

Antes, porém, importa ter presente a regra geral já aludida, por basilar que é, acerca da responsabilidade civil nas hipóteses em que os danos tenham sido diretamente causados pelo particular contratado, na execução do contrato, ao Estado ou a terceiros – em tais situações, a responsabilidade é dele, particular contratado.

Essa é a regra geral estampada na legislação brasileira. Responde o particular contratado por danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução dos contratos administrativos em geral (Lei 8.666/93, art. 70). Nem mesmo a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado excluem essa responsabilidade do particular, acrescenta o ditame legal. Nos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos vigem a mesma regra geral – prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros são de responsabilidade do concessionário ou permissionário, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuem essa responsabilidade (Lei 8.987/95, art. 25).

Há uma sutil, mas importante, diferença, atinente à circunstância de a responsabilidade ser subjetiva ou objetiva. Nos contratos administrativos em geral extrai-se da lei que a responsabilidade do particular contratado é subjetiva, ou seja, depende da apuração de seu dolo ou culpa ao

23 Embora tramitem no Congresso Nacional proposições legislativas para substituí-las.



causar o dano. Já nos contratos de concessão ou permissão de serviço público, a lei não exige a comprovação do elemento subjetivo, isto é, da existência de dolo ou culpa para a responsabilização do concessionário ou permissionário. Põe-se a lei sobre concessões e permissões, assim, em harmonia com o art. 37, § 6º, da Constituição da República, que estabelece a regra geral da responsabilidade objetiva do Estado brasileiro – independentemente de dolo ou culpa do agente causador do dano – pelos danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos. O preceito tem sido interpretado no sentido de que, ainda que causados por quem faça as vezes do Estado – p.ex., um concessionário de serviço público –, o dano ensejará a sobredita responsabilidade objetiva, nos termos da Constituição. Por isso a lei silencia ao não referir dolo ou culpa do concessionário de serviço público para que seja responsabilizado por danos que vier a causar; mas o silêncio, se interpretado em harmonia com a Constituição, é eloquente, isto é, quer significar que, de regra, não haverá necessidade de dolo ou culpa para que fique configurada a responsabilidade civil do prestador de serviços públicos, bastando a comprovação donexo causal entre a sua conduta e o dano havido.

A lei sobre concessões ainda volta ao assunto, estabelecendo a regra segundo a qual o concessionário é responsável por danos causados na execução do contrato de concessão e apurados por ocasião da decretação de sua caducidade (Lei 8.987/95, art. 38, § 5º). O espírito dessa norma é claro: quem deu causa à ilegalidade, que ensejou a necessidade de decretação pelo Estado da extinção do contrato por caducidade, responde pelos prejuízos.

Mas, mesmo diante desta regra geral estampada nas leis, que seria até intuitiva – a de que o executante responde pelos danos que causar –, será lícito concluir que, nas contratações públicas, o Estado contratante

não tem chances, a partir de sua posição, de lesar ninguém, restando o contratado na posição única de lesionar?

Ora, é factível, por óbvio, que o Estado lesione sim, tendo de responder por isso. Nem mesmo há razões suficientes para fazer supor que, na prática, tenderá a fazê-lo com menor frequência do que o executante contratado, como já pontuado.

Pensemos bem: o Estado coloca-se, nos contratos públicos regidos pela lei geral brasileira, não em qualquer posição, mas numa posição privilegiada. Aliás, a teor da legislação brasileira, numa posição *bastante* privilegiada (para não dizer *exageradamente* privilegiada, por excesso das próprias normas legais que consagraram prerrogativas ao Estado mesmo quando desnecessárias).²⁴ Basta refletir um pouco para perceber, então, que o particular contratado não é o único em posição de lesar. É factível que o Estado contratante venha, sim, a lesionar, e ele tem capacidade de lesionar bastante. Não fora pela simples frequência com que celebra contratos com os particulares, e também pela sua falibilidade – não necessariamente menor do que a dos executantes –, o Estado brasileiro ainda dispõe de posição privilegiada conferida por lei em face dos particulares que com ele contratem, segundo a qual lhe é dado manejar alguns poderes exorbitantes do direito comum para fins de persecução de interesses públicos. Tudo isso aponta, em suma, no sentido da plena factibilidade de o Estado violar obrigações contratuais de maneira danosa ao contratado ou a terceiros, sujeitando-se à necessária responsabilidade civil.

24 Para um histórico da construção do direito administrativo contratual no Brasil e, particularmente, acerca do modo pelo qual ideias francesas foram transplantadas para o direito positivo nacional – como a da necessidade de cláusulas exorbitantes em contratos de delegação de serviço público, que acabamos adotando para todo tipo de contrato –, ver Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato administrativo*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, *passim*.



Algumas hipóteses de responsabilidade civil do Estado depreendem-se do conjunto de leis em matéria de contratações públicas supracitado. Nem sempre há nítido enquadramento da hipótese como responsabilidade civil *contratual*, isto é, decorrente do descumprimento de obrigação estabelecida na própria avença; isto porque, por vezes, embora presente o fenômeno contratual, o que se nota é a afronta a um dever mais genérico, estabelecido na lei ou na Constituição (enfim, em âmbito extracontratual). Assim, por exemplo, no dano oriundo da anulação de contrato administrativo, o dever preexistente violado não reside necessariamente no contrato em si, mas, antes, é o dever de legalidade, plasmado na Constituição e nas leis, por força do qual o Estado deve observar a ordem jurídica na celebração de suas avenças. Logo, a rigor, a responsabilidade civil do Estado nesses casos seria *extracontratual*. Há até hipóteses, sobre as quais falarei adiante, de indenização do contrato em caso de desequilíbrio contratual que sequer estão fundamentadas na responsabilidade civil do Estado, mas estão antes sujeitas ao regime dos sacrifícios de direito.

De toda sorte, o que parece importar mais, em ambiente normativo que não trabalha explicitamente com a categoria “responsabilidade civil contratual”, é o reconhecimento legal de algumas hipóteses de responsabilidade civil do Estado em situação relacionada a uma contratação pública. Enfim, deve o Estado indenizar o contratado, por exemplo, nas seguintes hipóteses, resumidamente descritas:

- pelos prejuízos regularmente comprovados nos casos de **rescisão contratual por razões de interesse público** (Lei 8.666/93, art. 79, § 2º c/c art. 78, XII);²⁵

25 Cuida-se, como se vê, de hipótese de responsabilidade civil contratual do Estado por ato *lícito* de rescisão motivada por razões de interesse público, com base na lei.

- pelos prejuízos regularmente comprovados nos casos de **rescisão contratual por motivo de caso fortuito ou de força maior** impeditivo da execução do contrato (Lei 8.666/93, art. 79, § 2º c/c art. 78, XVII);²⁶
- por perdas e danos nos casos de **rescisão do contrato em razão de inadimplemento por parte da Administração contratante**, a qual deve ser necessariamente requerida, judicial ou administrativamente, pelo contratado (Lei 8.666/93, art. 78, I); são exemplos da espécie, que abrangem os chamados fatos da Administração, a rescisão do contrato em razão de **atraso no pagamento**, pela Administração, por prazo superior a 90 dias (Lei 8.666/93, art. 78, XV c/c art. 79, § 2º), a rescisão em razão da **não liberação**, por parte da Administração, **de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento**, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificados no projeto (Lei 8.666/93, art. 78, XVI c/c art. 79, § 2º), e a rescisão em razão da **supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras**, acarretando modificação do valor inicial do contrato, **além do limite permitido** no art. 65, § 1º (Lei 8.666/93, art. 78, XIII c/c art. 79, § 2º);²⁷

26 Pertinentes as críticas de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO a essa hipótese legal de responsabilização do Estado, pelas quais diz ser estranhável que se tenha dado idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos prejuízos comprovados; pondera que caso fortuito ou de força maior são acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato; não sendo imputáveis a nenhuma das partes, o contrato deveria, diz ela, rescindir-se de pleno direito, não se cogitando de indenização, não fazendo sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. Reconhece ao final que, não obstante as críticas que possa receber, tratar-se de norma em vigor. DI PIETRO, *Direito*, 29ª ed., pp.317-318.

27 Nitidamente, tais hipóteses são de responsabilidade civil do Estado por comportamento ilícito da Administração Pública contratante.



- pelos prejuízos sofridos nos casos de **anulação do contrato por vício de ilegalidade** (verificado no contrato ou no procedimento de licitação) **imputável apenas à própria Administração**, não tendo para ela contribuído o contratado (Lei 8.666/93, art. 59, parágrafo único);²⁸
- pelos prejuízos sofridos em razão do **rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato** administrativo e, portanto, da violação da garantia da sua intangibilidade;²⁹ exemplos são as hipóteses de concretização de “álea admi-

28 Para conhecer uma profunda análise dessa hipótese legal, ver ARRUDA CÂMARA, *Obrigações, passim*. De se destacar aqui, das conclusões do autor, as seguintes: “Existem dois fundamentos diversos para embasar as obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos: a responsabilidade patrimonial do Estado por comportamentos administrativos e o princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Cada um desses fundamentos atente a finalidades diversas. A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado tem como fim exclusivo a recomposição do dano do lesado, sendo esta sua razão maior de existir. Quando se aplica autonomamente o princípio da proibição do enriquecimento sem causa a obrigação surge para propiciar a distribuição de um enriquecimento, auferido sem causa jurídica pela Administração, à pessoa que lhe tenha dado azo (ao enriquecimento) e que por tal razão tenha empobrecido”. *Obrigações*, p. 188. Veja-se que o autor, a rigor, enquadra a hipótese no campo da responsabilidade civil *extracontratual* do Estado, assumindo que o dano advém da afronta, no caso, a um dever mais genérico – diríamos, basicamente, ser o de celebrar validamente contratos administrativos – e não a uma obrigação especificamente estabelecida na própria avença.

29 A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos pode operar, em verdade, tanto em favor do particular contratado quanto do Estado contratante, sendo equivocado supor que se trata de garantia ou direito exclusivo do particular. A constatação é pontuada e examinada em profundidade por Letícia Oliveira Lins de ALENCAR, que observa: “Em resumo, tradicionalmente, por várias gerações, administrativistas brasileiros, ao tratar *genericamente* da noção de equilíbrio econômico-financeiro, reproduziram a ideia de que se trata de uma garantia do concessionário utilizada, especialmente, para fazer face ao poder de modificação unilateral detido pela Administração Pública contratante. Embora não se trate de visão totalmente equivocada, ela enxerga apenas parte da questão. A visão de equilíbrio econômico-financeiro possui conteúdo mais amplo e, no caso das concessões de serviços públicos, conta com particularidades que conferem complexidade e singularidade ímpar a esse instituto. Dessa forma, entendo que a proteção conferida pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro deve ser encarada como instrumento voltado à efetivação da *justiça contratual*”. L. O. L. de ALENCAR, *Equilíbrio na concessão*, Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 42. Logo, pode o desequilíbrio acontecer em desfavor do Poder Público contratante. Mas é certo que, nos casos de desequilíbrio em prejuízo do particular, há remédio na garantia.

nistrativa”, seja esta uma **alteração unilateral do contrato administrativo, nos limites legais, para atendimento de interesse público**,³⁰ um **fato do príncipe**, isto é, ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele;³¹ ou um **fato da Administração**, entendido como ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução.³²

Como se vê, basicamente são hipóteses de prejuízo ao contratado decorrentes de rescisão unilateral do contrato, anulação do contrato ou rompimento do seu equilíbrio econômico-financeiro, sempre por motivo imputável ao Estado contratante. Nelas, o Estado tem o dever de repará-los, fundado em regras legais.

Nos casos de recomposição econômico-financeiro nem sempre a mesma será patrimonial, mediante pagamento de indenização ao particular contratado. A legislação sobre concessões de serviços públicos, por exemplo, admite outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro daquelas avenças, respeitados determinados condicionan-

30 Diz a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, em seu art. 9º, § 4º, que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro afetado por alteração unilateral do contrato deve ser concomitante à alteração. Sobre a não caracterização dessa hipótese de alteração do contrato, nos limites legais, para atendimento de interesse público, como ensejadora de responsabilidade, mas sim de sacrifício de direito, ver raciocínio adiante.

31 Trata-se de hipótese de responsabilidade civil extracontratual do Estado, visto não haver, a rigor, afronta a específico mandamento contido na avença.

32 Nesses casos, nem sempre a recomposição do equilíbrio será patrimonial, mediante pagamento de indenização ao particular contratado. A legislação sobre concessões de serviços públicos, por exemplo, admite outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, respeitados determinados condicionantes (são exemplos a extensão do prazo e, até mesmo, a supressão ou o acréscimo de obrigações).



tes (são exemplos a extensão do prazo e, até mesmo, a supressão ou o acréscimo de encargos ao concessionário).

Em contratos de parceria público-privada (PPPs), regidos pela Lei 11.079/2004, o princípio legal da “repartição objetiva de riscos” opera de modo a flexibilizar a repartição que, nos contratos regidos pela Lei 8.666/93, resulta mais cristalizada na própria lei. Assim, aquilo que na Lei 8.666/93 é previsto como risco estatal pode ser repartido, numa PPP, com o concessionário, mediante “matriz de risco” integrante do contrato. Dessa maneira, a materialização de risco alocado a uma das partes deixa de ser fator de desequilíbrio e passa a ser parte integrante da própria equação econômico-financeira originalmente estabelecida. O risco de lesão a terceiro na execução do contrato pode, assim, ser alocado a uma das partes – por exemplo, a quem tenha dado causa à lesão, ou, ainda, a quem tenha melhores condições de repará-la.

É certo, porém, que esse tratamento fragmentado, e indireto, do fenômeno não contribui para o avanço da legislação sobre responsabilidade civil contratual estatal, nem do seu estudo e compreensão. São tópicos da legislação sobre contratos públicos cuja relação com a temática da responsabilidade civil do Estado, ainda que existente, resta obscurecida.

Tome-se o caso da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos e sua relação com a obrigação de reparação de danos. Em verdade, estando a garantia de equilíbrio tão cercada de cuidados na legislação, a invocação de regras legais e contratuais na hipótese de seu rompimento parece vir sendo suficiente para se colocar em marcha a recomposição, sem necessidade de recurso à teoria ou às normas sobre responsabilidade civil. Soma-se o fato de que, se outrora a garantia já teve um préstimo mais remediativo, hoje assume cada vez mais uma

utilização no sentido da prevenção de desequilíbrios³³, distanciando-se, assim, do propósito de reparação de danos consumados, próprio da responsabilidade civil. Sem embargo de tudo isso, é possível vislumbrar na responsabilidade civil do Estado, ao lado da legalidade, fundamento para que se indenize o contratado na hipótese de prejuízo por este sofrido em razão da desestabilização do equilíbrio econômico-financeiro da avença, como uma das maneiras de recomposição do equilíbrio.

Deveras, se a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos tem como finalidade maior, nas palavras de ALENCAR, “a preservação da relação de equivalência do contrato” como modo de “efetivação da justiça contratual”³⁴, inclusive em caso de oneração excessiva de uma das partes, e a reparação civil de dano oriundo de violação contratual também se presta à promoção dos valores jurídicos da legalidade, igualdade e equidade, então ambos os institutos se entrelaçam em comunhão de propósitos. Mas, apesar da percepção de que de algum modo se relacionam, faltam estudos acerca de como e quando isto efetivamente ocorre ou, então, deixa de ocorrer. São temas enfrentados de maneira independente, estanque de lado a lado, e não em conjunto, apesar dos indicativos da necessidade de melhor racionalização dos fundamentos da reparação de prejuízos nos contratos públicos.

Questão instigante, que diz com a efetiva aproximação ou distinção entre os temas, é suscitada por aquelas medidas pelas quais o Poder Pú-

33 A constatação, mais uma vez, é de ALENCAR, que explica: “...o enfoque tradicionalmente dado pela doutrina e, também, pelos próprios contratos costumava se dar em relação ao seu *aspecto remediativo*, por meio do qual a invocação desta garantia ocorria, essencialmente, *após* a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Hodiernamente, “...o foco se desloca da *resolução* de conflitos que instabilizam o sinalagma contratual (reequilíbrio da equação econômico-financeira) para a *prevenção* de sua ocorrência (preservação ou manutenção do equilíbrio contratual), o que ocorre por vários mecanismos...”. ALENCAR, *Equilíbrio*, pp. 26-27.

34 ALENCAR, *Equilíbrio*, p. 27.



blico faz incidir diretamente sobre o contrato administrativo um impacto ou uma alteração, que desestabiliza o equilíbrio econômico-financeiro original. Nesses casos, ao invés de reponsabilidade civil, poder-se-á concluir que o dever de indenizar estará fundado na verificação de um sacrifício de direito, com seu regime próprio – a adotar-se a distinção entre responsabilidade e sacrifício de direito, divisada entre nós por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *in verbis*: “Não há falar [...] em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, *sacrifica* um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo *conteúdo jurídico intrínseco* consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém”.³⁵ Assim, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por medida estatal intrinsecamente voltada a alterar a equivalência das prestações – p.ex., a imposição de acréscimo quantitativo de encargos ao contratado, mas ainda com observância dos limites da legislação – não ensejará responsabilidade, mas importará sacrifício, com a necessária compensação. O exemplo típico do sacrifício é a desapropriação, e medidas sacrificantes teriam em comum, com esta, a necessidade de prévia recomposição patrimonial (afinal, diz a Constituição brasileira que as desapropriações ordinárias reclamam indenização justa, *prévia* e em dinheiro). Distinta seria a situação de desequilíbrio econômico-financeiro provocado por evento imprevisível, não diretamente relacionado com o contrato, isto é, por um fato do príncipe: aqui o dever de indenizar, ligado à afronta à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, encontraria respaldo na teoria da responsabilidade civil.

Como se vê, divisar as verdadeiras relações entre reponsabilidade e garantia do equilíbrio nos contratos públicos requer um cuidadoso

35 BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, 30ª. ed., p. 1.011.

esforço analítico, englobante das múltiplas situações em que ao Estado cumpre indenizar.

Não basta a sistematização dos eventos capazes de afetar o inicial equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, tal qual previstos na legislação brasileira – este esforço sistematizante é relativamente comum³⁶ –, mas o que se requer é uma análise da correlação do assunto com a temática da responsabilidade civil do Estado, também implicitamente reconhecida no ordenamento brasileiro com um dos fundamentos para a reparação de prejuízos e o restabelecimento do equilíbrio rompido.

A despeito de olvidada em teoria, a correlação entre os assuntos se impõe na prática. É o que ilustra esta decisão monocrática do Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, a qual, embora não tenha adentrado o exame do conjunto fático-probatório e, assim, tenha mantido o acórdão que negara o pleito indenizatório, deparou-se com pedido de indenização por danos oriundos de fato alegadamente imprevisível da quebra de exclusividade assegurada (supostamente) em contrato de permissão de transporte público coletivo de passageiros; segundo o pleito, a quebra decorrera da superveniência de transporte alternativo de vans e peruas; confira-se a ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

36 Em esforço sistematizador dessas categorias de eventos, previstos na legislação, capazes de impactar o equilíbrio contratual, já apontei que se distinguem os que se relacionam à edição de um ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), os fatos imprevisíveis e os que produzem oscilação de preços na economia. Confira-se, nesse sentido, Carlos Ari SUNDFELD, Jacintho ARRUDA CÂMARA e Rodrigo PAGANI DE SOUZA, “Concessão de serviços públicos: limites, condições e consequências da ampliação de encargos da concessionária”, Farlei Martins Riccio de OLIVEIRA (coordenador), *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 40.



INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CAR-READO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO.

Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos objetivando a reforma de decisão que inadmitiu recurso extraordinário [...] contra acórdão que assentou [...]: “APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO INDENIZATÓRIA PERMISSIONÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DE PASSAGEIROS - Pedido de indenização por lucros cessantes por prejuízos que a autora alega ter sofrido, em decorrência da redução do número de passageiros transportados causada pela quantidade de ‘vans’ e peruas do transporte alternativo estabelecido na Cidade de Sumaré, ferindo a exclusividade que lhe foi outorgada pelo Poder Público, fato esse imputável à Administração Pública de Sumaré que foi omissa na fiscalização, permitindo o transporte irregular de passageiros em detrimento daquele oficialmente executado pela autora - Não cabimento - Prorrogações do contrato de permissão feitas mediante Decretos desde 1979, que se legais até 1987, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou-se a exigir-se obrigatoriamente o instituto da licitação, o que não ocorreu no caso, o que torna ditas prorrogações, após 1988, contrárias ao texto constitucional (art. 175) e, por consequência, ilegítimas, o que impede qualquer direito a eventual indenização - Além disso, com a edição da Lei Municipal nº 3.061/1997, a partir de 1997 foi extinto o caráter de exclusividade da prestação de serviço público por permissionárias, sendo incabível o pedido indenizatório pretendido pela apelante, já que o prejuízo que alega ter sofrido abarca período posterior à edição de mencionada lei, ou seja, a partir de janeiro de 1999 até os dias atuais, quando já não vigorava mais a cláusula de exclusividade - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido”³⁷.

37 STF, ARE n. 1140118/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 22/6/2018.

Observe-se que os dois temas – garantia da intangibilidade do equilíbrio contratual e responsabilidade do Estado por prejuízos oriundos de fato imprevisível – compareceram ao caso para a configuração da lide. A segregação de amplos no plano teórico, como temas estanques, não colabora para o adequado enfrentamento do caso concreto.

Mas os desafios não param por aí. Há esforços de explicação sistemática do direito da responsabilidade civil contratual do Estado, ou, ao menos, das interpretações cabíveis, a partir de certos tipos de dano. Exemplo é o tratamento da responsabilidade civil do Estado por danos envolvendo obra pública executada por empreiteira privada. Aparentemente, porém, os consensos são poucos. Segundo Rodrigo Mello da Motta LIMA, se a responsabilidade civil por dano oriundo do só fato da obra é considerada exclusiva e direta do Estado (e aqui se verifica um consenso maior), a responsabilidade por dano decorrente da má execução da obra encontra opiniões as mais diversas³⁸, também registradas por Alexandre Santos de ARAGÃO³⁹ – no sentido de afigurar-se subjetiva e exclusiva da empreiteira executora, subsidiária entre Administração e empreiteira ou solidária entre ambas. T tamanha diversidade, ilustrada com julgados e opiniões doutrinárias colacionadas pelos autores citados, é mais um indício de que o assunto merece ser revisitado e sistematizado, em doutrina como em legislação, para melhor suporte à construção jurisprudencial e maior segurança jurídica. Relegá-lo a segundo plano em matéria de responsabilidade civil do Estado não é, obviamente, receita de sucesso.

38 R. M. da M. LIMA, “Danos de obra pública: a questão da responsabilidade do Estado e das empreiteiras”, *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, a. 10, n. 115, jul. 2011.

39 ARAGÃO, *Curso*, 2ª. ed., p. 584.



6. UM BALANÇO DO QUADRO BRASILEIRO

A falta de tratamento direto e sistemático a respeito da responsabilidade civil *contratual* do Estado, nos manuais de referência para introdução ao estudo do direito administrativo, é uma realidade no Brasil, e precisa ser revertida. Para tanto, importa ter presente que o assunto, tal qual o da responsabilidade extracontratual (este sim focado nos manuais), é antes objeto da teoria geral do direito, em nada devendo, em termos de relevância, para aquele. Sucede apenas que este apresenta algumas peculiaridades ligadas à circunstância de o dano ter origem na violação de uma obrigação contratual.

Além de escanteado no plano teórico, no âmbito legal a própria legislação sobre contratações públicas não sistematiza o assunto – quiçá à falta de base doutrinária sólida a encorajar uma produção legislativa mais sistemática.

O resultado é o aumento das incertezas em matéria tão fundamental quanto a da responsabilidade civil do Estado resultante de violação a obrigação contratual. A reparação de danos causados ao contratado ou a terceiros, pelo Estado, em afronta ao pactuado e aos direitos e garantias que circundam o pacto, resulta, assim, excessivamente pautada pela casuística e pouco ordenada por critérios padronizadores. Urge reverter esse quadro, identificando-se as principais hipóteses, os fundamentos e os limites da responsabilidade civil contratual do Estado brasileiro, surpreendendo-os mesmo quando legislação e doutrina ainda não os tenham reconhecido explicitamente nesses termos. Quem sabe daí emergirão condições para uma maior compreensão deste espectro da responsabilidade civil, que, embora tão importante quanto o da extracontratual, ainda segue relegado a segundo plano.

A responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes

RUI CARDONA FERREIRA¹

Resumo

Neste texto, que serviu de base à apresentação feita no III Congresso Luso-Brasileiro de Direito Público, procede-se a uma exposição do tema, salientando alguma indeterminação do direito positivo aplicável e a existência de flutuações jurisprudenciais, mas sem que se justifique uma recusa apriorística da indemnização do interesse contratual positivo ou dos lucros cessantes. A final, procura-se clarificar os pressupostos – ou a sua articulação – da obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes e o modo de determinação do montante da indemnização.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil pré-contratual; Interesse contratual positivo

1 Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Nova de Lisboa. Mestre em Direito. Advogado – Sérvulo & Associados.



Abstract

In this text, which served as the basis for the presentation made at the III Luso-Brazilian Congress on Public Law, an exposition of the theme is made, highlighting some indeterminacy of the applicable positive law and the existence of different case law approaches, but sustaining the absence of material reasons for a general refusal of a right to be compensated for positive contractual interest or loss of profits. In the end, we try to clarify the actual grounds of the awarding entities' obligation to compensate tenderers and how to determine the concrete amount of compensation.

Key words: *Pre-contractual civil responsibility; Positive contractual interest*

Índice: 1. Introdução. 1.1. Os dados da jurisprudência. 1.2. Natureza e efeitos jurídicos da abertura de concurso público: a vinculação da entidade adjudicante. 1.3. Relevância, no plano indemnizatório, da vinculação das entidades adjudicantes. 2. A obrigação de indemnizar emergente da preterição ilícita de concorrente. 2.1. O artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE. 2.2. A (limitada) discricionariedade das entidades adjudicantes. 2.3. A tendencial inaplicabilidade da regra da *compensatio lucri cum damno*. 3. Balanço final e diretrizes para a determinação da indemnização

1. INTRODUÇÃO

1.1. Os dados da jurisprudência

I. No que respeita ao âmbito da indemnização a que tem direito o concorrente ilicitamente preterido no contexto de um procedimento adjudicatório

catório público, a jurisprudência dos nossos tribunais administrativos tem, maioritariamente, seguido uma orientação marcada por dois dados relevantes: em primeiro lugar, tem aproximado essas situações ao regime da *culpa in contrahendo*; em segundo lugar, em linha com a orientação mais tradicional a respeito desse mesmo instituto, tem sustentando uma limitação apriorística do dano indemnizável ao interesse contratual negativo.

II. Apesar de, como adiante se verá mais desenvolvidamente, ser suscetível de uma apreciação crítica, tal orientação jurisprudencial tem-se mantido, pelo menos tendencialmente, até à atualidade.

Exemplos disso mesmo são, nomeadamente, os acórdãos do TCA Sul de 28.06.2012 (proc. 6934/10) e do STA de 20.06.2013 (proc. 1360/12), onde expressamente se afirma uma limitação da indemnização ao interesse contratual negativo, no domínio da responsabilidade pré-contratual. Em sentido próximo – ou de resultado materialmente equivalente –, pode também referir-se, como exemplo ainda mais recente, o aresto tirado pela Secção de Contencioso Administrativo do STA em 14.01.2016, no proc. 1403/12, onde, tanto quanto é possível apreender da respetiva fundamentação de facto, estava em causa a pretensão indemnizatória deduzida por um concorrente cuja proposta havia sido graduada em segundo lugar, tendo sido judicialmente anulada a decisão de adjudicação ao concorrente vencedor e que viera a executar plenamente o contrato indevidamente celebrado.

Neste último caso, a autora, talvez tentando evitar a controvérsia em torno do âmbito da indemnização na *culpa in contrahendo*, qualificara a responsabilidade em causa como contratual, qualificação que, muito justamente, o STA recusa, reconduzindo o caso ao plano da *culpa in contrahendo*. O STA, todavia, acaba por negar provimento ao recurso, desde



logo por entender que a circunstância de a autora ter fundado o pedido de indemnização dos lucros cessantes em responsabilidade contratual determina essa improcedência, o que, salvo o respeito devido, nos parece não levar em linha de conta que a qualificação jurídica não integra, em princípio, a causa de pedir e que o julgador não está vinculado pela qualificação jurídica efetuada pelas partes². Na prática, o STA considerou, assim, logicamente prejudicado um necessário juízo de prognose pós-tuma sobre a probabilidade de adjudicação e celebração do contrato pela autora, que sempre constituiria pressuposto do direito a indemnização pelos lucros cessantes no quadro da responsabilidade pré-contratual, sendo que as circunstâncias de a autora ter ficado graduada em segundo lugar e de a adjudicação ter sido considerada ilegal poderiam constituir fortes indícios no sentido de um desfecho do procedimento adjudicatório favorável à autora³.

III. Em sentido diferente desta orientação tradicional, cabe salientar o aresto tirado pelo TCA Sul em 24.11.2016, no processo 13.745/16⁴. Este último acórdão do TCA Sul merece, na verdade, um destaque reforçado, por aquilo que nos parece ser uma certa, bem fundamentada e categórica afirmação do direito do concorrente ilicitamente preterido a ser

2 Como assinala LEBRE DE FREITAS, a causa de pedir corresponde ao facto ou conjunto de factos constitutivos da situação jurídica que o autor pretende fazer valer, mas “externa ao conceito de causa de pedir é, de qualquer modo, a qualificação jurídica desse facto” – in *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 73-74.

3 Importa ressaltar, todavia, que, dos fundamentos deste acórdão, não resultam claros a natureza dos vícios que determinaram a anulação dos atos pré-contratuais e o correspondente grau de liberdade da entidade adjudicante na conformação da hipotética reinstrução procedimental e na renovação desses atos.

4 Da mencionada corrente jurisprudencial, apenas destoava, até à data deste acórdão do TCA Sul e tanto quanto nos podemos aperceber, o aresto tirado pelo TCA Norte em 4.11.2011, no proc. 213/06.

indemnizado, em determinadas circunstâncias, pelo interesse contratual positivo. Essa afirmação vai, de resto, ao ponto de afastar ainda razões relativamente vagas em que alguma jurisprudência também encontrava apoio para impedir ou *esvaziar* o direito a indemnização dos lucros cessantes, nomeadamente uma abstrata manutenção da capacidade produtiva do concorrente lesado⁵.

Assumindo que o concorrente cuja proposta ficara graduada em quarto lugar, padecendo a admissão das propostas que ocupavam as primeiras três posições de vício de violação de lei, tinha direito à execução do contrato e, portanto, à indemnização do interesse contratual positivo, o TCA Sul ergueu com esse aresto, segundo esperamos, um importante marco na jurisprudência sobre esta matéria.

Em todo o caso, continua a justificar-se passar em revista o enquadramento jurídico e os termos da controvérsia em causa, que não pode considerar-se ultrapassada.

1.2. Natureza e efeitos jurídicos da abertura de concurso público: a vinculação da entidade adjudicante

I. A questão da determinação do âmbito da indemnização pela preterição ilícita de um concorrente depende, antes de mais, da caracterização jurídica da abertura de concurso público.

⁵ Assim, por exemplo, decidiu o STA no aresto tirado em 23.09.2003, no recurso 1527/02, que "(...) quando o facto lesivo redonda na não celebração do contrato é este o facto principalmente determinante na conformação do dano. Nestes casos, em que o contrato não chega a ser celebrado (ou não é válido, ou não é eficaz), o lesado continua a poder celebrar outros contratos, com a sua capacidade negocial apta a obter o lucro que obteria com a celebração do negócio frustrado. A detenção da capacidade de obter o lucro (noutros negócios) é que determina, em termos de razoabilidade e justiça, que – em regra – o dano negativo não compreenda o «lucro esperado» naquele contrato”.



Por abertura de concurso público tomamos o conjunto dos instrumentos jurídicos formado pelo anúncio e pelo programa do concurso, bem como pelo caderno de encargos, que estabelecem, em termos paradigmáticos, as regras procedimentais a que há de obedecer o concurso público e os termos e as condições substanciais que deverão integrar a relação contratual a emergir do contrato objeto do concurso, respetivamente. Este conjunto de instrumentos jurídicos tem subjacente, unificando-os, uma verdadeira decisão de contratar, ainda que implícita⁶, que precede a publicação do anúncio do concurso, mas que só através daqueles instrumentos se exterioriza e se torna eficaz. O artigo 36.º, n.º 1, do CCP, dá hoje, aliás, evidência desta fenomenologia.

O que importa aqui, naturalmente, é apurar quais os efeitos jurídicos produzidos pela abertura do concurso, quer na esfera da entidade adjudicante, quer na esfera dos concorrentes, a respeito da futura celebração do contrato objeto do procedimento: trata-se, pois, de avaliar, na tensão entre a liberdade de (não) contratar e o dever de contratar, em que ponto a abertura do concurso coloca a entidade adjudicante.

II. A tese tradicional neste domínio assenta na ideia de que a abertura de concurso público consubstancia um mero convite a contratar, um convite à apresentação de propostas pelos concorrentes, a respeito das quais a Administração preserva a sua liberdade de contratar ou não.

Esta tese corresponde aos ensinamentos de MARCELLO CAETANO⁷ e transparência já na própria definição de concurso que era dada por aquele Autor:

6 Sobre a decisão ou deliberação de contratar, como imprescindível ato inicial ou propulsivo do procedimento administrativo pré-contratual e respetiva caracterização, cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 656 e ss.

7 Não tomando posição nesta matéria, mas referindo-se também *en passant* a um convite a contratar, vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, 2003, p. 523.

“(...) concurso é o processo resultante do convite, feito ao público ou àqueles que reúnam determinados requisitos, para a apresentação de propostas de contrato (...)”⁸. Também pela negativa, MARCELLO CAETANO não deixou dúvidas sobre a sua posição sobre esta questão: “É certo que o concurso, por via de regra, é aberto para a formação de um contrato cujas cláusulas se encontram antecipadamente redigidas no caderno de encargos logo apresentado pela Administração. Mas esse caderno não representa uma oferta feita ao público: a sua função é a de simplificar os preliminares do contrato, estabelecendo desde o início os termos em que a Administração está disposta a contratar e em que devem ser concebidas as propostas”⁹.

Em termos congruentes com a caracterização da abertura de concurso como mero convite a contratar, o Autor recusa a existência de um dever de adjudicar o contrato a qualquer dos concorrentes: “Em princípio, entende-se que, também aí, os poderes são discricionários, sendo facultado à pessoa coletiva declarar sem efeito o concurso já chegado à adjudicação ou recusar todas as propostas por não lhe convir nenhuma delas”¹⁰.

No entanto, como MARCELLO CAETANO também já referia, recordando os custos avultados que podem estar subjacentes à elaboração e apresentação das propostas dos concorrentes, a expectativa destes não deve ser “(...) frustrada sem motivo legítimo (...)”¹¹, pelo que se tem assistido à “(...) inserção nas leis de restrições ao direito de não adjudicar, o qual só poderá ser exercido quando se verificarem determinadas circunstâncias”¹².

8 In *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 10.ª ed., pp. 596-597.

9 *Ob. cit.*, p. 597.

10 *Ob. cit.*, p. 604.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.



III. Afigura-se, assim, mais rigorosa e adequada a construção de SÉRVULO CORREIA, segundo o qual a autonomia contratual da Administração, pelo menos no que respeita aos contratos administrativos – hoje, melhor diríamos, contratos públicos –, desenvolve-se, fundamentalmente, em dois momentos distintos: num primeiro momento, situa-se “(...) a decisão de contratar, executada pelos atos que formalizam uma proposta ao público (...)”¹³; num segundo momento, a Administração exerce a sua “(...) faculdade de aderir, com maior ou menor grau de autodeterminação às propostas que outros lhe apresentem”¹⁴. É que, conforme salienta ainda o Autor, se nalguns casos a decisão de contratar, traduzida na abertura de concurso, “(...) poderá constituir desde logo o teor integral do contrato que a Administração se propõe celebrar, que em tal hipótese funcionará como contrato de adesão”¹⁵, via de regra há lugar a uma fase “(...) mais ou menos procedimentalizada de negociações, da qual venha a resultar a elaboração do texto do contrato”¹⁶.

De acordo com o ensinamento de SÉRVULO CORREIA, na abertura de concurso, “(...) a Administração formula uma oferta ao público, ou a um conjunto delimitado de possíveis cocontratantes”¹⁷, mas trata-se de uma proposta ou de uma oferta ao público *sui generis*, dotada de duas particularidades: “(...) à proposta da Administração não hão de corresponder declarações de aceitação das quais decorra a conclusão do contrato mas sim novas propostas, provenientes dos interessados; em face das novas

13 Cf. *Legalidade...*, cit., p. 656.

14 *Ibidem*, p. 657.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*, p. 658. Conforme se depreende da nota 476 na mesma página, a referência a negociações é formulada pelo Autor em termos amplos, de modo a abranger as diversas formas pelas quais os concorrentes são chamados a integrar ou completar o conteúdo do futuro contrato, designadamente a simples apresentação de “(...) propostas com condições divergentes das do caderno de encargos (...)”.

17 *Ibidem*, p. 701.

propostas provenientes dos interessados, cumpre à Administração pronunciar-se mais uma vez, aceitando uma delas”¹⁸.

A circunstância de se reconhecer que, ao menos na generalidade dos casos, sobre as propostas dos interessados incide ainda uma aceitação por parte da Administração não impede que se constate a existência, de acordo com o entendimento propugnado pelo Autor, de um dever de adjudicar decorrente da própria abertura de concurso público: “Ao abrir o concurso, a Administração vincula-se perante o público, ou perante os limitados destinatários quando for esse o caso, a levar avante o procedimento pré-contratual e, designadamente, a apreciar as propostas com intenção de escolher a melhor de entre as que não estiverem aquém dos limites da aceitabilidade”¹⁹. O que sucede é que o dever de adjudicar que daí resulta não só é condicionado – na medida em que depende da verificação dos pressupostos em que assenta a abertura de concurso e do mérito relativo das propostas dos concorrentes –, como se encontra sujeito a uma “(...) reserva de revogação da proposta inicial da Administração (e da decisão ou deliberação de contratar)”²⁰.

IV. Embora a qualificação da abertura de concurso como uma proposta ou oferta ao público não possa considerar-se incontroversa²¹, a posição de SÉRVULO CORREIA não sofreu, na sua essência, qualquer erosão com o decurso do tempo. Mais do que o *nomen juris*, é a substância das coisas que deve ocupar o espírito do jurista e do intérprete-aplicador.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*, p. 701.

20 *Ibidem*, p. 702.

21 Pela nossa parte, tendemos a ver aí uma verdadeira promessa pública – cf. a nossa dissertação *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, pp. 51 e ss.



Ora, a construção de SÉRVULO CORREIA tem o mérito de assinalar que a abertura de concurso não é, propriamente, um convite a contratar, juridicamente inócuo – ou pouco mais do que isso – para a Administração, mas que dela emerge um dever de adjudicar, ainda que condicionado e sujeito a uma reserva de revogação.

Há aqui uma inversão da perspetiva tradicional deste fenómeno: segundo tal ponto de vista, a Administração pode não adjudicar porque a isso não está obrigada; já segundo SÉRVULO CORREIA, a Administração pode não adjudicar, porque, apesar de estar obrigada, em princípio, a fazê-lo, a lei lhe reserva, ao menos em determinados termos, tal faculdade²².

V. Cremos que a perspetiva de SÉRVULO CORREIA não só enquadra, juridicamente, a realidade da abertura de concurso de forma mais adequada do que a tese tradicional, ensinada por MARCELLO CAETANO, como é mais coerente, designadamente, com o reconhecimento de que a não adjudicação por motivos de interesse público é, também ela, de exercício condicionado, só podendo ser exercida em determinadas circunstâncias.

Também MARGARIDA OLAZABAL CABRAL assinala, aliás, que “(...) a Administração que abre um concurso fá-lo porque tem a intenção séria de contratar, e de, por um tal meio, escolher uma proposta de contrato e um cocontratante, e para tanto se vincula a seguir um procedimento pré-estabelecido e a respeitar determinados princípios jurídicos”²³. Assim, é inquestionável, como refere ainda a mesma Autora, que a Administração

22 Como assinala ainda SÉRVULO CORREIA, dos pressupostos acima enunciados, “(...) não tem que inferir-se a pura e simples inexistência do poder de não adjudicar por razões alheias à qualidade das propostas dos concorrentes. Acontece – isso sim – que esse poder não emerge de uma situação de total desvinculação da Administração perante os concorrentes” – *ob. cit.*, pp. 701-702.

23 Cf. *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1997, pp. 219-220.

“(…) se obriga, nos exatos termos formulados na lei e no programa do concurso, a escolher um adjudicatário e a contratar, desde que seja apresentada uma proposta que a satisfaça”²⁴, de tal modo que a decisão de não adjudicação sem fundamento válido constitui “(…) incumprimento da obrigação assumida pelo ato de abertura de concurso”²⁵.

No mesmo sentido se pronunciam ainda MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, quando referem que, “(…) com a abertura do procedimento, e só com isso (...), a entidade adjudicante já fica legalmente vinculada ou comprometida (...) a outorgar o benefício ou a celebrar o contrato que constituem seu objeto àquele (ou com aquele) dos concorrentes que oferecer a melhor proposta, segundo o critério de adjudicação (...)”²⁶.

VI. Em suma, ainda que dependente da individualização do concorrente adjudicatário, nem por isso deixa de existir um verdadeiro dever de celebrar o contrato, por parte da Administração, e um correlativo direito à celebração, por parte dos concorrentes²⁷.

A existência de um dever de celebração do contrato ou de um dever de adjudicação acha-se, aliás, explicitada ou positivada, desde 2008, no artigo 76.º do CCP, erigindo o ato de adjudicação em *ato legalmente devido* e outorgando ao particular interessado a correspondente tutela em sede de contencioso administrativo²⁸.

24 *Ibidem*, p. 233.

25 *Ibidem*.

26 In *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, p. 806.

27 Chegando até a sustentar a existência de um “compromisso contratual assumido antes da própria celebração do contrato”, cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance”, in *OD*, 2015, tomo IV, p. 858.

28 Assinalando, certamente, este aspeto, cf. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *loc. cit.*, pp. 864-865.



1.3. Relevância, no plano indemnizatório, da vinculação da entidade adjudicante

I. Assente que a publicitação da decisão de contratar implica a vinculação administrativa à conclusão do procedimento adjudicatório e à celebração do contrato com o concorrente que apresentar a melhor proposta, importa agora averiguar qual a projeção, no plano indemnizatório, dessa vinculação.

Deve, a este respeito, começar por referir-se que não existia, no nosso ordenamento jurídico, até há bem pouco tempo, qualquer disposição legal especialmente aplicável à responsabilidade por ato ilícito praticado no âmbito de um procedimento pré-contratual. Na verdade, o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, que dispunha sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, não continha qualquer disposição que se referisse ao tema, o mesmo podendo dizer-se, aliás, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, donde constava o regime jurídico da realização de despesas públicas e da contratação pública que tivesse por objeto a aquisição de bens e serviços, e do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que regulava a contratação – e a execução – de obras públicas, bem como dos diplomas legais que precederam estes últimos.

O novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, veio pela primeira vez introduzir, no nosso ordenamento jurídico, uma norma especial sobre esta matéria, que encontra sede no respetivo artigo 7.º, n.º 2, já alterado, entretanto, pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho. Todavia, este último preceito legal não tem conteúdo próprio, sendo meramente remissivo e de alcance incerto, como adiante se exporá mais desenvolvidamente.

II. A determinação do âmbito da indemnização a cargo das entidades adjudicantes depende, portanto, e antes de mais, da caracterização da modalidade de responsabilidade civil em causa.

Inserindo-se o ilícito praticado pelas entidades adjudicantes no contexto de um procedimento funcionalmente orientado para a adjudicação e a celebração de um contrato, a responsabilidade civil daí emergente deve ser qualificada ou aproximada do instituto da *culpa in contrahendo*, tal como tem sido reconhecido pelo STA.

É certo que alguma doutrina recente tem criticado o recurso ao instituto da *culpa in contrahendo* e ao artigo 227.º do CC para enquadrar a responsabilidade civil pré-contratual das entidades adjudicantes, aparentemente em face de uma certa incompatibilidade com as exigências próprias do Direito Administrativo e a *indução* de um efeito restritivo da tutela indemnizatória dos administrados²⁹. Supomos, porém, que essa crítica só pode ser entendida à luz da *aceção* em que a própria jurisprudência tradicional dos tribunais administrativos, a que já acima fizemos referência, tem tomado aquele instituto e a disciplina jurídica acolhida no artigo 227.º do CC, não procedendo em face de uma adequada compreensão desta matéria, à luz da melhor doutrina civilista (conforme se expõe em seguida).

Com efeito, o artigo 227.º do CC não impõe qualquer limitação legal do âmbito do dano indemnizável ao interesse contratual negativo, ao contrário do que sucede, por exemplo, em face do artigo 1338.º do *Codice Civile*, onde se determina que determina que a parte que conheça uma causa de invalidade do contrato e não informe a outra é obrigada “a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua

29 Cf. VERA EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes*, Coimbra, 2013, pp. 617-618, e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *loc. cit.*, p. 858.



colpa, nella validità del contratto”, o que tem sido entendido como uma limitação *ex lege* do dano indemnizável.

E, da perspectiva da desejável coerência e unidade do sistema jurídico, não vemos nenhuma vantagem em *descartar* as virtualidades oferecidas pela dogmática civilística solidamente construída em torno do instituto da *culpa in contrahendo*, desde que observadas as exigências advenientes do Direito europeu em matéria de contratação pública³⁰.

III. Assim, e como já referido, a *culpa in contrahendo* encontra-se consagrada, entre nós, no artigo 227.º do CC, cujo n.º 1 determina que quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve proceder segundo as regras da boa fé. Trata-se de uma cláusula geral, de conteúdo indeterminado, a respeito da qual, como previne ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, seria estéril o esforço para “(...) discorrer em termos centrais”³¹.

Tendo em conta, todavia, o percurso de evolução histórica e concretização jurisprudencial, pode desdobrar-se, ainda com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a aplicação do princípio da boa fé, na fase pré-contratual, no seguinte catálogo de deveres³²:

- a) Deveres de segurança – quem intervenha na preparação e formação de um contrato deve evitar que daí possam advir danos para a pessoa ou o património dos demais intervenientes;

30 Exigências essas que apenas imporão alteração ao regime da *culpa in contrahendo*, quando muito, no que concerne à dispensa do pressuposto da culpa – cf. secção 2.1. *infra*.

31 In *Tratado de Direito Civil - II*, Parte Geral, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 216.

32 Cf. *Tratado...*, cit., pp. 216-220, e *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1984, pp. 546 e ss..

- b) Deveres de informação – os intervenientes na preparação e formação de um contrato devem, igualmente, prestar a informação necessária para a concretização do contrato, que pode abranger aspetos atinentes às pessoas dos contratantes, ao objeto do contrato ou ainda a matéria conexa;
- c) Deveres de lealdade – neste plano, a boa fé impõe que, quem negocie um contrato, não adote condutas aptas a induzir os demais intervenientes em erro ou que se desviem do propósito de obtenção de um consenso e consequente celebração do contrato.

Embora este catálogo de deveres pré-contratuais tenda a ser aceite, generalizadamente, pela doutrina da especialidade e pela jurisprudência dos tribunais superiores, os respetivos conteúdo e intensidade, bem como as consequências jurídicas da sua violação, dependem ainda das situações concretas ou típicas consideradas.

IV. Central, na temática da *culpa in contrahendo*, é o conflito entre a liberdade de (não) contratar, que é uma emanção da autonomia privada (cf. artigo 405.º do CC), e o dever de lealdade na negociação dos contratos, conflito este donde resulta que “(...) a interrupção de negociações para formação de um contrato é, em princípio, lícita”, salvo quando ocorra a frustração por uma das partes da legítima expectativa da outra na conclusão do negócio, em termos considerados desleais³³.

33 Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 6.ª ed, Coimbra, 2017, p. 238.



De acordo com o entendimento tradicional, a *culpa in contrahendo*, em caso de rutura das negociações, constitui uma situação típica de responsabilidade pela confiança, que a doutrina faz depender da verificação cumulativa de quatro pressupostos³⁴:

- a) Uma situação de confiança efetiva do lesado;
- b) Que essa situação de confiança seja imputável à contraparte – ou, mais amplamente, ao lesante –, em termos justificados face aos dados objetivos;
- c) Um investimento de confiança, isto é, a prática de atos externos, juridicamente relevantes, decorrente da confiança gerada;
- d) A boa fé de quem confiou, entendida na perspetiva objetiva e também subjetiva, ou seja, como convicção genuína de quem confiou e, simultaneamente, como cumprimento pelo lesado dos deveres pré-contratuais que sobre si próprio impendiam.

Tratando-se de uma situação típica de responsabilidade pela confiança, a rutura injustificada de negociações permitiria obter apenas uma “(...) indemnização que visa colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse acreditado, sem culpa, na boa fé ou atuação correta da contraparte”³⁵, o que usualmente se traduz pela expressão *dano negativo* ou *de confiança*. Tal indemnização pode não só abranger os danos

34 Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*ob. cit.*, p. 241) e BAPTISTA MACHADO (cf. “Tutela da confiança e “venire contra factum proprium””, in *Obra Dispersa – I*, Braga, 1991, pp. 415-419).

35 Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2009, p. 310.

emergentes, como ainda os lucros cessantes, ou seja, as vantagens que o lesado deixou de auferir “(...) porque não celebrou outros negócios que dependiam da conclusão do que se frustrou ou porque a expectativa deste desviou a sua atividade de outras direções possíveis”³⁶.

V. Aparentemente, portanto, a responsabilidade pela confiança não deve abranger as vantagens que ao lesado adviriam da execução do contrato cuja celebração se frustrou – o chamado interesse contratual positivo –, corroborando, assim, a posição tradicionalmente adotada pela jurisprudência dos nossos tribunais administrativos sobre o âmbito do dano indemnizável em caso de preterição ilícita de um concorrente em concurso público.

No entanto, salvo o devido respeito, não nos parece que tal entendimento possa ser aceite apenas por força da tradição ou de uma apriorística inclinação para a limitação do dano indemnizável, em especial quando o responsável pela indemnização é uma entidade pública. É que não pode albergar-se tal limitação no artigo 227.º, n.º 2, do CC, nem nos artigos 562.º e e ss. do mesmo código, que regulam a obrigação de indemnização independentemente da modalidade de responsabilidade civil de que ela emerge.

Como, de resto, ensinavam já PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, no domínio da *culpa in contrahendo*, “a responsabilidade em que incorre o faltoso obrigá-lo-á, em regra, a indemnizar o interesse negativo (ou de confiança) da outra parte, por modo a colocar esta na situação em que ela se encontraria, se o negócio não tivesse sido efetuado. Mas pode,

36 *Ibidem*.



excepcionalmente, se a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio, a sua responsabilidade tender para a cobertura do interesse positivo (ou de cumprimento) (...)”³⁷.

VI. Desenvolvendo, em novos moldes – e com notável fôlego –, o critério já assinalado pelos citados Mestres de Coimbra, PAULO MOTA PINTO veio, na sua dissertação de doutoramento, enfatizar a necessidade de destriça tipológica entre as diversas situações aglutinadas sob o instituto – apenas aparentemente uniforme – da *culpa in contrahendo*: “afigura-se, assim, mais útil para os nossos propósitos adotar uma classificação das hipóteses de responsabilidade pré-contratual que atenda ao evento danoso – ou, na expressão do artigo 562.º ao definir o princípio geral em matéria de obrigação de indemnização, ao «evento que obriga à reparação». Ora, nos casos de responsabilidade pré-contratual, este evento é a violação de um dever pré-contratual, ou a criação de confiança e/ou a sua frustração (alternativa, esta última, cuja exata dilucidação se afigura cheia de consequências para a distinção entre a indemnização pelo interesse positivo ou pelo interesse negativo). Correspondentemente, o lesado deve ser colocado, nos termos do artigo 562.º, na situação em que estaria se não tivesse sido violado o dever pré-contratual ou não tivesse sido criada (e/ou frustrada) a sua confiança, sendo, pois, hipotizável, segundo as regras gerais e consoante o curso hipotético dos acontecimentos, que a indemnização se refira quer ao interesse negativo, quer ao interesse positivo”³⁸.

37 In *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1987, p. 216.

38 In *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, 2009, pp. 1191-1192.

Desta posição de princípio, há que retirar, pois, ilações para os diversos grupos de casos. Assim, a respeito da rutura de negociações, PAULO MOTA PINTO reconhece que “(...) o comportamento que conduz à indemnização é apenas a criação da confiança, e não a violação de qualquer dever de contratar ou a própria rutura”, pelo que a indemnização corresponderá aí, em princípio, ao interesse contratual negativo³⁹. Aplicando ainda o mesmo critério aos casos de violação das regras de concursos para a celebração de um contrato, e estando em causa a adjudicação ilícita a outro concorrente, ou mesmo a sua revogação ilícita, o Autor assinala a necessidade de “(...) delimitar ainda as hipóteses consoante o autor do concurso estava já vinculado pelas regras deste a celebrar o contrato (pois o anúncio continha uma verdadeira proposta) ou se tratava de um mero convite a contratar (...)”⁴⁰.

É certo que, no trecho citado, PAULO MOTA PINTO se refere, fundamentalmente, aos concursos de direito privado, mas da posição então expendida pelo Autor desde logo resulta a consequência de a indemnização ter como medida o interesse (positivo) na celebração e execução do contrato, desde que o evento lesivo consubstancie a violação de um dever de cuja observância tivesse resultado a celebração do contrato com o lesado, nos termos gerais do artigo 562.º do CC.

Aliás, noutro local – versando diretamente sobre casos de contratação pública –, PAULO MOTA PINTO não deixa de reconhecer que, “(...) quando

39 *Ibidem*, p. 1345. O Autor, todavia, admite situações excecionais em que “(...) a vinculação pré-contratual se tenha densificado já ao ponto de ter surgido um verdadeiro dever de conclusão do contrato (...)”, caso em que será indemnizável o interesse contratual positivo (*ibidem*, p. 1347).

40

Ibidem, p. 1357.



o prejuízo alegado decorre de o lesado não ter vencido o concurso (adjucação ilícita a outro concorrente) ou de aquele ter sido ilegitimamente revogado (revogação ilícita)”, se suscita, realmente, “(...) o problema das condições para a exigência, pelo lesado, de uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo, no que, pensamos, não é mais do que uma aplicação do critério (que vale para a medida da responsabilidade no caso de não conclusão do contrato em geral) da existência de um dever de conclusão”⁴¹.

VII. Conforme se expôs acima, não é questionável a existência, em geral, de um dever de celebrar o contrato, ou seja, um dever de prosseguir o procedimento pré-contratual e de escolher a melhor proposta com vista à celebração do contrato, conquanto essa proposta não se situe aquém dos patamares de exigência previamente fixados pela própria entidade adjudicante.

Assim, a boa orientação vai no sentido de afirmar o direito do concorrente preterido a uma indemnização pelo interesse contratual positivo, desde que, naturalmente, se achem satisfeitos os respetivos pressupostos e, em especial, o nexo de causalidade entre o ilícito e o dano.

No entanto, se a conformação destes dois pressupostos da responsabilidade civil já suscita, em geral, dificuldades consideráveis, tais dificuldades exacerbam-se ainda no domínio da contratação pública e da responsabilidade civil das entidades adjudicantes, como se verá em seguida.

41 In “Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização)”, in *Estudos de Contratação Pública – II* (coord. PEDRO GONÇALVES), Coimbra, 2010, pp. 288-289.

2. A OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAR EMERGENTE DA PRETERIÇÃO ILÍCITA DE CONCORRENTE

1.1. O artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE

I. Apesar de o Código dos Contratos Públicos (CCP) prever, nalguns artigos, obrigações de indemnizar a cargo da entidade adjudicante (cf. artigos 27.º, n.º 6, 76.º, n.ºs 1 e 3, 79.º, n.º 4, e 105.º, n.º 3), nenhuma delas se refere, propriamente, à preterição ilícita de um concorrente. Como tal, deve, aliás, afastar-se, desde já, a ideia segundo a qual se poderia extrair, dessas várias disposições, um princípio de limitação da indemnização, nos procedimentos adjudicatórios públicos, ao interesse contratual negativo.

O que se compreende, de resto, da perspetiva da harmonia do sistema, dado que sobre a matéria versa, conforme se verá em seguida, o artigo 7.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEE).

II. Com efeito, no que se refere à responsabilidade civil das entidades adjudicantes por facto ilícito, o ponto de partida, no plano do Direito positivo, é dado pelo artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE. Todavia, não obstante o legislador ter adotado disposição expressa sobre esta matéria, a verdade é que a mesma não tem conteúdo precativo próprio, sendo meramente remissiva: na versão originária, a remissão do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE era feita para os termos gerais da responsabilidade civil da Administração, constantes do próprio RRCEE, e hoje é feita para as regras de Direito da União Europeia aplicáveis.

Relativamente ao regime geral da responsabilidade pela violação do Direito da União Europeia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) tem-se limitado a afirmar, no essencial, que a mesma assenta em três pressupostos, a saber: “(...) que a regra de direito violada tenha por obje-



to conferir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada^[42] e, por último, que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas^{”43}.

No mesmo aresto, o TJ não deixou de assinalar, porém, que “(...) a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do Direito Comunitário (...)”⁴⁴.

III. Já no domínio específico da contratação pública, a Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de contratos de direito público, apenas estabelece que os órgãos jurisdicionais devem dispor da faculdade de atribuir indemnizações aos lesados, não regulando os termos em que essas indemnizações devem ser atribuídas – cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da referida diretiva.

Por sua vez, a Diretiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992 – relativa aos processos de recurso referentes a contratos públicos a

42 A definição de violação suficientemente caracterizada apresenta-se complexa, devendo ser tidos em conta, conforme se lê no mesmo aresto, elementos tão diversos como “(...) o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adotadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adoção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário” – in Ac. do TJ de 05.03.96, processo C-46/93 (“Brasserie du Pêcheur”), n.º 56.

43 In Ac. do TJ de 05.03.96 (“Brasserie du Pêcheur”), n.º 51. Sobre a responsabilidade civil pela violação do Direito da União Europeia, cf. também, nomeadamente, os Acs. do TJ de 13.11.1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90 (“Francovich”), de 05.03.1996, processo C-48/93 (“Factortame III”), de 23.05.1996, processo C-5/94 (“Lomas”), e de 08.10.1996, processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94 (“Dillenkofer”).

44 In Ac. do TJ de 05.03.96 (“Brasserie du Pêcheur”), n.º 87.

celebrar pelas entidades que operam nos habitualmente designados sectores excluídos (água, energia, transportes e telecomunicações) – contém, efetivamente, uma disposição especial em matéria de responsabilidade civil, embora limitada ao interesse contratual negativo, estatuidando que a indemnização pelos custos incorridos pelo concorrente preterido “com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato” depende, unicamente, da verificação da ilicitude (objetiva) da conduta lesiva adotada pela Administração e da demonstração de uma “possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato”, que tenha sido prejudicada por efeito daquela conduta (cf. artigo 2.º, n.º 7).

Estas disposições mantêm-se inalteradas na revisão das referidas diretivas operada pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, transposta para a ordem jurídica interna através do Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

Importa aqui esclarecer que a alusão, constante da Diretiva 92/12/CEE, ao interesse contratual negativo não pode ter por efeito uma redução do âmbito da indemnização que resultaria da aplicação do Direito interno e das respetivas regras gerais de responsabilidade civil, nem sequer quanto aos contratos diretamente abrangidos por essa diretiva, tendo a mesma, inequivocamente, uma finalidade garantística, ou ampliativa, do âmbito da responsabilidade das entidades adjudicantes e não uma finalidade restritiva⁴⁵.

IV. Decorre do exposto que a determinação do regime da responsabilidade civil das entidades adjudicantes continua a não dispensar, mesmo depois

45 O artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE parece ter em vista, sobretudo, os Direitos nacionais em que a atribuição de uma indemnização, mesmo limitada ao interesse contratual negativo, dependeria, de acordo com as regras gerais dos respetivos sistemas de responsabilidade civil, da demonstração da elevada probabilidade de êxito do concorrente preterido, não fora o ilícito verificado. O artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE serve, ainda, o óbvio propósito de dispensar o pressuposto da culpa da entidade adjudicante, facilitando, também por essa via, a obtenção de uma indemnização.



da entrada em vigor do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE – e da correspondente remissão para o Direito da União Europeia –, que sejam consideradas as regras gerais que integram o sistema de responsabilidade civil português.

Em especial, inserindo-se o ilícito praticado pelas entidades adjudicantes no contexto de um procedimento funcionalmente orientado para a adjudicação e a celebração de um contrato, a responsabilidade civil daí emergente deve ser qualificada ou aproximada ao instituto da *culpa in contrahendo*, como já referiu acima e tem sido salientado, acertadamente, pela jurisprudência dos nossos tribunais administrativos⁴⁶.

Como também já se referiu, a *culpa in contrahendo* encontra-se consagrada, entre nós, no artigo 227.º do CC, cujo n.º 1 determina que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve proceder segundo as regras da boa fé”. A sujeição da atividade administrativa ao princípio da boa fé não oferece, aliás, qualquer dúvida, atendendo, desde logo, ao disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição⁴⁷.

46 Cf. secção 1.3. *supra*. Propugnando o afastamento do instituto da *culpa in contrahendo*, cf. VERA EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar...*, cit., pp. 617 e ss. Pela nossa parte, recusamos uma suposta suficiência de determinadas normas reguladoras da obrigação de indemnizar a cargo das entidades adjudicantes para delimitar o âmbito da indemnização: esse exercício nunca poderá dispensar a inserção de tais normas no sistema ou subsistema de responsabilidade civil convocável e, em especial, o apelo ao instituto da *culpa in contrahendo*.

47 Antes do acolhimento constitucional e legal do princípio da boa fé, no domínio da atividade administrativa, referia já FAUSTO DE QUADROS: “Também a Administração Pública está obrigada a obedecer à *bona fide* nas relações com os particulares. Mais: ela deve mesmo dar, também aí, o exemplo aos particulares da observância da boa fé, em todas as suas várias manifestações, como núcleo essencial do seu comportamento ético” (in “O concurso público na formação do contrato administrativo”, in *ROA*, 1987, p. 725). Lugares de destaque, no processo de afirmação da sujeição da Administração aos deveres da boa fé e à *culpa in contrahendo*, merecem também o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 138/79, de 20 de dezembro, e o conhecido caso da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa (cf. *A Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, AA.VV., Lisboa, 1995, *passim*). Sobre a sujeição da Administração ao princípio da boa fé, vide PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011, *passim* e pp. 207 e ss.

V. Esta problemática já foi abordada acima, tendo-se concluído cabalmente que não é questionável a existência, em geral, de um dever de celebrar o contrato, ou seja, um dever de prosseguir o procedimento pré-contratual e de escolher a melhor proposta com vista à celebração do contrato, conquanto que essa proposta não se situe aquém dos patamares de exigência previamente fixados pela própria entidade adjudicante.

De outra forma, aliás, não se compreenderia a existência de uma reserva de não adjudicação por motivos de interesse público, hoje limitada às hipóteses contempladas no artigo 79.º do CCP. Recorde-se ainda que a própria lei, no artigo 76.º, n.º 1, do CCP, refere-se expressamente a um dever de adjudicação.

A esta luz, é hoje ainda mais fácil acompanhar a posição de SINDE MONTEIRO, quando referia, há já muito tempo, que “(...) a indemnização parece dever orientar-se pelo interesse positivo na hipótese de ilícita/culposa não adjudicação de um contrato em concurso público”⁴⁸, desde que, naturalmente, se achem verificados os respetivos pressupostos e, em especial, o nexo de causalidade entre o ilícito e os lucros cessantes⁴⁹.

Importa, portanto, arredar, definitivamente, o preconceito, tradicionalmente apregoado, da limitação apriorística do âmbito da indemnização ao interesse negativo, na *culpa in contrahendo*, devendo o critério determinante do âmbito da indemnização residir na existência, ou não, de um dever de celebração do contrato e na exigência, com alcance geral, de congruência entre o evento lesivo e a indemnização (cf. artigos 562.º

48 Cf. “Culpa in contrahendo”, in *CJA*, n.º 42 (2003), p. 12.

49 Quando este pressuposto faltar – seja em face dos parâmetros normalmente adotados em matéria de causalidade, seja em face de uma noção de causalidade mais flexível, quando tal se considere admissível –, quedará o direito a indemnização pelas despesas frustradas, nos termos do artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE.



do CC e 3.º, n.º 1, do RRCEE)⁵⁰. Mas, sendo assim, torna-se necessário aprofundar a análise e procurar apreender – ou desmistificar – as razões que têm contribuído, na prática, para impedir uma plena afirmação, ou concretização jurisprudencial, desta posição de princípio.

1.2. A (limitada) discricionariedade das entidades adjudicantes

I. Uma das razões que, a nosso ver, têm contribuído, mesmo que subliminarmente, para as hesitações da jurisprudência neste domínio é a ideia segundo a qual a decisão de adjudicação, e a consequente celebração do contrato objeto do procedimento, radicam numa ampla margem de livre apreciação, ou discricionariedade de escolha, por parte da entidade adjudicante⁵¹, especialmente quando esteja em causa o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, na vertente da melhor relação qualidade-preço (em que o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar)- cf. artigo 74.º, n.º 1, alínea a), do CCP⁵². No entanto, este ponto de vista só muito residualmente pode hoje encontrar apoio no regime jurídico aplicável.

50 A própria jurisprudência do STJ tem, aliás, afirmado que a indemnização fundada em responsabilidade civil pré-contratual pode ter por medida, em determinados casos, o interesse contratual positivo, nomeadamente, quando as negociações tenham atingido um desenvolvimento tal que o acordo se encontre substancialmente alcançado e pendente apenas de formalização – cf. o aresto tirado em 26.01.2006, publicado, com anotação favorável de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, in *CDP*, n.º 20 (2007), pp. 26 ss, e o acórdão de 27.09.2012, proferido no proc. n.º 3729/04.0TVLSB.L1.S1.

51 Neste sentido, mas em face de um quadro normativo muito diverso e já longínquo no tempo, vide SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, cit., pp. 696 e ss.

52 Sobre a modificação do artigo 74.º do CCP operada pela revisão de 2017, que em virtude de uma alteração *cosmética* ou meramente terminológica imposta pelas diretivas europeias deixou de consagrar a tradicional distinção entre os critérios de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, por um lado, e do mais baixo preço, por outro, sem que com isso tenha impossibilitado a adjudicação apenas com base no preço mais baixo – cf. alínea b) do n.º 1 do referido preceito legal –, vide JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “O «novo» critério de adjudicação na revisão do Código dos Contratos Públicos: a proposta economicamente mais vantajosa (Parte I – o artigo 74.º)”, in *RDA*, n.º 2 (maio/agosto 2018), pp. 5 e ss.

Com efeito, sabe-se que uma das consequências da transposição para o Direito interno das diretivas europeias em matéria de contratação pública – plasmada, hoje em dia, no CCP –, foi o reforço das exigências de enunciação e publicitação dos fatores e subfatores de adjudicação e dos elementos que devem preenchê-los, bem como do respetivo coeficiente de ponderação (isto é, o peso relativo de cada subfator no fator de adjudicação respetivo e, por essa via, no juízo global de avaliação e graduação das propostas)⁵³.

Assim, se subjacente à determinação do critério, bem como dos fatores e eventuais subfatores de apreciação das propostas, há de estar, naturalmente, a intenção da entidade adjudicante de eleger o concorrente que ofereça melhores garantias de satisfação da necessidade pública concretamente em causa, a concretização dessa intenção é, em larga medida, objetivizada, referindo-se a avaliação “aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência” – cf. artigos 42.º, n.º 3, e 75.º, n.º 1, do CCP.

II. Acresce que o CCP veio conferir o máximo de concretização possível aos princípios da concorrência, da imparcialidade e da transparência, no que se refere à avaliação das propostas. Efetivamente, o legislador nacional não se bastou com a exigência de explicitação do critério de adjudicação, bem como, quando seja adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa (na vertente da melhor relação qualidade-preço), dos fatores e eventuais subfatores de apreciação das propostas e

53 Cf. artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º do CCP. No direito progressivo, vide o artigo 66.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e os artigos 89.º, alínea l), e 94.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.



dos respetivos coeficientes de ponderação. A lei impõe que seja adotado um verdadeiro modelo de avaliação⁵⁴, de que resultam, necessariamente, uma pontuação global da proposta e pontuações parciais, relativas a cada fator ou subfator elementar – cf. artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 2, do CCP –, pontuações estas expressas numericamente e determinadas de acordo com uma escala de pontuação definida, para cada fator ou subfator elementar, “(...) através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência (...)” – cf. artigo 139.º, n.º 3, do CCP.

Além disso, o legislador não deixou de esclarecer que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da expressão matemática contida no modelo de avaliação, ou através de um juízo de comparação do atributo da proposta concretamente considerado com o conjunto ordenado de atributos suscetíveis de serem propostos – que integre, em alternativa à expressão matemática, esse modelo –, sendo a pontuação global da proposta obtida através da multiplicação das pontuações parciais pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação – cf. artigo 139.º, n.ºs 5 e 2, do CCP.

III. Significa isto que a avaliação das propostas dos concorrentes, mesmo de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa (na vertente da melhor relação qualidade-preço), assenta hoje, em boa medida, não no preenchimento de conceitos indeterminados, mas em me-

54 Como bem salienta RICARDO PEDRO, “(...) não se trata de qualquer modelo de avaliação, ou seja, sem prejuízo da discricionariedade permitida (em certos momentos) às entidades adjudicantes, o legislador não deixou de as vincular a certos parâmetros na definição do modelo de avaliação” – cf. “Critérios de adjudicação no Código dos Contratos Públicos (revisto)”, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos* (coord. CARLA AMADO GOMES/RICARDO PEDRO/TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA), Lisboa, 2017, p. 511.

ros juízos verificativos ou de “accertamento”, a empreender com base em instrumentos e conhecimentos científicos e técnicos, que se reconduzem ao reduto da tradicionalmente designada discricionariedade técnica.

A avaliação das propostas comporta, portanto, uma dimensão meramente verificativa muito para além dos fatores de avaliação tradicionalmente reconhecidos como puramente objetivos⁵⁵, como o preço ou o prazo de execução, uma vez que a liberdade de apreciação, ou de avaliação, pode ter-se esgotado – ou reduzido significativamente – na prévia elaboração do modelo de avaliação.

Em face da natureza diversa dos fatores e eventuais subfatores de avaliação das propostas, e do grau de exigência legal quanto à densificação do modelo de avaliação, deixou de ter justificação o dogma da genérica insindiciabilidade contenciosa da atividade de avaliação e graduação das propostas dos concorrentes e da conseqüente decisão de adjudicação, salvo no que respeite à respetiva legalidade externa ou à eventual ocorrência de erro grosseiro ou manifesto ou de violação dos princípios gerais aplicáveis⁵⁶.

IV. Com efeito, e em resultado da exigência de um modelo de avaliação imposta pelo CCP, nos termos acima descritos, não estará propriamente em causa, em muitas situações, uma substituição da Administra-

55 Assinalando que “(...) na fase de avaliação, é possível constatar a interseção de momentos juridicamente vinculados e momentos caracterizados pela intervenção de juízos de natureza intrinsecamente não objetiva e indefinida (discricionária)” e reconhecendo “(...) o esforço do legislador em «automatizar» ou «objetivar» a avaliação (...)”, ainda que algum reduto de discricionariedade seja ineliminável, cf. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, cit., pp. 807-808. E, como enfatiza ainda este Autor, especialmente no que concerne aos juízos de carácter não vinculado e não objetivo, não pode deixar de exigir-se que “(...) o órgão adjudicante apresente fundamentos objetivos e esclarecidos sobre o sentido das suas decisões (...)” – *ob. cit.*, p. 808.

56 Cf., no sentido da orientação tradicional, *inter alia*, o aresto tirado pelo STA em 02.12.2004, relativo ao proc. n.º 48079.



ção que pudesse contender com a respetiva liberdade de apreciação e a reserva constitucional da atividade administrativa. O que estará em causa, normalmente, é uma reconstituição do concreto exercício dessa apreciação, mediante a observância, precisamente, dos parâmetros e dos termos plasmados, antecipadamente, no modelo de avaliação⁵⁷.

Por outro lado, deverá ainda ter-se presente a necessária distinção entre a tutela meramente ressarcitória e a tutela reintegradora dos concorrentes ilicitamente preteridos, sendo que, quando se trate de apreciar unicamente uma pretensão indemnizatória, não poderá haver lugar, mesmo em tese, ao exercício, pelo tribunal administrativo, de poderes de anulação, condenação ou substituição da Administração no desempenho de funções que lhe estejam reservadas⁵⁸.

Como tal, nenhum princípio constitucional obsta, nem sequer em abstrato, a que o juiz administrativo determine, segundo um juízo de

57 A avaliação das propostas, de acordo com os parâmetros e termos do modelo de avaliação, deve ser reconduzida – pelo menos, nalguma medida (cf. nota 54 supra) – ao plano da discricionariedade técnica, cuja equiparação à verdadeira e própria discricionariedade só pode assentar num critério funcional (a insusceptibilidade de substituição pelo juiz administrativo de um juízo irredutivelmente opinativo ou subjetivo) e não numa identidade ontológica, que inexistente. Mas esta zona de sobreposição funcional tenderá hoje a regredir, com o alargamento dos meios de prova no contencioso administrativo e a admissibilidade de recurso à prova pericial. Tal evolução é patente, nomeadamente, na jurisprudência e na doutrina italianas, em que o âmbito de insindicabilidade reconhecido à discricionariedade técnica tem vindo a diminuir – cf. ROBERTO CARANTA, *Attività Amministrativa ed Illecito Aquiliano – La Responsabilità della Pubblica Amministrazione dopo la L. 21 Luglio 2000*, n.º 205, Milão, 2001, pp. 112 ss, CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Turim, 2002, pp. 380-381, FRANCESCO CARINGELLA *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Milão, 2007, pp. 959 ss, ELIO CASETTA/FABRIZIO FRACCHIA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12.ª ed., Milão, 2010, pp. 383 ss, e ROBERTO CHIEPPA/ROBERTO GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, 2011, pp. 360 e ss.

58 Este dado é tanto mais evidente quanto a indemnização em dinheiro tende a ser arbitrada em face da impossibilidade de obtenção da indemnização em espécie, em resultado da invocação pela entidade adjudicante de causa legítima de inexecução da sentença anulatória e da consequente inviabilidade da reinstrução procedimental.

prognose póstuma, qual teria sido o mérito reconhecido à proposta do concorrente ilicitamente preterido, se o ilícito em causa não tivesse sido cometido pela entidade adjudicante.

V. Em suma, pode concluir-se que a natureza dos poderes exercidos pela entidade adjudicante na avaliação e graduação das propostas não constitui, por si só e de um modo geral, obstáculo ao reconhecimento do direito do concorrente ilicitamente preterido a ser indemnizado pelos lucros cessantes que adviriam da execução do contrato objeto do procedimento, mesmo quando seja adotado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa (na vertente da melhor relação qualidade-preço).

Tudo depende, na verdade, da situação concretamente considerada, ou seja, dos atributos da proposta em causa, dos termos do modelo de avaliação adotado e do posicionamento relativo (mais ou menos distante entre si) dos diferentes concorrentes.

1.3. A tendencial inaplicabilidade da regra da *compensatio lucri cum damno*

I. A jurisprudência dos nossos tribunais administrativos tem amiúde suscitado dúvidas sobre a ressarcibilidade, em geral, dos lucros cessantes que teriam sido obtidos, pelo concorrente ilicitamente preterido, através da execução do contrato objeto de um dado procedimento pré-contratual, invocando a preservação da capacidade produtiva do concorrente lesado e a respetiva faculdade, mesmo abstrata, de participar noutros procedimentos pré-contratuais e de vir a executar os correspondentes contratos⁵⁹.

⁵⁹ Cf. nota 4 *supra*. Já no sentido da orientação que aqui reiteramos, cf. o acima mencionado acórdão do TCA Sul de 24.11.2016 (proc. 13.745/16).



Não são claros, todavia, o fundamento normativo e o enquadramento dogmático dessa orientação jurisprudencial, que nos parecem indispensáveis à compreensão e à análise do problema. Em causa está, substancialmente, a regra da *compensatio lucri cum damno*, que apesar de não se encontrar positivada entre nós não deve, por essa razão, deixar de ser aplicada, na medida em que possa ser considerada inerente ao funcionamento do sistema e, designadamente, à relevância da situação atual hipotética e do nexo de causalidade (cf. artigos 562.º e 563.º do CC).

No entanto, o preciso conteúdo e o alcance dessa regra estão, há mais de um século, envoltos numa controvérsia interminável, detetando-se uma grande indefinição quanto às situações em que a mesma deve encontrar aplicação⁶⁰.

II. Pode, em qualquer caso, afirmar-se que o sentido essencial da *compensatio* é evitar que o lesado enriqueça, ou seja, impedir que a prática do facto lesivo, cumulado com a indemnização, tenham por efeito colocar o lesado numa situação melhor do que aquela em que estaria se o mesmo facto não tivesse ocorrido. Daqui resulta, desde logo, que a identificação das vantagens ou dos benefícios a compensar – na prática, a deduzir do *quantum* indemnizatório – não pode ser efetuada, simplesmente, com recurso à teoria da diferença (cf. artigo 566.º, n.º 2, do CC). É que, conforme assinala LUÍS MENEZES LEITÃO, não se justifica “(...) admitir essa possibilidade nos casos em que o lucro não provém do facto que produziu o dano mas sim de outro facto”⁶¹.

60 Sobre o tema, entre nós, vide, em especial, PAULO MOTA PINTO, Interesse Contratual..., cit., pp. 710 e e ss..

61 In *A Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, 2005, p. 278.

Embora assumindo uma posição de princípio favorável à relevância da *compensatio*, também ANTUNES VARELA logo adverte, incisivamente: “(...) torna-se mister, no entanto, que entre o facto danoso e a vantagem obtida pelo lesado haja um verdadeiro nexo de causalidade e não uma simples coincidência accidental, fortuita ou casual”⁶². Por outras palavras, é indispensável, pelo menos, que o facto lesivo tenha constituído *conditio sine qua non* da vantagem ou do benefício a compensar ou mesmo que aquele se constitua causa adequada destes últimos⁶³. Deste modo, se a vantagem ou o benefício em causa tiverem sido obtidos na ausência do facto lesivo ou se a respetiva obtenção não decorreu, segundo um critério de probabilidade ou normalidade, do facto lesivo, nada há a compensar.

Especialmente problemáticos, aliás, são os casos em que a vantagem ou o benefício não resultam diretamente do facto lesivo, mas pressupõem a mediação da atividade lucrativa do lesado, como sucede nas situações de responsabilidade que diretamente nos ocupam. A esse propósito, ensina ainda ANTUNES VARELA que, se a vantagem em causa “(...) provém de um ato lucrativo praticado pelo próprio lesado, em termos que transcendem o dever acessório de conduta resultante do disposto no artigo 570.º (...) não haverá lugar à *compensatio*”⁶⁴.

No mesmo sentido, mais recentemente, se pronuncia também PAULO MOTA PINTO, que dá nota do insucesso de todos os critérios e fórmulas gerais ensaiados a respeito da *compensatio*⁶⁵ e conclui pela necessidade de uma abordagem valorativa e tipológica⁶⁶, referindo que “a «compen-

62 In *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 937-938.

63 Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, cit., p. 773.

64 In *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 938.

65 *Interesse Contratual...*, cit., pp. 767 e e ss..

66 *Ibidem*, pp. 775 e e ss. e p. 803.



sação de vantagens» resultantes da conduta do lesado está, pois, sujeita a um critério específico, prevalecente sobre a adequação ou a probabilidade da vantagem, e que resulta dos ónus que impendem sobre o lesado de não contribuir para a produção ou agravamento dos danos – embora a determinação destes possa não ser fácil no caso concreto⁶⁷.

III. A resposta a este problema parece dever situar-se, assim, no plano axiológico e valorativo e não tanto na perspetiva da unicidade da fonte geradora do dano e da própria vantagem a compensar. Nesse plano, poderíamos ser tentados a discorrer sobre a questão, procurando avaliar se, da culpa do lesado, decorre para este, implicitamente, um verdadeiro dever de mitigar os danos incorridos ou um mero dever de não agravar os efeitos da lesão⁶⁸. A distinção, todavia, poderia revelar-se mais aparente do que real e não esgotar a margem de controvérsia.

Com efeito, admitindo que a exclusão dos danos imputáveis ao lesado constitui expressão do princípio geral da boa fé ou, como se lê no segundo parágrafo do artigo 1227.º do *Codice Civile*, de um dever de ordinária diligência cuja inobservância determina a imputação das respetivas consequências ao próprio lesado⁶⁹, a conformação exata desse dever há de depender das circunstâncias concretas do caso e da projeção sobre estas daquele princípio geral. Se é evidente que, na generalidade das si-

67 *Ibidem*, p. 783.

68 Neste último sentido, vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., p. 938, nota 3.

69 A redação do preceito legal citado – inserido, sistematicamente, no domínio do não cumprimento das obrigações, mas aplicável à responsabilidade delitual ex vi do artigo 2056.º do CCI – é a seguinte: “Valutazione dei danni. – Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. [§] Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza.” – cf. artigo 570.º, n.º 1, do nosso CC.

tuações, não será exigível ao lesado que *corra atrás do prejuízo* e atenuar os efeitos negativos que não lhe são imputáveis – o próprio preceito da lei italiana, aliás, exclui da indemnização, literalmente, apenas os danos que o lesado não tenha podido evitar –, já não parece que deva afastar-se em absoluto, de forma apriorística, a possibilidade de esse dever se perfilar como um verdadeiro dever de mitigação ou atenuação do dano.

Em particular, quando esteja em causa um ato lucrativo, inserido na atividade profissional ou comercial do lesado, e que este não poderia ter praticado ou alcançado não fora o ilícito ocorrido, mas que haja sido – ou pudesse ter sido – obtido, na situação concretamente considerada, usando de normal diligência, não se vê por que razão a boa fé objetiva não se há de projetar aqui sob a forma de um dever de mitigação do dano. Pelo contrário, o que nos parece que seria chocante seria permitir ao lesado que deixasse de exercer a sua atividade normal e de prosseguir as novas oportunidades lucrativas entretanto surgidas, tendo assegurada uma indemnização fundada, precisamente, na não concretização, e na correspondente não execução, de outro negócio lucrativo.

A responsabilidade civil desempenha, pelo menos acessoriamente, uma função preventiva ou punitiva que não se concilia facilmente com a impunidade do ato ilícito gerador de danos, mas também não pode premiar a inércia dos agentes económicos.

De uma perspetiva mais formal, poderá até afirmar-se que, no grupo de casos aqui considerado – em especial, quando o contrato cuja oportunidade de celebração se gorou seja de duração prolongada –, nem sequer se trata de mitigar ou atenuar danos sofridos, mas, verdadeiramente, de evitar a verificação dos lucros cessantes que futuramente adviriam da normal execução desse contrato. Dir-se-ia, impressivamente, que os lucros cessantes do contrato que deixou de celebrar-se e os lucros adve-



nientes de contrato equiparável efetivamente celebrado (ou que deveria tê-lo sido) são fungíveis entre si.

IV. Assim, constata-se que, embora de forma pouco fundamentada ou explicitada, as reservas suscitadas, a este respeito, na jurisprudência dos nossos tribunais administrativos, radicam numa posição de princípio correta.

Desta conclusão não se segue, contudo, que se possa acompanhar em toda a linha a posição normalmente expressa nessa jurisprudência ou as consequências que dela se extraem, exageradamente limitativas do direito a indemnização. E isto por várias razões.

Em primeiro lugar, a *compensatio* pressupõe que o lesado tenha alcançado uma vantagem efetiva de alguma forma causalmente conectada com o facto lesivo ou que, de modo censurável, se tenha absterido de colher os proveitos de uma vantagem efetiva. Por isso, a manutenção da aptidão ou capacidade lucrativa não é, em si mesma, uma vantagem que possa ser compensada com o dano incorrido pelo concorrente ilícitamente preterido. Como elemento de certeza, esta situação só tem os custos inerentes em que o concorrente não deixará de incorrer.

Em segundo lugar, a verificação de uma vantagem compensável também não se confunde com a possibilidade abstrata de participação num procedimento para a adjudicação de outro contrato. A relevância, para este efeito, da mera possibilidade de participação e adjudicação de outro contrato enfrenta as mesmas dificuldades da demonstração da responsabilidade pela frustração da celebração do contrato em cujo procedimento o concorrente tenha sido preterido. Com a dificuldade acrescida de que, não tendo o lesado chegado a participar no novo procedimento,

se torna ainda mais difícil, na generalidade dos casos, formular qualquer juízo quanto à respetiva probabilidade de êxito⁷⁰.

Em terceiro lugar, mesmo tendo o particular lesado concorrido e logrado obter a adjudicação noutra procedimento, a *compensatio* depende ainda da demonstração de que, não fora a preterição no primeiro procedimento, o mesmo particular não teria tido a possibilidade de se apresentar no segundo procedimento ou, pelo menos, de fazê-los nos termos que determinaram o sucesso aí alcançado. De outra forma, soçobra o pressuposto da relação de causalidade entre o ilícito cometido e a vantagem auferida. Este pressuposto será, hoje em dia, ainda mais difícil de demonstrar, tendo em conta a genérica admissibilidade do recurso à subcontratação na execução dos contratos públicos e, em especial, para efeitos de qualificação.

Em quarto e último lugar, parece claro que, mesmo nas situações, seguramente raras, em que a *compensatio* possa ser invocada contra o concorrente ilicitamente preterido, esta configura-se como facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito a indemnização e, como tal, a sua invocação constitui ónus da entidade demandada, não sendo de conhecimento oficioso (cf. artigo 342.º, n.º 2, do CC). Mesmo admitindo aqui alguma contemporização nas exigências de prova normalmente aplicáveis, estamos, certamente, muito longe de uma presunção geral de verificação do condicionalismo em que pode ocorrer a *compensatio*.

70 Só em casos contados, portanto, pode conceber-se o recurso à *compensatio* com fundamento na não participação do concorrente preterido noutra procedimento adjudicatório. Isso só será possível, em princípio, quando se trate de procedimentos substancialmente idênticos, entre os quais diste pouco tempo de intervalo e em que a proposta apresentada no primeiro procedimento permita, desde logo, evidenciar uma vantagem inequívoca comparativamente com as propostas apresentadas pelos concorrentes no segundo procedimento.



V. Em síntese, radicando, ainda que implicitamente, num pressuposto correto, a redução ou a recusa de indemnização ao concorrente preterido, com fundamento abstrato na manutenção da respetiva capacidade produtiva, extravasa, efetivamente, aquilo que são os limites aceitáveis da aplicação da *compensatio*.

Refira-se, aliás, que não se retira dos dados do direito positivo qualquer habilitação para reduzir o montante da indemnização por lucros cessantes, quando seja devida, para além dos precisos limites da *compensatio*. Pelo contrário, aproximando a situação vertente da resolução do contrato por razões de interesse público, ou do resgate da concessão, deve ter-se presente que, nos termos dos artigos 334.º, n. 2, e 422.º, n.º 5, do CCP, respetivamente, o montante dos lucros cessantes deve apenas ser deduzido do benefício (financeiro) que resulte da antecipação dos ganhos previstos.

3. BALANÇO FINAL E DIRETRIZES PARA A DETERMINAÇÃO DA INDEMNIZAÇÃO

I. Do acima exposto resulta, em suma, alguma indeterminação do direito positivo aplicável e flutuações jurisprudenciais, sem que se justifique uma recusa apriorística da indemnização do interesse contratual positivo ou dos lucros cessantes. Por outro lado, todavia, é também evidente que essa não será, necessariamente – ou até na generalidade dos casos –, a medida concreta da indemnização.

Importa, pois, a terminar, ensaiar uma clarificação dos pressupostos – ou da sua articulação – da obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes e o modo de determinação do montante da indemnização.

II. Assim, em primeiro lugar, cumpre salientar que não é impensável a existência de situações em que o particular deva, efetivamente, ser indenizado pela totalidade dos lucros cessantes. Isto ocorrerá em casos extremos, onde não reste dúvida de que, não fora a preterição do concorrente ilícitamente levada a cabo pela Administração, a proposta ser-lhe-ia adjudicada e ele seria admitido a executar o contrato objeto do procedimento, auferindo as vantagens patrimoniais inerentes. Entre esses casos extremos estarão não apenas as situações em que se tenha perfilado unicamente um concorrente – ou em que haja uma pluralidade de concorrentes, mas os demais tenham sido ilegalmente admitidos a apresentar proposta – e as situações de revogação ilegal da adjudicação que anteriormente tenha sido feita ao concorrente lesado, mas também situações em que, atendendo aos termos do modelo de avaliação adotado e ao concreto vício ocorrido na apreciação das propostas, seja possível reconstituir com segurança qual teria sido a correta graduação dos concorrentes.

Em segundo lugar, não há lugar a indemnização quando a entidade adjudicante demonstre que, em qualquer caso, o concorrente não poderia ter sido adjudicatário, seja em face da qualidade da sua proposta, seja pela verificação de outras circunstâncias conducentes à respetiva exclusão. Neste caso, não deverá haver lugar a indemnização sequer pelo interesse contratual negativo, porque falta em absoluto o pressuposto da causalidade. No entanto, a possibilidade de a entidade adjudicante invocar causas de exclusão ou de *depreciação* da proposta do concorrente lesado deve ser controlada, à luz dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da boa fé.

Em terceiro lugar, no que respeita à indemnização do interesse contratual positivo e da perda de chance – enquanto *media via* –, o juiz deve



fixar um limiar máximo da indemnização tendo em conta, além da álea inerente à execução do próprio contrato – o que pode depender do tipo contratual e das circunstâncias do mercado ou, ainda, das condições concretas em que a prestação contratual deva ser executada –, o benefício financeiro da respetiva antecipação, tratando-se de ganhos mais ou menos diferidos no tempo.

Por outro lado, na aferição do grau de probabilidade necessária para despoletar o dever de indemnização de lucros cessantes ou da perda de chance (enquanto sucedâneo daqueles e no pressuposto de a chance perdida revelar a necessária consistência), tenderão a relevar, mais concretamente, (i) o número de concorrentes, (ii) os resultados obtidos em procedimentos semelhantes, (iii) a conformação do ilícito e (iv) a apreciação das propostas, já efetuada pela entidade adjudicante ou a levar a cabo pelo tribunal para efeitos estritamente indemnizatórios, com recurso a prova pericial e nos limites permitidos pelo modelo de avaliação adotado e pela natureza dos poderes em causa.

Em quarto e último lugar, cumpre assinalar que o valor da indemnização da perda de chance, entendida como dano patrimonial do interesse contratual positivo, não é cumulável com a indemnização das despesas, que se inserem no âmbito do interesse contratual negativo: a incompatibilidade lógica dos respetivos pedidos indemnizatórios é flagrante.

Concertação dos poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos

EURICO BITENCOURT NETO¹

Resumo

A expansão da contratualização da administração pública culminou com a admissão de contratos sobre o exercício de poderes de autoridade, entre eles, acordos no âmbito do exercício de poderes de responsabilização nos contratos administrativos. O presente texto analisa fundamentos e repercussões da concertação dos poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos no Direito Administrativo brasileiro.

Palavras-chave: Contratualização. Poderes de autoridade. Contrato administrativo. Responsabilidade contratual. Concertação.

1 Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Advogado. [eu-ricobitencourt@gmail.com](mailto:euricobitencourt@gmail.com)



Abstract

The expansion of public administration by contract culminated in the admission of contracts on the exercise of authority powers, including agreements within the scope of the exercise of accountability powers in administrative contracts. This text analyzes the foundations and repercussions of the concertation of the powers of contractual accountability within the scope of administrative contracts in Brazilian Administrative Law.

Keywords: *Public administration by contract. Authority powers. Administrative contract. Contractual accountability. Consensus.*

Índice: 1. Introdução. 2. Concertação de poderes de autoridade administrativa. 3. Poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Um dos fenômenos mais relevantes que caracteriza o Direito Administrativo deste início de século XXI é a intensificação da contratualização dos modos de atuação da Administração Pública. Nessa esteira, relevam contratos sobre o exercício de poderes públicos, admitidos em diversos quadrantes, seja por norma geral habilitadora, seja por legislação específica.

Nas próximas linhas, busca-se breve análise sobre a concertação dos poderes de responsabilização contratual nos contratos administrativos, no âmbito da contratualização de poderes de autoridade, em especial no Direito Administrativo brasileiro. Este texto corresponde, com algumas

adaptações, à intervenção feita no III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público, que tratou, em novembro de 2019, na Faculdade de Direito de Lisboa, sobre Responsabilidade nos contratos públicos: uma perspectiva comparada luso-brasileira.

2. CONCERTAÇÃO DE PODERES DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

O Direito Administrativo nasce, no século XIX, sob o signo da unilateralidade. A evolução do uso do contrato pela Administração Pública, desde a inicial negação da existência dos contratos de Direito Público, no âmbito da afirmação de uma dogmática juspublicista do Direito Administrativo no século XIX, – embora se admitisse a celebração de contratos de Direito Privado² –, até os dias de hoje, pode ser compreendida como um fenômeno de ampliação da relevância do contrato e da técnica contratual como instrumentos de atuação da Administração e, para além disso, como meios próprios do Direito Administrativo.

A principal dificuldade da relação do Direito Administrativo com o contrato nunca esteve, para a principal doutrina dos países que estabeleceram as suas bases fundadoras, na admissibilidade do uso da figura contratual pela Administração Pública, mas em lançar mão do contrato para exercer poderes públicos de autoridade³. E, nesse sentido, pode-se dizer que a admissão da existência de contratos sobre o exercício de poderes públicos, que se tem disseminado nos principais centros jurídicos europeus⁴, talvez seja a mais relevante transformação recente do amplo

2 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 43.

3 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 15.

4 Por todos, KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*; CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*.



fenômeno de contratualização por que passaram recentemente a função administrativa do Estado e o Direito Administrativo.

Tal fenômeno de contratualização ganhou impulso a partir da superação do dogma anticontratualista no Direito Administrativo⁵ e possibilitou o desenvolvimento de variadas formas de Administração contratualizada. Isso se deu especialmente a partir da afirmação do Estado prestador e interventor na atividade econômica, em que se passa a admitir, com menos oposição, a legitimidade da atuação administrativa pela via do contrato⁶. O Estado social levou à intensa contratualização da atividade administrativa⁷. Para além dos contratos em que figura como cliente dos particulares, abre-se para o Poder Público a senda da administração por acordos⁸, ou dos contratos sobre o exercício de poderes públicos⁹.

A partir das últimas décadas do século XX, verifica-se, com mais clareza, uma mudança no perfil da Administração Pública do Estado de Direito democrático e social, cada vez mais identificado com um caráter infraestrut-

5 Que teve grande expressão nas doutrinas alemã e italiana, especialmente em Otto Mayer (por exemplo, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, p. 98), na Alemanha e em Ranelletti e Cammeo, na Itália. Nesse sentido, GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 14; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*, p. 15.

6 MASUCCI, Alfonso. *Il contratto di diritto pubblico fra "amministrazione imperativa" e "amministrazione paritaria": l'esperienza tedesca*, p. 120.

7 DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*, p. 466-467; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 684; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*, p. 16.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 666-667; ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 62.

9 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 19-20; HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los atos y las potestades administrativas*; KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*.

tural, regulador e prospectivo que passa a compor o complexo de atuação administrativa e que reclama, com mais força, um diálogo institucionalizado entre o Poder Público e os particulares e a valorização de instrumentos de concertação, com a consagração de novas figuras de atuação concertada¹⁰.

A busca de um “*novo estilo de administração*”¹¹, participativo, consensual e flexível, favorece a expansão do modo contratual de atuação administrativa, explorando novas formas de legitimação¹², com a substituição de meios autoritários e verticalizados de atuação da Administração Pública, por instrumentos consensuais. Trata-se de “*um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade*”¹³, ou, em outras palavras, de uma “*cultura contratual*”¹⁴. Em síntese, a Administração Pública não é mais uma esfera de “*execução autoritária de políticas*”¹⁵.

E, se foi a Alemanha importante fonte da forte rejeição da ideia de se pactuar poder de autoridade e da elevação do ato administrativo à condição de modo próprio de atuação administrativa, na esteira da marcante lição anticontratalista de Otto Mayer¹⁶, foi também o Direito alemão que deu origem, a partir do debate iniciado com a posição de negação de Mayer¹⁷,

10 GAMBINO, Silvio. *Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso*, p. 144-148.

11 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 353.

12 PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no código dos contratos públicos*, p. 16.

13 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 161. Falando de um novo contratualismo no Direito do Urbanismo, CORREIA, Jorge André Alves. *Contratos urbanísticos*, p. 42 ss.

14 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*, p. 138-141.

15 SILVA, Suzana Tavares da. *A nova dogmática do direito administrativo*, p. 916.

16 Lição que rejeitava o uso de contratos para o exercício de poderes de autoridade, mas que admitia o uso, pela Administração, de contratos de Direito Privado. Nesse sentido, ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 43.

17 KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, p. 137.



culminando na Lei Federal de Procedimento Administrativo de 1976, ao uso do contrato de Direito Público em alternativa ao ato administrativo, sempre que uma norma jurídica não prescreva o contrário (art. 54^o).

Essa significativa alteração no modo de encarar o uso de poderes de autoridade e na clássica posição anticontratalista foi seguida posteriormente pela Itália¹⁸, pela Espanha¹⁹ e por Portugal²⁰. Para além da admissão do uso de contratos com objeto de Direito Privado, ainda que parcialmente publicizados, passa-se a não mais rejeitar o uso da figura contratual em alternativa ao ato administrativo. Hoje, pode-se afirmar que, nos países centrais de tradição jusadministrativa na Europa continental, o uso do contrato se espalhou para vários setores da atuação administrativa, incluídos aqueles em que o ato administrativo sempre foi considerado o único meio de manifestação de competências da Administração Pública.

No Brasil, embora não haja, de modo explícito, fonte legislativa de uma competência geral de contratação de poderes de autoridade, a legislação especial traz inúmeros exemplos. É o caso de determinados acordos substitutivos de procedimentos sancionatórios²¹, previstos em diversas leis brasileiras. Trata-se da opção pela pactuação de compromi-

18 CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 401-412.

19 CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 412-424

20 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 20; CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 424-428. No caso de Portugal, o Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015, dispõe, em seu art. 200^o, nº 3, que “*Na prossecução das suas atribuições ou de seus fins, os órgãos da Administração Pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*”. Norma similar já constava do texto do Código anterior (art. 179^o, nº 1, do CPA de 1991) e pode ser extraída também do Código dos Contratos Públicos (art. 278^o).

21 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Novas tendências da democracia*, p. 14-16; Especialmente com enfoque no âmbito regulatório, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção*; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*.

sos de reparação de danos, alteração de comportamentos irregulares, medidas compensatórias, ou regularização de atos e procedimentos, em vez do prosseguimento de procedimentos sancionatórios ou da aplicação de uma sanção²². Entre os diversos exemplos, o mais célebre é o chamado termo de ajustamento de conduta²³, alternativo à propositura de ação civil pública, previsto na Lei nº 7.347, de 1985, art. 5º, § 6º.

Ainda no campo da investigação de ilícitos no âmbito da Administração Pública, mais especialmente na responsabilização de pessoas coletivas por atos de corrupção administrativa, destaca-se o chamado acordo de leniência, previsto no âmbito do art. 16 da Lei Federal nº 12.846/2013). Tal dispositivo estabelece que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Outro exemplo pode ser encontrado no âmbito de alguns Tribunais de Contas de Estados Federados brasileiros, que possuem instrumento semelhante ao termo de ajustamento de conduta – chamado termo de ajustamento de gestão –, que permite firmar um acordo substitutivo da aplicação de sanções²⁴. Trata-se de aplicação, no âmbito de procedimen-

22 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção*; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 429. Lei nº 7.347, de 1985, art. 5º, § 6º: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

24 O caso pioneiro é o do Estado de Minas Gerais: Lei Complementar nº 120, de 2011, que acrescenta os arts. 93-A e 93-B na Lei Complementar nº 102, de 2008, chamada Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, instituindo o termo de ajustamento de gestão, como um instrumento consensual para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades por ele controlados. Podem ser citados também como exemplos os Estados de Sergipe, pela Lei Complementar nº 205, de 2011; de Mato Grosso, pela Lei Complementar nº 486, de 2013; e do Amazonas, pela Lei Complementar nº 120, de 2013.



tos administrativos controladores, do uso de contratos substitutivos de atos administrativos sancionatórios.

Já no campo da atividade regulatória, são exemplos a Lei nº 12.529, de 2011 (art. 85: compromisso de cessação de prática sob investigação, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE); a Lei nº 6.385/1976 (art. 11, § 5º, com redação da Lei nº 13.506/2017: termo de compromisso, no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários); a Lei nº 9.656, de 1998 (art. 29, § 1º: termo de compromisso de ajuste de conduta, no âmbito da Agência Nacional e Saúde Suplementar).

Essas referências do Direito brasileiro infraconstitucional têm caráter exemplificativo, não esgotam o amplo rol de acordos substitutivos de poderes de autoridade. Tais medidas, encontradas em distintas áreas de exercício de poderes administrativos de autoridade, demonstram a força da realidade, que requer, cada vez mais, a efetividade da atuação administrativa, mais que a simples afirmação unilateral do poder.

3. PODERES DE RESPONSABILIZAÇÃO CONTRATUAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

No âmbito de ordens jurídicas europeias em que se reconhece uma norma geral de competência para contratualização de poderes de autoridade, na esteira da tendência geral de contratualização da atuação da Administração Pública e da admissão genérica de contratos substitutivos de atos administrativos, não há dúvida em admitir-se o exercício consensual dos poderes de intervenção unilateral nos contratos administrativos, como se vê no Direito Administrativo português²⁵.

25 Nesse sentido, SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*, p. 153; CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 649-651.

O Código dos Contratos Públicos prevê, em seu art. 310º, o exercício contratualizado dos poderes administrativos contratuais previstos no art. 302º. Trata-se da celebração de contratos sobre o exercício da autoridade administrativa, chamados acordos endocontratuais, que podem ser celebrados para substituir a prática de qualquer dos atos administrativos de exercício dos poderes de intervenção unilateral na execução do contrato, incluídos os poderes de aplicação de sanções por inexecução contratual. Tais acordos endocontratuais, nos termos do nº 3 do art. 310º mencionado, integram o contrato a que dizem respeito.

No Direito Administrativo brasileiro, a Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais para os contratos administrativos, prevê, em seu art. 87, os poderes de intervenção unilateral do contratante público. Não há, na disciplina da Lei, qualquer dispositivo expresso que trate da possibilidade de concertação do exercício de tais poderes, o que conduz, em princípio, à conclusão de obrigação de aplicação unilateral da responsabilização contratual do contratante privado que tenha descumprido disposição contratual.

O Projeto de Lei nº 6814/2017, em tramitação no Congresso Nacional, propõe novo regime geral para as licitações e os contratos administrativos no Brasil, substituindo o regime da Lei nº 8.666/93. O referido Projeto também não prevê norma expressa conferindo ao contratante público competência para substituir a responsabilização unilateral do contratante privado por meios concertados.

Não obstante, alterações recentes promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, foram inseridos os seguintes dispositivos, que importam para a presente questão:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.



Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV- deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Embora a Lei não fale expressamente em contratualização de poderes públicos, a interpretação conjunta dos dispositivos citados e a previsão de acordo a que a lei chama “compromisso”, no art. 26, com a finalidade de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, bem como a previsão da instituição de possível compensação por prejuízos indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultante de processo administrativo (que, por certo inclui processos no âmbito da responsabilidade contratual), possibilitam uma abertura para soluções concertadas no âmbito da execução contratual.

Por outro lado, o art. 27, ao estabelecer que a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, reforça a instituição de competência



geral para a instituição de acordos substitutivos²⁶. Daí que tais dispositivos podem ser considerados uma habilitação genérica para a concertação no exercício de poderes públicos, entre os quais se inserem os poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos.

Tal conclusão é reforçada no âmbito das prescrições gerais dos arts. 20 e 21 da LINDB, que impõem à Administração Pública a consideração das consequências práticas de suas decisões, incluída a sua intervenção nas relações contratuais, devendo levar em consideração as possíveis alternativas. Destaca-se, neste sentido o parágrafo único do art. 21, que dispõe que a decisão sobre a invalidação de contrato deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

Embora a redação dos citados dispositivos não se refiram explicitamente ao objeto em exame, indicam um dever de sopesar interesses públicos e privados envolvidos em decisões administrativas sobre invalidação de contratos, bem como a possibilidade de uso de instrumento concertado para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, o que, por óbvio, também incide na esfera contratual.

Ressalte-se que o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, entidade que congrega professores da matéria de todo o Brasil, aprovou, em encontro realizado em Tiradentes, Minas Gerais, no dia 14 de junho de 2019, enunciados relativos à interpretação da LINDB e seus impactos no Direito Administrativo²⁷. Entre eles, o enunciado nº 21 dispõe que “*Os artigos 26 e*

26 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos.

27 Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>.

27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadas de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias”, reforçando a natureza concertada dos novos instrumentos previstos na LINDB e a natureza de normas gerais de contratualização dos referidos dispositivos.

Daí a conclusão de que há fundamentos genéricos no Direito Administrativo brasileiro para a concertação dos poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos, não obstante sua inexistência na lei específica que institui normas gerais para os respectivos contratos. Por outro lado, em homenagem à clareza e maior segurança das relações público privadas e da atuação dos órgãos administrativos, seria conveniente a inserção, na nova lei que instituirá normas gerais de licitações e contratos administrativos no Brasil, de dispositivo expresso admitindo solução concertada, na esteira do que faz o Código de Contratos Públicos português.

Por fim, a Lei Federal nº 12.846/2013, em seu art. 17, dispõe que a administração pública poderá celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. Tal dispositivo pode ser entendido como fundamento geral para concertação do exercício dos poderes de responsabilização contratual, não obstante a atecnia legislativa, ao prever norma geral aplicável à responsabilização nos contratos administrativos na chamada “lei anticorrupção”, ou lei de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção, e não na lei geral dos contratos administrativos (inserir aqui uma nota de rodapé, com o seguinte conteúdo: Nesse sentido, FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência da lei anticorrupção cumprem diferentes papéis.)



4. CONCLUSÃO

Em síntese, pode-se concluir que a contratualização da atividade administrativa do Estado é um fenômeno já consolidado no Direito Administrativo contemporâneo. Dentro desse campo geral, destaca-se a contratualização de poderes de autoridade, rompendo-se relevante dogma do Direito Administrativo novecentista. A partir de tal admissão, um passo adiante será reconhecer a possibilidade de concertação dos poderes de intervenção unilateral da Administração nos contratos administrativos.

Embora não exista, na lei geral de contratos administrativos brasileira, norma explícita sobre a matéria, como seria desejável em termos de clareza e segurança jurídica, deve-se admitir que as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro configuram habilitação genérica para a concertação dos poderes de responsabilização contratual no âmbito dos contratos administrativos.

Por outro lado, o art. 17 da Lei Federal nº 12.846/2013 deve ser interpretado como fundamento geral para concertação do exercício dos poderes de responsabilização contratual, compondo o sistema de normas gerais sobre contratações administrativas no Brasil.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo: o problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Gestlegal, 2017.

CORREIA, Jorge Alves. *Contratos urbanísticos: concertação, contratação e neocontratualismo no direito do urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência da lei anticorrupção cumprem diferentes papéis. In: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorrupcao-cumprem-diferentes-papeis>.

GAMBINO, Silvio. Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*. Turim: Giappichelli, 1993. p. 130-155.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v. 1, 14. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Forum, 2011.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Re-*



vista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 27, ago/set/out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 13, mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os poderes do contraente público no código dos contratos públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública*, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 893-942.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*. Direito administrativo geral, tomo III. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323>.

Execução de contratos públicos e responsabilidade contratual: do contrato como res inter partes ao contrato como res publica

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

o¹

Resumo

O presente texto desenvolve o argumento segundo o qual a responsabilidade contratual, no específico âmbito dos contratos públicos (concentrando-se nos chamados “contratos de colaboração”), é um instrumento essencial para satisfazer um conjunto de objectivos que se situam muito para lá da estrita protecção da posição das partes do contrato. Há um conjunto de *stakeholders* – os utentes ou beneficiários últimos das utilidades adquiridas pelo contrato; os concorrentes do co-contratante; e os cidadãos em geral – com diversos tipos de interesse na boa execução do contrato. Por esse motivo, verifica-se uma tendência para atribuir a tais *stakeholders* meios de escrutinar se o contrato está a ser cumprido, e até para formularem pretensões relacionadas com um eventual incumprimento – uma via

1 Professor Auxiliar da FDUL. Investigador do CIDP. Advogado



que, sendo importante para efeitos de *accountability* das entidades públicas, não deixa de levantar algumas questões, que enunciamos.

Palavras-chave: contratos públicos, responsabilidade contratual, *accountability*, transparência

Abstract:

The article argues that, in the specific context of public contracts, contractual liability is a crucial mechanism to pursue a set of goals reaching well beyond the simple protection of the positions of the parties. There are several groups of stakeholders – the users or beneficiaries of the contract; the contractor’s competitors in the market; and citizens in general – with a stake in the good performance of the contract. Consequently, there is a trend to offer such stakeholders means of controlling contract performance, and even presenting claims based on situations of non-compliance – a trend which reinforces the accountability of public bodies, but, nonetheless, also raises some issues, which are briefly listed.

Key words: public contracts, contractual liability, accountability, transparency

Índice: 1. As razões do recurso ao contrato público; 2. A responsabilidade do co-contratante perante o contraente público; 3. As responsabilidades associadas à execução dos contratos públicos; 4. Tecnologia e transparência na execução do contrato público; 5. Desafios da gestão contratual

1. Merece forte aplauso a realização de uma conferência dedicada aos temas da responsabilidade no âmbito da actividade contratual pública, como é esta na qual temos o gosto de intervir².

A responsabilidade no contexto da execução de contratos públicos situa-se numa linha de cruzamento de diversos movimentos centrais para o direito público contemporâneo. O recurso ao contrato (neste texto pensamos, sobretudo, nos típicos contratos de colaboração, embora a questão também possa ser colocada, ainda que com adaptações, em alguns contratos de atribuição e em hipóteses específicas, como os contratos entre entidades públicas) é maximizado, quer por constrangimentos orçamentais, quer pela própria crença num modo de estruturação das comunidades que pretende dar protagonismo aos actores sociais no desempenho de missões públicas, e que está ligado a temas como a subsidiariedade: não se trata apenas de o Estado não desenvolver certa missão porque não pode, mas de o Estado querer desempenhar certas missões recorrendo ao contributo dos agentes privados, por se entender que isso também fortalece, a vários títulos, a coesão da sociedade.

Contudo, nos dias que correm, o recurso ao contrato não poderia significar o abandono das preocupações públicas com o resultado das actividades sujeitas a formas diferenciadas de colaboração entre os sectores público e privado. O contrato não é simplesmente uma operação que “descarrega” em agentes privados um conjunto de tarefas, das quais a entidade administrativa, a partir daí, se desoneraria ou mesmo desinteressaria. Com efeito, ao mesmo tempo que se verifica uma normalização do recurso ao contrato em múltiplos domínios, está muito presente uma

2 Aproveitamos a ocasião para agradecer aos organizadores o amável convite para intervir no Congresso que constitui a razão de ser do presente texto (e do presente livro). Manteve-se, no presente texto, o registo coloquial de origem.



outra linha de evolução, que pode sintetizar-se por ideias que, não estando ausentes do universo dos contratos privados, assumem relevância central no universo dos contratos públicos: *accountability*, e preocupação com a salvaguarda dos direitos dos particulares. Essas ideias vão tornar-se presentes, mesmo em contexto de externalização das actividades por recurso à via contratual.

2. O contrato público é, por estes motivos, fórum no qual confluem exigências de responsabilidade, nos diversos sentidos que a palavra pode ter.

2.1. A responsabilidade do co-contratante perante o contraente público é, desde logo, uma garantia de que o fim de interesse público que justifica aquele contrato é prosseguido³.

Isso pode ver-se numa série de elementos que demonstram que o “interesse do credor” é, aqui, revestido de particulares características que são a explicação mais imediata para certos desvios que se encontram no regime da execução do contrato e que o tornam em instrumento do interesse público⁴.

Por exemplo, os contratos administrativos, isto é, as cláusulas neles inseridas, têm uma importante função garantística dos particulares que constituem o fim último da sua existência. Isto pode ser constatado no exemplo clássico das chamadas “cláusulas regulamentares” dos contratos de concessão de serviço ou obra pública, que ainda hoje justificam

³ PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 554.

⁴ PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 553-554.

particularidades de regime (cf., por exemplo, os artigos 287.º, n.ºs 3 e 4, do CCP). Ainda no âmbito dos contratos de concessão, o regime hoje vigente no direito português estabelece o princípio segundo o qual são fixados indicadores de desempenho do concessionário, que tomam em consideração, designadamente, a satisfação dos utilizadores do serviço; indicadores esses que podem ser utilizados para “atribuir vantagens económicas ou aplicar penalizações económicas ao concessionário (cf. artigo 418.º do CCP).

Contudo, não se suponha que esta é uma realidade específica dos contratos de concessão: a relevância, para terceiros ao contrato, do cumprimento do contrato vai muito além do exemplo dessa modalidade contratual. Uma cláusula num contrato de empreitada referente às características funcionais de um edifício a afectar a um serviço público vai reflectir-se em maior ou menor capacidade de prestação de serviços de qualidade aos utilizadores; num outro exemplo, cláusulas adequadas em matéria de responsabilidade do co-contratante num contrato de prestação de serviços de segurança privada podem fazer a diferença entre a lesão ou não lesão de direitos fundamentais (integridade física, privacidade) dos utentes dos serviços públicos, ou dos próprios trabalhadores da entidade administrativa.

2.2. Por outro lado, a contemporânea concepção sobre os modos de formação dos contratos públicos também não enjeita a ideia segundo a qual a própria responsabilidade contratual do co-contratante perante o contraente público se pode colocar ao serviço da *concorrência*.

De facto, a falta de mobilização, pelo contraente público, da responsabilidade da contraparte em contextos de incumprimento contratual



pode ser uma forma de defraudar a concorrência, com a agravante de ser uma forma particularmente insidiosa e difícil de controlar.

O ordenamento jurídico está cheio de normas que asseguram a correspondência fiel (pelo menos, no essencial) entre o que resultou do procedimento e o que figura no contrato (cf. artigo 99.º, n.º 1, e n.º 2, alínea a); artigo 284.º, n.º 2; artigo 313.º, n.º 1, todos do Código dos Contratos Públicos).

Essas normas, repare-se, já são, elas próprias, uma evolução (que se tornou mais visível com o direito da UE, mas que é bastante antiga, em alguns sistemas de *contrat administratif*) do sistema jurídico em matéria de execução dos contratos administrativos, reagindo a uma prática problemática, que consiste na feitura de clausulados contratuais que contrariam o procedimento pré-contratual que levou à celebração do contrato⁵.

Porém – e isto é bem uma manifestação da dicotomia entre *law in books* e *law in action* – a prática foi-se encarregando de demonstrar que tão ou mais importante do que assegurar a correspondência essencial entre procedimento de formação e clausulado contratual, é assegurar a fidelidade essencial entre clausulado contratual e execução do contrato.

De facto, processando-se a execução contratual num contexto em que já “saíram de cena” os principais interessados “egoístas” no controlo da legalidade da actuação da entidade administrativa (ou seja, os participantes ou interessados num procedimento concursal), há mais campo para que se

⁵ Sobre o tema, permitimo-nos remeter para MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 117 ss.; e mais recentemente, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Good Contracting Authorities Can Predict the Future – A Note on *Finn Frogne (C-549/14)*”, *European Papers*, **2**, (1), 2017, pp. 411 ss., e referências aí citadas.

processem actividades que desrespeitem a lei e o programa contratual: a execução do contrato é, assim, identificada como uma fase *frágil* do ponto de vista dos riscos de fraude na actividade contratual pública⁶.

Uma das dimensões em que essa fragilidade se manifesta é atalhada, precisamente, pela regulação, que tem crescido em detalhe e incisividade, do regime das modificações objectivas e subjectivas aos contratos públicos, a qual, hoje, passa não apenas pela regulação das condições substantivas que permitem certa modificação (artigo 313.º do CCP), mas também pela *publicidade* das modificações (artigo 315.º do CCP), permitindo assim a quem está “de fora” do contrato aperceber-se das vicissitudes que o mesmo vai sofrendo, e eventualmente impugnar as modificações e aditamentos ao contrato que desrespeitem aquelas condições substantivas.

No entanto, como se disse, além das modificações expressas, a execução do contrato está igualmente exposta a um outro risco, esse, intrinsecamente relacionado com a responsabilidade contratual: como se disse, a não utilização dos mecanismos de responsabilidade contratual facilmente pode constituir, na prática, um meio extremamente cómodo de fazer *modificações tácitas ou informais* aos contratos: basta que o co-contratante reduza o nível ou *standard* de cumprimento, e que isso seja acompanhado da conivência daquele que acompanha o contrato (o “fiscal” da Lei 8.666/93, no Brasil, o “gestor de contrato”, ou a “fiscalização da obra”,

6 Cf., em especial, GABRIELLA M. RACCA, “The role of third parties in the execution of public contracts”, in LAURENCE FOLLIOT-LALLOT/SIMONE TORRICELLI, *Contrôles et contentieux des contrats publics / Oversight and Challenges of public contracts*, Bruxelles: Bruylant, 2018, pp. 415-448; GABRIELLA M. RACCA/ROBERTO CAVALLO PERIN, “Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems”, in GABRIELLA M. RACCA/CHRISTOPHER R. YUKINS, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles: Bruylant, 2015, pp. 247 ss.



no CCP português), para que tenhamos esse resultado. Além de todos os outros problemas que daqui podem decorrer, situações deste tipo são particularmente graves tendo em conta o que se disse acima: em serviços e infra-estruturas de uso público, é fácil perceber que pode tornar-se dramático que o cimento usado na obra tenha um pouco mais de água do que devia; ou que os médicos contratados colocados no serviços de urgência de um hospital não tenham a experiência definida no contrato.

Assim, além da protecção da concorrência, nos contratos que implicam a aplicação de fundos públicos (que são a larga maioria dos contratos de colaboração), a responsabilidade contratual também funciona como uma importante garantia de que esses fundos têm uma *contraprestação efectiva*, sem o que a sua aplicação perderia justificação (perderia, em rigor jurídico, a sua *causa*)⁷.

Uma pesquisa, mesmo perfunctória, pela jurisprudência, revela como estas preocupações, infelizmente, não são desprovidas de adesão à realidade, já que se verifica que muitas situações de fraude (*lato sensu*) na contratação pública, com relevância criminal, se situam, precisamente, na fase de execução do contrato, passando, por exemplo, pela declaração de terem sido fornecidos bens, prestado serviços, ou realizadas obras, sem que isso tenha acontecido⁸. Isto comprova que o tema da

7 No direito português, a existência de uma relação de equilíbrio entre as prestações contratuais assumidas pelas partes – direitos e obrigações – decorre, expressamente, do artigo 281.º do CCP, com a epígrafe “proporcionalidade e conexão material das prestações”, segundo o qual “[o] contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato.”

8 No acórdão da Relação do Porto de 30-04-2018 (Rel. Pedro Vaz Pato), proc. 14407/13.0TDPRT.P1 (disponível em www.dgsi.pt), para além de vários outros problemas, verificava-se a declaração de prestação de serviços ou obras que não eram prestados); o mesmo sucedeu no caso do acórdão da Relação de Lisboa de 25-06-2015 (Rel. Fernando Estrela), proc. 3443/11.0TDLSB.L1-9.

execução contratual, e, conseqüentemente, o tema da reacção ao não cumprimento, deve assumir, nas opções legislativas e no trabalho da doutrina, a centralidade que, até agora, porventura não tem tido.

3. A evolução dos sistemas jurídicos nesta matéria torna, assim, essencial que se pense de um modo sistemático no tema das responsabilidades associadas à execução dos contratos públicos. Isso passa por diversas intervenções, que visam criar os estímulos devidos a que essa execução se processe de acordo com uma composição adequada dos múltiplos interesses em presença, e que consiga ultrapassar os pontos que se têm revelado mais frágeis.

3.1. Assim, e desde logo, o sistema assenta, e tem de continuar a assentar, na existência de um conjunto de mecanismos de estímulo ao cumprimento que passam pela *relação entre as partes*: a relação bilateral entre o contraente público e o seu co-contratante.

Neste domínio, podemos dizer, mais *tradicional*, trata-se essencialmente de manter e aperfeiçoar aspectos como a exigência de garantias de cumprimento adequadas (cf. o regime da *caução*: artigos 88.º e 89.º, e 294.º a 296.º, do CCP), e sistemas de sancionamento do incumprimento que sejam adequados (cf. os regimes de *multas contratuais*: artigos 329.º, 403.º, do CCP).

Outros mecanismos de reforço da protecção do interesse público na execução contratual também estão tradicionalmente presentes, como sejam as limitações ou regulações específicas de institutos do direito privado, como acontece com a excepção de não cumprimento do contrato e o direito de retenção, que, no direito português, dependem de pressu-



postos materiais, formais e procedimentais inexistentes (ou pelo menos, não objecto de regulação explícita) no direito privado, e que procuram acautelar a continuidade das missões do contraente público levadas a cabo por meio do contrato (cf. artigos 327.º e 328.º do CCP; no direito brasileiro, têm existido reservas quanto à admissibilidade da figura enquanto tal, mas a verdade é que algo de muito semelhante resulta do regime brasileiro da extinção por incumprimento do contraente público).

3.2. Mas o sistema tem de assentar, também, na introdução de outros mecanismos que, de certo modo, consigam transformar o contrato e a execução contratual num sistema aberto de informação, que permita a abertura de múltiplas vias de controlo, que se acrescentam ao controlo entre as partes, e o complementam, e também, de certo modo, *controlam o controlo* que é exercido pelas partes.

Estamos, de certo modo, perante uma desmontagem da ideia do contrato como simples *res inter partes*, valorizando a sua dimensão de abertura a diversos outros sujeitos – isto é, a sua natureza de *coisa pública*, neste sentido. Por aqui, porventura, mais do que pelos mecanismos de regulação da relação bilateral, passam as tendências mais recentes e, diríamos, frutuosas, do ponto de vista do escrutínio dessa relação e da promoção de um regime que efectivamente apele à responsabilidade das partes na execução do contrato. Este processo beneficia sobretudo três grandes categorias de *stakeholders* de um contrato administrativo, que no passado, muitas vezes ficavam “na sombra”, mas que mais recentemente passaram para o primeiro plano:

- os utentes ou beneficiários últimos dos bens ou serviços adquiridos por via desse contrato;

- os concorrentes do co-contratante, isto é, os operadores económicos que com ele concorrem no mesmo mercado, tenham ou não sido concorrentes ao procedimento que deu origem ao contrato; e
- os cidadãos em geral, beneficiários principais daquilo a que a doutrina brasileira tem chamado o *controle social*.

São múltiplos os mecanismos que procuram criar esta *abertura* da relação contratual ao escrutínio por terceiros. Esses mecanismos vão desde a aplicação dos institutos gerais de acesso à informação, até aos casos, que vão emergindo, de criação obrigatória de informação pública sobre a execução dos contratos (mecanismos de chamada *transparência ou informação activa*)⁹; até ao importantíssimo aspecto da atribuição de *legitimidade processual* para acções judiciais em que se formulem pretensões dirigidas ao cumprimento de contratos (acções de cumprimento) – não por acaso, a partir da reforma do direito processual administrativo português, as três categorias de sujeitos acima identificadas têm legitimidade nas acções relativas ao *cumprimento* de contratos (cf., hoje, o artigo 77.º-A, n.º 3, alíneas b), d) e e) do CPTA), precisamente porque exigir o cumprimento de um contrato celebrado é, como se disse, garantia quer dos direitos dos utentes beneficiados, em última análise, pelo contrato público, quer da concorrência no mercado.

9 Sobre estes pontos, permitimo-nos remeter para o que se disse em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos públicos, transparência e acesso à informação: uma abordagem preliminar”, in ANA GOUVEIA MARTINS/ANABELA LEÃO/BENEDITA MAC CRORIE/PATRICIA FRAGOSO MARTINS (COORDS.), *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito Público e Direitos Públicos: Pontes, Diálogos e Encruzilhadas. 26 e 27 de janeiro de 2018*, Porto: Universidade do Porto, 2018, pp. 129-154, (disponível *online*, em *ebook* e também em srn.com) e referências aí citadas.



As mais recentes tendências da contratação pública vão igualmente no sentido da consagração de diversos mecanismos que garantem aos concorrentes não adjudicatários de um procedimento continuarem com um interesse efectivo na execução do contrato. São exemplos disso os mecanismos (contratuais ou legais), de que ficou consagrada uma espécie no artigo 256.º-A do CCP português após a revisão de 2017, que permitem o chamado *market testing*, ou seja, situações legal ou contratualmente definidas em que o co-contratante é chamado a confrontar-se com os preços de mercado para as prestações que ele está a executar em favor do contraente público, tendo, assim, um estímulo para fornecer, em permanência, ao contraente público, nas melhores condições¹⁰; ou mecanismos de substituição do co-contratante no caso de este entrar em incumprimento, entrando em “jogo” um dos participantes do procedimento pré-contratual no qual foi celebrado o contrato (sistemas em que “o perdedor também joga”, na expressão comumente utilizada), de que é exemplo, mais uma vez, um instituto previsto no CCP na sequência da revisão de 2017: a cessão forçada da posição contratual, nos termos do artigo 318.º-A do CCP¹¹.

4. O contrato público é, hoje, sobretudo, uma realidade informacional aberta, escrutinável, tendente a permitir, não apenas às partes, mas a diversas categorias de terceiros, saber se um contrato está a ser

10 Como se vê, esta ideia não está completamente ausente de uma figura do direito brasileiro como é a “ata de registro de preços”.

11 Sublinhando precisamente como a figura do artigo 318.º-A do CCP contribui para a criação de diversos estímulos aos agentes económicos vencidos no procedimento, para acompanharem a execução do contrato e eventualmente apresentarem pretensões próprias em caso de incumprimento, PAULO OTERO, “Incumprimento e cessão da posição contratual: alguns problemas decorrentes do novo artigo 318.º-A do CCP”, *Revista de Contratos Públicos*, (16), 2018, pp. 5 ss.

pontualmente cumprido. Esse movimento pode ser explicado pelo reforço da posição do cidadão no escrutínio do modo de funcionamento da administração pública, e também pela utilização dos operadores económicos concorrentes do co-contratante como verdadeiros actores de um “private enforcement” do direito administrativo: além dos escrutinadores “tradicionais” do cumprimento do contrato (as partes do contrato, o Ministério Público), o direito cria estímulos a que outros actores privados tenham interesse relevante nesse escrutínio, garantindo, assim, várias linhas de efectivação do pontual cumprimento dos contratos públicos.

Esse tipo de justificação já aponta para a relação contratual como um vector no qual convergem diversos interesses e que, por isso, tem de estar aberto a esses diversos interesses. Mas, mais recentemente, verifica-se ainda um outro movimento, também de sentido convergente: o decidido avanço na utilização de diversas aplicações das tecnologias de informação e comunicação na formação e gestão de contratos públicos. De facto, a utilização da tecnologia aplicada à gestão contratual obriga a um processo de “conversão” da linguagem contratual em linguagem informática, que tem o condão de conferir uma transparência inusitada à gestão contratual. A implementação de sistemas de contratação pública electrónica que cubra, não apenas o nível da formação do contrato, mas também o nível da sua execução (*end-to-end e-procurement*), facilita enormemente a *rastreabilidade* da informação e, conseqüentemente, cria um potencial de escrutínio a um nível antes impensado¹². Por exemplo, avança nos contratos públicos, a utilização de tecnologias de mode-

12 Para mais referências, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “E-procurement”, in ISABEL CELESTE FONSECA (COORD.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga, 2017, pp. 399 ss., também disponível em ssrn.com.



lização electrónica de dados (*Building Information Modelling, BIM*)¹³, que criam grande transparência nos elementos de projecto, especialmente em sede de obras públicas, facilitando em muito a gestão do contrato, mas, também, ao mesmo tempo, permitindo uma muito mais precisa e efectiva imputação de erros de projecto ou de construção, até aqui muito dificultada pelas características do processo de construção, e que muitas vezes se traduz num fenómeno de diluição ou exoneração de responsabilidades. Num outro exemplo, a implementação de mecanismos de obrigatoriedade de facturação electrónica no âmbito dos contratos públicos (cf. artigo 299.º-B do CCP, e a sua execução pelo Decreto-Lei n.º 123/2018, de 28 de Dezembro, decorrentes da obrigação estabelecida pela Directiva 2014/55/UE, de 16 de Abril de 2014) confere imediatas rastreabilidade e transparência a todos os pagamentos feitos ao abrigo do contrato, facilitando muito o controlo de aspectos como a correspondência entre pagamentos e execução das prestações contratuais. Inclusivamente, são cada vez mais inevitáveis sistemas em que são os próprios sistemas informáticos que condicionam ou determinam aspectos da gestão contratual, com pouca ou nenhuma intervenção humana – assim, num sistema em que existam mecanismos automáticos de controlo de aspectos da prestação contratual (por exemplo: sistemas de localização de GPS de autocarros num contrato de serviços de transporte público, que permitem saber, em tempo real, o grau de cumprimento dos horários contratualizados), começa a ser possível falar em mecanismos de determinação e pagamento da remuneração que nem sequer exigem (ou permitem) a intervenção de uma pessoa.

13 Merece referência, no CCP, o artigo 62.º, n.º 6, introduzido pela revisão de 2017, preceito nos termos do qual “[n]a formação dos contratos de empreitada de obras públicas devem, sempre que possível, ser utilizados meios eletrónicos específicos de modelização eletrónica de dados de construção.”

5. Este último exemplo dá o mote para o último tópico que gostaríamos de referir aqui. Com efeito, o processo que passa por uma progressiva introdução da transparência na execução do contrato não é isento de tensões. Esta constatação, longe de levar a colocar em causa esse processo de progressiva abertura ao controlo externo da boa execução dos contratos públicos, apela, antes, à necessidade de o concretizar de uma forma que atenda adequadamente a todos os interesses em presença.

5.1. Assim, a desmaterialização dos aspectos de gestão contratual, por exemplo, oferece um desafio do ponto de vista da *boa* gestão contratual, num contexto em que a lei ainda confere margens relevantes de autonomia (discricionarietà) da entidade pública numa série de temas centrais para a execução dos contratos, como a decisão de aplicar (ou não aplicar, ou aplicar parcialmente) sanções contratuais¹⁴. Há, de facto, o perigo de o modo específico de funcionar que as TIC têm possa introduzir uma lógica demasiado *automatizada* na execução contratual. Este é um problema geral, que vai exigir muita sensatez na escolha dos mecanismos e processos que se deve automatizar, e daqueles em que a tecnologia deve continuar a ser, apenas, um poderoso *auxiliar* à tomada de decisão.

5.2. Além disso, o fortíssimo escrutínio a que acaba por estar sujeita a execução de contratos públicos pode ter alguns efeitos indesejados.

A literatura já identificou, por exemplo, o tema da transparência dos contratos públicos como oferecendo (por paradoxal que pareça) possíveis dificuldades do ponto de vista da manutenção de condições de con-

¹⁴ Sobre o tema, com referências, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/JOÃO MARTINS CLARO, “A aplicação e redução de multas contratuais no contrato de empreitada de obras públicas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 112, 2015, pp. 12 ss.



corrência no mercado. Demasiada informação disponível, para os agentes económicos, sobre o modo como os seus concorrentes executam os contratos com as entidades públicas, pode criar, a médio e longo prazo, dificuldades na manutenção de condições de uma sã concorrência entre os diferentes agentes económicos, já que uma boa parte dos mecanismos de mercado assenta na dúvida dos agentes económicos sobre o comportamento futuro dos seus concorrentes¹⁵.

O forte escrutínio que existe sobre a execução dos contratos públicos também pode levar os agentes económicos a colocarem uma espécie de “prémio de risco” na contratação com o sector público, subindo os preços face aos praticados no mercado privado equivalente, pois sabem que, nos contratos públicos, aos riscos normais da execução de qualquer contrato, somam-se os riscos advenientes da multiplicação de *stakeholders* com estímulos (e também ferramentas, como vimos) para suscitarem questões relativas à má execução contratual. Em contratos de maior complexidade, fala-se mesmo em “risco político” ou “risco político-administrativo”¹⁶ para designar um conjunto variado de riscos que podem estar associados a contratos que, pela sua complexidade, grande visibilidade e, muitas vezes, ligação a opções políticas contingentes, assumem por vezes foros de *controvérsia* na esfera pública.

15 Sobre isto, cf. as referências em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos públicos, transparência e acesso à informação”, pp. 129 ss.

16 SERGIO MASSIMILIANO SAMBRI, *Project Financing - La Finanza di Progetto per la Realizzazione di Opere Pubbliche*, Vol. III do *Trattato di Diritto dell’Economia* dirigido por Eugenio Picozza e Enrico Gabrielli, 2.ª ed., Padova: CEDAM, 2013, p. 481.

Responsabilidade do Estado “pelo” contrato:

reflexões a partir da responsabilidade do contratante por lacunas e erros em concessões de serviços públicos

THIAGO MARRARA¹

ALLAN FUEZI DE MOURA BARBOSA²

Resumo

O artigo analisa o tema da responsabilidade do Estado “pelo” contrato como forma de responsabilidade extracontratual, tomando como base danos eventualmente gerados por lacunas e erros em contratos de concessão comum ou de parceria público-privada.

1 Professor de direito administrativo da Universidade de São Paulo. Doutor pela Universidade de Munique – LMU. Editor da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA). Advogado. marrara@usp.br

2 Mestre em Direito e Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador associado ao Centro de Investigação de Direito Europeu, Econômico, Financeiro e Fiscal – CIDEEF. Parecerista da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA). Advogado. allanfuezibarbosa@gmail.com



Palavras-chave: responsabilidade do Estado; responsabilidade “pelo” contrato; concessões; lacunas contratuais; erros.

Abstract

This article analyses the State liability “for” the contracts as a type of extracontractual liability. For that, it takes into consideration losses arising from contractual gaps or contractual errors related to concessions of public services and public private partnerships.

Keywords: State liability; liability “for” the contract; concessions; contractual gaps; contractual errors.

Índice: 1. Introdução. 2. Lacunas e erros em contratos de concessão. 2.1. As lacunas e as cláusulas gerais: as medidas adequadas. 2.2. Soluções para lacunas em concessões. 2.3. Erros na teoria geral dos contratos e no direito privado. 2.4. Erros em contratos públicos e o papel do regulador. 3. Responsabilidade “pelo” contrato. 3.1 Responsabilidade “pelo” contrato e “no” contrato. 3.2. Tipos de responsabilidade “pelo” contrato como responsabilidade extracontratual. 3.3. Omissão estatal, lacunas e responsabilidade “pelo” contrato. 3.4. Erros contratuais e responsabilidade “pelo” contrato. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A prestação de serviços públicos no Brasil, por força do artigo 175, da Constituição da República, ocorre de modo direto ou indireto. Na pri-

meira modalidade, o próprio Estado assume a prestação por meio de órgãos da Administração Direta ou entes especializados da Administração Indireta; por outro lado, na execução indireta, por exigência constitucional, as tarefas públicas são desempenhadas por entidade não integrante da esfera federativa que a titulariza. Ao longo das últimas três décadas, e a despeito dos governos mais à direita ou à esquerda, essa forma de prestação ganhou mais espaço em razão das variadas crises fiscais, dos elevados comprometimentos orçamentários do Estado brasileiro, das duras críticas à autorreferenciabilidade da Administração Pública burocrática e da valorização do modelo de administração pública gerencial, intensamente escorado no setor público não estatal.

Nesse movimento de câmbio para um Estado mais diretivo, regulador e menos prestativo, o princípio da impessoalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição) somado ao dever de tutelar a concorrência, sobretudo a livre-iniciativa (artigo 170 da Constituição), ganharam proporcional atenção diante do enorme volume de recursos financeiros envolvidos na operação de serviços públicos desestatizados e em virtude da cobiça de agentes econômicos nacionais e estrangeiros pela celebração de contratos de delegação com o Poder Público nas esferas federal, estaduais e municipais. Essa atenção e protagonismo se deveu à função desses princípios na garantia de que os agentes econômicos interessados em assumir o exercício de funções públicas devem ser escolhidos de modo objetivo e racional, mormente com suporte em processos licitatórios e outros processos administrativos análogos.

É exatamente na fase interna desses processos de seleção que se molda o regime de sustentabilidade econômico-financeira dos módulos concessórios ou contratos de delegação de funções estatais, levando-se em conta o recolhimento de tarifas dos usuários, a oferta de subsídios estatais



e contraprestações pagas pelo titular do serviço a ser delegado – tudo a depender do tipo de ajuste escolhido para o caso concreto. Essa modelagem permeia o ato convocatório da licitação e seus respectivos anexos, como a obrigatória minuta contratual – tudo nos termos da legislação nacional editada pelo Congresso Nacional com supedâneo em sua competência para criar normas gerais de contratação pública em todas as suas modalidades.

Por força dessa mesma legislação, também na fase interna, estruturaram-se outros aspectos dos instrumentos convocatórios e das respectivas minutas dos módulos concessórios, que trazem em seu corpo um conjunto mínimo de cláusulas essenciais, tais como a definição objeto, da área e do prazo da concessão, do modo, da forma e das condições de prestação do serviço, entre outras. Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, esses atos guiam todo processo de escolha que, uma vez encerrado com o esperado atendimento dos requisitos de validade, culminam no contrato de concessão em suas mais diversas modalidades (comum, PPP patrocinada, PPP administrativa, concessões em regime especial, como a de florestas etc.).

Nessas e noutras modalidades de delegação de serviços, o contrato administrativo de concessão como ajuste de vontades e vínculo obrigacional entre Estado e agente econômico, transforma-se um verdadeiro pilar regulatório. Todo o seu conjunto de cláusulas soma-se às disposições legais, regulamentares e regulatórias, bem como aos planos setoriais, no sentido de orientar a execução de certa política pública no médio e no longo prazo e guiar o comportamento de todos os agentes estatais e privados nela envolvidos, principalmente os titulares dos serviços, os executores, os reguladores e os usuários-consumidores.

Quer pela pluralidade de agentes envolvidos, quer pela complexidade de cada política pública ou pelo longo prazo da relação contratual que es-

ses contratos formam, a modelagem desses atos convocatórios e contratos certamente não é tarefa fácil. É preciso mínimo de clareza e precisão para se gerar previsibilidade e segurança, mas igualmente um grau suficiente de abertura semântica e adaptabilidade obrigacional, para permitir que o pacto sobreviva por muitas décadas, superando transformações geográficas, econômicas, fiscais, políticas, jurídicas e tecnológicas.

Sob essas circunstâncias, é perfeitamente concebível que os instrumentos concessórios, formados e aparentemente hígidos/válidos, revelem-se vagos e lacunosos em certos aspectos, ou venham a ser celebrados com erro essencial, vício do consentimento. A constatação dessas ocorrências inevitáveis revela que, apesar da ausência de disposições pormenorizadas na legislação administrativa brasileira em relação a muitos tópicos do direito contratual geral, os fenômenos da incompletude contratual e dos vícios de consentimento não são exclusivos do direito privado. Eles surgem no direito público a todo momento, principalmente a atingir contratos administrativos firmados para a delegação de serviços públicos e a ensejar conflitos graves entre os atores envolvidos, principalmente contratantes e reguladores.

Para resolver os eventuais conflitos decorrentes dessas lacunas e vícios, não basta examinar a legislação setorial brasileira, ou as normas gerais estabelecidas pelo Congresso Nacional sobre concessões comuns e parcerias público-privadas, pois esses temas sequer foram objeto desses diplomas normativos. Lacunas e vícios de consentimento não foram sistematizados e sequer disciplinados pelo legislador.

Essa ausência de disposições normativas exige esforços redobrados de interpretação sistemática e integração. E a função do presente artigo consiste em contribuir com essa tarefa, localizando potenciais soluções para falhas de modelagem em módulos concessórios marcados por la-



cunas e erros. Para tanto, resgata-se de início a teoria geral dos contratos e verifica-se como o regulador se porta diante do problema. Numa segunda parte, para além da busca de meios de integração de lacunas contratuais e da superação de conflitos derivados de erros, procura-se debater em que medida o Estado poderia ser responsabilizado por falhas e lacunas do contrato. Esse debate é realizado a partir da definição de uma premissa: a responsabilidade estatal “pelo” contrato, como forma de responsabilidade extracontratual.

2. LACUNAS E ERROS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO

2.1. As lacunas e as cláusulas gerais: as medidas adequadas

Em um contrato de concessão de natureza complexa e adesiva, a ocorrência de lacunas não é improvável em virtude de três motivos principais: (i) falhas na elaboração da minuta e na modelagem, sobretudo porque tais ajustes são menos corriqueiros e mais distantes da prática contratual diária dos entes públicos em geral; (ii) sua complexidade natural, já que abrangem inúmeros deveres e obrigações comutativas entre as partes, concernentes a serviços e a infraestruturas tecnicamente intrincados, e (iii) sua longa duração, que demanda uma redação menos detalhada, para permitir que o instrumento sobreviva às mudanças do tempo e se ajuste à realidade ao longo de sua vigência.

O contrato administrativo de concessão de serviço público, ajustes tipicamente administrativos de longo prazo, insere-se em um palco global de complexidade das demandas sociais, da constante modificação

dos parâmetros de excelência para a consecução do bem-estar³. Sob essas circunstâncias, seu conteúdo requer flexibilidade e adaptabilidade às demandas e às necessidades humanas e estatais que possam surgir no decorrer de sua longa vigência. Não é por outro motivo que o artigo 23, inciso V, da Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) prevê como cláusula essencial da concessão a referente “aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”.

Nesse e noutros dispositivos, o legislador reconheceu de forma expressa que o contrato administrativo em questão tem como características naturais a mutabilidade e a flexibilidade que, como dito, justificam-se tanto pela sua extensa duração quanto pela complexidade do seu objeto – fatores que impedem a concessão de se adequar ao modelo neoclássico do direito contratual,⁴ baseado em cláusulas minudentes e com a previsão integral de todas os caminhos obrigacionais que a relação, geralmente de curto prazo, poderá seguir ao longo de sua vigência.

Sob essa lógica e dinâmica próprias, as partes diretamente envolvidas no contrato de concessão (*i.e.*, o titular do serviço público como concedente e o executor do serviço como concessionário), mesmo que

3 OLIVER E. WILLIAMSON. “Transaction-cost economics: the governance of contractual relations”, *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979, p. 238: “A recognition that the world is complex, that agreements are incomplete, and that some contracts will never be reached unless both parties have confidence in the settlement machinery thus characterizes neoclassical contract law”.

4 WILLIAMSON. *JLEp*. 238.



adstritas a cláusulas essenciais, são estimulada a explorar as “*virtuades do contrato incompleto*”,⁵ de modo a promover a maior eficiência do instrumento entabulado, com vistas à consecução perene do interesse público primário (*in casu*, a execução do serviço público adequado em benefício da coletividade).

Essa imprescindível flexibilidade e a proposital abertura semântica impõem o emprego de uma figura específica nos módulos concessórios: as cláusulas gerais, cuja definição será vista a seguir, bem como a sua diferenciação das lacunas contratuais, inclusive em relação às soluções do ordenamento jurídico para a sua superação.

As *cláusulas gerais* possuem diversas acepções na doutrina contratual. Tome-se aqui a lição de Menezes Cordeiro,⁶ que as divide em três grandes grupos, quais sejam: a) o restritivo, que “(...) *opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como no caso da expectio doli*”; b) o extensivo, que “(...) *amplia uma regulação dispersa em vários preceitos*”, como no caso da utilização da expressão “entre outras”; e c) o regulativo, que “[...] *não se ordena, como as anteriores, em função de outras disposições, surgindo de modo independente*”, diante da relativização decorrente de fenômeno fundado em fatores históricos ou utilização de direito comparado.

No âmbito do contrato de concessão, vislumbram-se todos os tipos de cláusulas gerais. De um lado, notam-se cláusulas gerais restritivas, lastreadas nos ditames do artigo 37 da Constituição Federal. A flexibilidade

5 FERNANDO ARAÚJO. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 405.

6 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *A boa fé no direito civil*, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1184.

decorrente da relação contratual não pode ser irrestrita, absoluta, pois há uma relação de direito administrativo, balizada por parâmetros decorrentes dos princípios da moralidade, da legalidade, da publicidade, entre outras imposições próprias da legislação de licitações e contratos administrativos, bem como da lei de concessões e da legislação setorial.

De outro lado, o contrato de concessão poderá conter cláusulas gerais extensivas, sobretudo as relativas ao incremento na qualidade da prestação de serviço. Por força do princípio da atualidade inerente ao conceito de serviço adequado, consagrado na Constituição e na legislação concessória,⁷ parâmetros de qualidade podem ser adaptáveis a crescentes exigências baseadas em estudos científicos e novas tecnologias, o que poderá ensejar modificações práticas no negócio jurídico, sem violar a sistemática publicística de respeito ao instrumento convocatório. Como se demonstrou, consta da própria legislação regente das concessões a necessidade de inserção de cláusula que cuide da ocorrência de necessidades futuras de alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e instalações, como forma de evitar litígios, por meio da oportunização de *“condições de renegociação às exigências que surgirem ao longo do período da concessão”*.⁸

Em outra perspectiva, os contratos de concessão também se adequam às cláusulas gerais do grupo regulativo, uma vez que estão submetidos a fatores históricos que podem ocasionar uma amplitude interpretativa dos agentes de algum modo envolvidos na execução ou fiscalização do contrato. Isso, sobretudo em face de dispositivo legal que permita a edição de normas cogentes aos concessionários.

7 §§ 1o e 2o, do artigo 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

8 GLORIA CONFORTO. “Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos”, *Revista de Administração Pública*, vol. 32, n. 1, 1998, p. 34.



A despeito do tipo, o que importa esclarecer é que, em contraste com as lacunas, as proposições jurídicas caracterizadas como cláusulas gerais não representam ausência normativa da relação jurídica contratual, mas sim abertura semântica que se reflete em grande amplitude interpretativa. De maneira mais simples: uma cláusula geral não pede integração, senão interpretação. E mais: o resultado dessa interpretação variará de acordo com o contexto histórico, normativo e técnico em que o contrato se inserir no momento em que for interpretado, quer pelas partes, quer pelo regulador, quer pelos órgãos públicos de controle e solução de conflitos.

A partir dessa lição, conclui-se facilmente que: (i) quanto maior for o prazo de vigência do contrato, maior será a necessidade de se desenhá-lo de modo aberto, vago, semanticamente não hermético e, a despeito do desejo das partes, maior será a suscetibilidade de que ele se harmonize à realidade do momento e (ii) na Administração Pública, os contratos de concessão de serviços públicos, pela sua natural extensão temporal, submetem-se ao processo de interpretação de cláusulas abertas com mais frequência que os meros contratos administrativos instrumentais de aquisição de bens, obras ou serviços em vínculos expressivamente mais breves.

Diversamente da cláusula geral, a lacuna representa falta de dispositivo mandamental específico a reger uma situação concreta, por exemplo, entre os contratantes. Longe de uma abordagem unitária,⁹ esse fenômeno aceita inúmeras classificações e compreensões que extrapolam os limites do presente estudo. Por ora, basta destacar a proposta de Karl Larenz,¹⁰ desenvolvida com foco nas lacunas de leis, mas igualmente apli-

9 Em detalhes, cf. MARIA HELENA DINIZ. *As lacunas no Direito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117-118.

10 KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 537.

cável para as lacunas contratuais. A partir dos ensinamentos do jurista alemão, é possível sustentar que, sob um critério temporal, existem lacunas iniciais, oriundas da elaboração do ato e presentes na sua versão originária, e lacunas supervenientes, que surgem em virtude da evolução técnica ou econômica e colocam entre os sujeitos novas questões que não podiam ser concebidas no momento de concepção do contrato. A superveniência de lacunas é de igual modo admitida por Canaris¹¹ como decorrentes de alterações nas circunstâncias fáticas ou nas valorações imanentes à ordem jurídica.

Para a resolução dos problemas decorrentes de lacunas, originárias ou supervenientes, a mera interpretação é inútil. Após a constatação do vazio mandamental, é preciso que um ou mais sujeitos, legitimados a tanto, criem norma nova por meio de técnicas de “integração” aceitas pelo ordenamento jurídico. Especificamente no direito positivo brasileiro, essas técnicas foram indicadas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - doravante “LINDB” (Decreto-Lei n.º 4.657/1942). Ao tratar de lacunas legais, seu artigo 4.º assim dispõe: “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Segundo Alípio Silveira, o legislador objetivou evitar um “subjetivismo anárquico”¹² e, por isso, estabeleceu esses parâmetros.

No âmbito dos serviços públicos delegados, não interessam unicamente as lacunas legais, existentes nas leis gerais e setoriais. As *lacunas contratuais* merecem atenção, já que podem comprometer diretamente a execução do serviço e a atividade regulatória que sobre ele se desen-

11 CLAUDIUS WILHELM CANARIS. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Duncker e Humblot, 1964, p. 135.

12 ALÍPIO SILVEIRA. “Hermenêutica no direito social”, *Revista Forense*, v. 135, 1951, p. 24.



volve. É aqui que ganha relevância a figura do contrato incompleto, definido por Luciano de Camargo Penteado, como “o contrato em que o clausulado contém omissão relevante para a gestão das contingências que sucederão ao longo do relacionamento contratual”.¹³ A omissão relevante é expressão fluida, que admite diferentes sentidos. No campo do direito administrativo, todavia, pode-se partir da presunção (relativa) de que é relevante toda omissão sobre aquilo que a legislação considera cláusula essencial de uma minuta contratual.

Assim, a lacuna contratual consiste na falta de disposição expressa do ajuste a respeito de temas essenciais, que deveriam ser abordados mesmo que de modo aberto, à sua execução e ao atingimento de suas finalidades. *Grosso modo*, esses temas essenciais equivalem aos mencionados nos artigos 23 e 23-A, da Lei 8.987/1995, e no artigo 5º da Lei n.º 11.079/2004, entendidos como obrigatórios para contratos de delegação de serviço.

2.2. Soluções para lacunas em concessões

Como visto, as cláusulas gerais não carecem de complemento. Trata-se de cláusulas cuja indefinição de sentido próprio decorre de meras faltas de explicitação ou pormenorização declarativa que não comprometem as metas e os parâmetros objetivados com a contratação pelo poder concedente, pois são passíveis de interpretação tanto pelos contratantes quanto por certos terceiros, como alguns entes reguladores por força de expressa previsão de lei setorial.¹⁴

13 LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO. *Integração de contratos incompletos*. Ribeirão Preto: tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP), 2013, p. 249.

14 Nesse sentido, veja-se o permissivo interpretativo dos contratos pelas autoridades reguladoras, consoante a Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico, no § 2º, do art. 25.

Diante da complexidade, da longa duração e da tecnicidade dos contratos de delegação de serviços públicos, é bastante usual e até mesmo sugerível que se abordem alguns assuntos essenciais de modo vago, impreciso, indeterminado, deixando-se propositalmente incompleta ou mutável certa obrigação das partes contratantes. Se houver cláusula essencial, mas tal disposição não for clara – ou for implícita – estar-se-á diante de uma cláusula geral, pelo que caberá tanto às partes quanto ao regulador a sua interpretação para a consecução dos fins da política estabelecida pelo ente federativo em questão.¹⁵ Isso significa que, perante cláusulas gerais, a atuação técnico-normativa do regulador a criar obrigações para os contratantes (titulares e executores dos serviços) tem lastro tanto em seu eventual poder legal de interpretação contratual quanto na sua simultânea vinculação à Constituição da República, aos princípios da Administração Pública e às suas finalidades regulatórias.

As faltas atinentes ao *sentido* das cláusulas gerais do contrato não devem se resolver por integração, por criação de cláusulas (substanciais) inexistentes no ajuste originário. Basta simplesmente recorrer à interpretação do texto formativo do instrumento firmado entre o poder concedente e a concessionária. Nesses casos, a agência reguladora em questão deve apenas analisar os limites legais de sua atuação em relação à matéria a ser interpretada, para que o ato seja lícito. Exemplificativamente, no direito brasileiro, uma agência de saneamento poderá agir plenamente diante dessas cláusulas, pois o artigo 25, § 2º, da Lei n.º 11.445, de 5

15 Exemplificativamente no caso do setor de saneamento básico, a interpretação realizada pelo regulador, autorizada expressamente no artigo 25, § 2º, da Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, poderá ocorrer em duas situações distintas: (i) pontualmente, com o objetivo de construir uma decisão concreta sobre questão ou conflito presente em processos administrativos sob sua competência, como os de fiscalização ou de sancionamento ou (ii) genericamente, consolidada em atos normativos de regulamentação técnica aprofundada nos assuntos sob seu poder regulamentar.



de janeiro de 2007 confere-lhe essa expressa atribuição ao dispor que: “Compreendem-se nas atividades de regulação dos serviços de saneamento básico a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios”.

Por outro lado, a lacuna contratual reflete a falta de estipulação de um mandamento necessário (substantivo ou essencial) ao desenvolvimento efetivo do contrato – falta essa que, pela sua gravidade, não pode ser saneada mediante simples interpretação. Sua superação depende do emprego de meios de integração. As lacunas dizem respeito ao bojo do contrato, a mandamentos sem os quais ele não poderá atingir sua finalidade, *i.e.*, a suas cláusulas essenciais. O preenchimento da lacuna, por conseguinte, requer integração, técnica por meio da qual se limitam ou ampliam direitos ou obrigações das partes contratantes, para além do previsto no ajuste originário. Enquanto a integração exige que se diga o que não foi dito, nem estipulado, a interpretação trata apenas de fixar o sentido daquilo que foi expressa ou implicitamente pactuado, ainda que de modo aberto.

A despeito do que se repute omissão relevante, de modo semelhante ao caso da lacuna legal, o preenchimento da relação contratual demanda integração através da qual, segundo Karl Larenz,¹⁶ limita-se ou amplia-se o dever de prestação para além das previsões mandamentais. Resta apenas esclarecer se, no Brasil, as metanormas da LINDB (artigo 4º) se aplicam aos contratos que apresentem lacunas impeditivas ou prejudiciais à sua execução.

A essa indagação, em tese acadêmica sobre o assunto, Penteadó manifesta-se positivamente, porém adverte que a analogia se mostra a

16 KARL LARENZ. “Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, 1956, p. 210-212.

melhor solução ao tipo de problema aqui examinado. É possível empregar, assim, tanto a analogia realizada pelas próprias partes contratantes, como a determinada pelos órgãos de soluções de controvérsias previstos nos contratos, como as câmaras arbitrais ou o Judiciário. Seja por analogia ou outras técnicas, o que se deve ter sempre em mente é que “ao integrar uma lacuna, seja legal, seja contratual, o agente de direito que o faz está criando direito novo [...]”, afinal ela “tem caráter nitidamente negativo (ausência de regulamento jurídico) em fase de uma gama de realidades regradas, estas de caráter nitidamente positivo”.¹⁷

Partindo-se dessa compreensão, conclui-se que o regulador, quando não dispuser de competência para realização de atividades de organização dos serviços públicos, não figurará como parte contratante e não poderá licitamente integrar as lacunas. Referida tarefa caberá tão somente a quem coube elaborar a minuta de contrato e celebrá-lo: a princípio, o titular do serviço que figura como concedente, juntamente com o prestador, na qualidade de concessionário. Igualmente competentes para exercer a integração serão os órgãos de controle e solução de conflitos, como o Judiciário e as câmaras arbitrais – se previstas no contrato de concessão e desde que a lacuna se refira a direitos patrimoniais disponíveis.¹⁸

Dizendo de outro modo: se, num modelo regulatório específico, o ente regulador dos serviços público não tiver assumido as atribuições organizacionais, que incluem a preparação da licitação e da minuta do ajuste, bem como sua celebração em nome do titular, não figurará como parte

17 PENTEADO, . *Integração*, p. 352-353.

18 Sobre os limites da arbitrabilidade nos contratos administrativos, cf. THIAGO MARRARA, JOÃO TORELLI PINTO. “Arbitragem e Administração Pública – considerações sobre a proposta de alteração da legislação”, *Revista de Direito Público da Economia*, n. 46, 2014, em geral.



contratante. Sua posição se limitará à de terceiro, com eventuais poderes de homologação daquilo que for expressa ou implicitamente acordado, sem qualquer legitimidade para, diante de um conflito entre titular e executor dos serviços, impor medida integrativa das lacunas contratuais que modifiquem o jogo de obrigações originariamente estipuladas.

A criação de mandamentos novos através de mecanismos de integração, portanto, recairá nas mãos do poder concedente como titular do serviço público delegado – primariamente competente pela organização da licitação e do contrato – ou, em caso de conflito não dirimido entre as partes, nas mãos dos órgãos, públicos ou privados, competentes para solucionar disputas contratuais. Contudo, é indubitável que essa ação integrativa se tornará completamente desnecessária na situação em que o ordenamento jurídico conferir ao regulador o poder de normatizar o assunto por regulamentos técnicos e ele tiver exercido essa competência.

Em outras palavras, o aspecto obrigacional carente de tratamento no contrato administrativo de delegação do serviço ou que nele receba tratamento parcialmente lacunoso não demandará integração acerca daquilo que estiver disciplinado em normas expedidas pelo ente regulador dentro dos limites de suas competências regulamentares. Nessas situações, não estará o regulador a integrar o contrato no lugar dos contratantes. Na verdade, a integração se tornará desnecessária, uma vez que o exercício do poder normativo suprirá plenamente o vazio obrigacional! A lacuna se tornará irrelevante, não porque as partes criarão um mandamento contratual mediante integração, senão porque o regulador já terá expedido um mandamento geral e abstrato, porém técnico, a partir de seus poderes normativos setoriais.

Seja no sentido de detalhar cláusulas gerais de contratos regulados, seja para tratar de temas sobre os quais o contrato silenciou de modo

parcial ou total, é essencial registrar que a ação normativa do regulador de serviços nos temas previstos na lei setorial prevalecerá sobre a integração ou a interpretação realizada pelas partes contratantes.¹⁹ Pois bem, se nem mesmo uma cláusula expressa poderá obstar ou contrariar as funções regulatórias, inclusive as normativas, tampouco poderão as partes contratantes fazê-lo ao interpretar cláusulas gerais ou integrar lacunas.

2.3. Erros na teoria geral dos contratos e no direito privado

Nem o mais prudente e cauteloso planejamento da contratação pública é capaz de evitar que os instrumentos concessórios, como qualquer tipo de negócio jurídico, venham a ser maculados por vícios de consentimento. O atendimento aparente aos requisitos legais e editalícios pela proposta vencedora na licitação que precede a concessão comum ou a parceria público-privada não impede que, posteriormente à celebração, identifiquem-se, por exemplo, erros de diferentes espécies ou tipos variados de fraude.

Embora se deva reconhecer seu inegável caráter de adesão, decorrente de uma forma de elaboração muitas vezes solitária e marcada por baixo grau de diálogo, os contratos de concessão e de parcerias público-privadas assentam-se sobre um *elemento voluntário*, imprescindível à formação do vínculo entre a Administração Pública, como delegante, e o particular, como delegatário de um serviço concedido. É a presença da vontade convergente entre as partes que transforma a concessão em contrato e a torna suscetível, como os demais instrumentos desse gênero, aos chamados vícios de consentimento.

19 Por exemplo, a da Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, a uma, dá a entender que a validade do contrato está subordinada às normas regulatórias (artigo 11, inciso III) e, a duas, que “os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados” (artigo 11, § 3º).



Não cabe aqui retomar todos os vícios enumerados e debatidos na teoria geral dos contratos. Para as concessões de serviços públicos, em suas várias modalidades, há dois tipos mais relevantes: a fraude e o erro. O primeiro é facilmente manejado, pois tem a sua disciplina criminalizada até mesmo na legislação de licitações e contratos administrativos (artigo 96, da Lei n.º 8.666/1993)²⁰ e, por conseguinte, enseja a nulidade contratual,²¹ sem prejuízo de outras formas de responsabilidade, como as previstas na Lei Anticorrupção (artigo 5º, inciso IV, alínea 'd', da Lei n.º 12.846/2013).

Já o erro como vício de consentimento e suas consequências no âmbito da contratação pública, inclusive na celebração de contrato administrativo de concessão, não encontram tratamento legislativo, quer em normas gerais, quer em normas setoriais, pedindo avaliação e tratamento cuidadosos. Na verdade, diante da falta de disciplina legal bem definida, a solução para esse vício contratual exige que se resgate a teoria geral dos contratos e se recorra à disciplina dos contratos de direito privado.

Não é demais esclarecer que a remissão a normas da teoria geral, bem como a suas expressões na legislação privada, não se mostra apenas aceitável. Ela também é determinada pela legislação que cuida de contratos ad-

20 Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I- elevando arbitrariamente os preços; II- vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III- entregando uma mercadoria por outra; IV- alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V- tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena- detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

21 “A fraude, no caso, refere-se à finalidade da licitação (selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mediante disputa entre os particulares). A expressão indica, de um lado, a frustração desse intento; de outro, a utilização de meio ardiloso que conduz a Administração a um equívoco. Esse equívoco consiste em supor que a proposta selecionada é a melhor do mercado, quando, na realidade, não o seria. Somente se aperfeiçoa o crime quando a Administração, após selecionar uma proposta, efetivar a contratação com o particular”. MARÇAL JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 616.

ministrativos. O artigo 1º da Lei n.º 8.987/1995 afirma que se aplicam às concessões “normas legais *pertinentes*”, ou seja, abre espaço para a incidência da teoria geral dos contratos naquilo que se harmonize com a lógica concessória. No mesmo sentido, a Lei n.º 8.666/1993, em seu artigo 54,²² prevê claramente a aplicação supletiva dos princípios da *teoria geral dos contratos* e as *disposições de direito privado* aos contratos administrativos.²³

Mesmo que inexistissem referidos dispositivos legais, a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos à Administração Pública jamais poderia ser negada ou rechaçada por dois motivos básicos: (i) os contratos administrativos são meras espécies do contrato como um instituto lógico-jurídico de caráter transdisciplinar presente em inúmeras áreas do direito e (ii) sendo assim, não haveria motivo para que o legislador, ao criar diferentes figuras de contratos administrativos, reproduzisse em todas as leis as normas básicas da teoria geral dos contratos. Entretanto, como bem alerta Marçal Justen Filho, a teoria geral e as normas de direito privado incidirão de maneira supletiva, contanto que não haja norma própria a reger o assunto (lacuna legal) e desde que sejam compatíveis com os princípios de direito administrativo e com as regras especiais de cada tipo de contrato firmado por entes estatais.²⁴

22 Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

23 JUSTEN FILHO, p. 34.

24 Nas palavras do autor: “A aplicação dos princípios de direito privado (acerca da matéria contratual) far-se-á sempre supletivamente. Vale dizer, somente serão aplicáveis quando inexistir solução emanada dos princípios de direito público e na medida em que a solução não seja incompatível com o regime de direito público. Bem por isso, a vigência do Código Civil de 2002 produzirá efeitos não tão significativos em relação à contratação administrativa. Ainda estão por ser avaliados, em termos mais exatos, os dispositivos da Lei n. 8.666 afetados pelo diploma”. JUSTEN FILHO, *Comentários*, p. 480.



Feito esse registro preliminar, cumpre retomar a definição de erro como vício de consentimento reconhecido pela teoria geral dos contratos para, em seguida, verificar suas implicações no âmbito das concessões de serviços públicos, que, repita-se, não disciplinou o assunto.

Na lição de Orlando Gomes, o erro como vício negocial se configurará sempre que a declaração de vontade sofrer uma falsa representação, por não abarcar o elemento verdadeiro da intenção, tendo o agente a formação sem ter o conhecimento exato ou completo da situação em que negocia e celebra o contrato.²⁵ Para Maria Helena Diniz,²⁶ a figura tem sede na inexistência sobre um objeto que influencia a formação da vontade do declarante, de modo diverso se dele tivesse o exato conhecimento. Silvio Rodrigues o considera como um engano adulterador da vontade do agente, que ocasiona a invalidade do negócio²⁷. Maurício Mota, a seu turno, sintetiza o erro como “um vício de consentimento ocasionado por uma representação falsa do negócio jurídico, seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes”, diferindo da ignorância, espécie de erro consistente na “total ausência de conhecimento sobre o negócio”.²⁸

Na disciplina contratual, as consequências desse fenômeno capaz de distorcer as vontades variam conforme as diferentes acepções da figura. O erro em sentido amplo se deixa classificar em essencial (ou substancial) e não essencial (ou não substancial). O primeiro é vício de vontade, que atinge elementos fundamentais à formação do contrato, sem os quais

25 ORLANDO GOMES. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 485.

26 MARIA HELENA DINIZ, *Código Civil anotado*, 14ª ed., rev., atual. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 170.

27 SILVIO RODRIGUES. *Direito Civil 1: parte geral*, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

28 MAURÍCIO MOTA, “O erro inescusável no negócio jurídico” *Empório do Direito*, edição digital de 30/08/2017, s.p.

as partes poderiam não o ter firmado, com a possibilidade de anulação do negócio.²⁹ Nos termos do artigo 139, do Código Civil brasileiro: “O erro é substancial quando: I- interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III- sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.

Para os fins do presente estudo, mais relevante é a figura do erro quanto à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades essenciais do ajuste. Em pesquisa sobre o tema na seara privatista, Maurício Mota³⁰ explica que o *error in negotio*, proveniente do direito romano, ocorre quando os contratantes se manifestam pela conclusão do negócio jurídico com divergência quanto à sua espécie. Nessa primeira situação, também se inserem os erros relativos à base negocial, que, segundo Antonio Menezes Cordeiro, são os referentes a representações dos contratantes sobre circunstâncias essenciais relativas ao contrato e que, se fossem conhecidas, não teriam permitido sua celebração.³¹

A seu turno, o erro quanto ao objeto principal da declaração é o que recai sobre a identidade do objeto que condicionou a contratação. Imagine-se, no campo do direito administrativo e exemplificativamente quanto à matéria de saneamento, a celebração de um contrato para realização apenas de serviços de esgotamento sanitário, quando se pretendia contratar conjuntamente serviços de abastecimento de água po-

29 RODRIGUES, *Direito Civil 1*, p. 187.

30 MOTA, *E D*, s.p.

31 ANTONIO MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 65, v. II, 2005, p. 1.035.



tável. Há igualmente o erro quanto às qualidades essenciais do objeto. Segundo Mota, ele atinge aspectos relativos às condições naturais e às circunstâncias de fato e de direito que, “como consequência de seu caráter e duração, influem sobre a utilidade e o valor” da relação negocial para aquele que comete o erro.³²

Por outro lado, no direito privado, o erro não substancial representa um mero equívoco retificável, como em relação à pessoa cogitável, à coisa identificável ou ao cálculo nitidamente equivocados, a teor dos artigos 142 e 143 do Código Civil de 2002.³³ Segundo Diniz, o erro a que se refere o Código ocorre, por exemplo, na contagem inexata de componentes do preço, na inversão de algarismos, no engano sobre operações aritméticas, de modo a representar um resultado matemático inverídico.

Como erro acidental, ele não induz a anulação do negócio “por não incidir sobre a declaração de vontade”. Para superá-lo, basta retificar a declaração “se as duas partes tiverem ciência do exato valor do negócio por elas efetivado”.³⁴ Isso demonstra que o mero erro de cálculo não se confunde com *erro de metodologia*, que ultrapassa a mera contagem inexata e não se sujeita à retificação simples. Erro de metodologia de cálculo que interfira, por exemplo, no valor geral dos investimentos ou seu retorno, bem como na utilidade geral do contrato para uma das partes é, em verdade, erro substancial, concernente às qualidades essenciais do objeto contratado.

32 MOTA, ED, s.p.

33 Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada. Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.

34 DINIZ, Código, p. 175.

Além de se verificar o elemento sobre qual incide o erro, de acordo com a teoria geral dos contratos, é preciso igualmente examinar a escusabilidade. Essa exigência busca afastar as consequências do vício de consentimento em debate diante de hipóteses de erro grosseiro, claramente perceptível por aquele que o cometeu. Exatamente por essa função, ainda que o Código Civil de 1916 não tenha tratado de modo explícito desse requisito, a doutrina já o reconhecia desde então. A ilustrar essa visão, Orlando Gomes sustentava que, para configurar vício do consentimento, “o erro deve ser essencial e escusável”.³⁵ Para Maria Helena Diniz, dizer que o erro é escusável implica demonstrar que tem fundamento numa “razão plausível” ou que possa ser cometido por “pessoa de atenção ordinária ou de diligência normal” em face das circunstâncias do negócio.³⁶ Gustavo Tepedino, por sua vez, confirma que, independentemente da omissão do Código anterior, a escusabilidade constituía um “requisito tacitamente atribuído pelo sistema ao declarante”.³⁷

O Código Civil de 2002, em seu artigo 138, tratou desse requisito ao afirmar que serão anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Em sentido contrário, a regra afirma ser incabível a anulação do contrato para prestigiar os interesses do contratante que foi vítima do erro, mas não agiu com a diligência normal ao celebrar o contrato à luz das circunstâncias fáticas do momento.

35 GOMES, *Introdução*, p. 485.

36 DINIZ, *Código*, p. 170.

37 GUSTAVO TEPEDINO *et. al. Código Civil interpretado*, vol. 1, 2ª ed., rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 272.



De acordo com a precisa e concisa lição de Mota,³⁸ “se houver falta injustificável da parte de quem caiu no erro o contrato subsiste”, pois “o direito não protege o erro grosseiro, que poderia ser percebido por uma pessoa rústica, sem grandes conhecimentos ou cultura”. Na seara privatista, assim, a extinção do negócio com erro, enquanto vício que prejudica o interesse daquele que o comete, tem como requisito a proteção da boa-fé do sujeito que age dentro dos limites mínimos esperados pelos parâmetros aceitáveis de diligência.

Em conclusão: para se superar o erro substancial como vício de consentimento que atinge um contratante diligente, o direito privado prevê a anulabilidade do negócio jurídico, limitada a prazo quadrienal, mas permite alternativamente sua manutenção caso a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirigiu, ofereça-se para executá-lo na conformidade da vontade real do declarante que errou (artigo 144, do Código Civil). Em particular, os erros substanciais quanto à pessoa ou à identidade do objeto tampouco comprometerão a validade do negócio, quando se puder identificar a coisa ou a pessoa cogitada (artigo 142). Enfim, os erros não substanciais, como os simples cálculos incorretos, poderão ser superados mediante retificação (artigo 143). Cabe agora verificar em que medida essas conclusões se transportam ao direito administrativo.

2.4. Erros em contratos públicos e o papel do regulador

Ainda que a legislação se omita por completo a respeito do erro como um vício de consentimento dentro do direito público, sua ocorrência nas relações contratuais travadas pela Administração Pública é incontestável e, por algumas razões, até mais relevante que no direito privado. A uma,

38 MOTA, *ED*, s.p.

os contratos administrativos, principalmente os concessórios, são naturalmente complexos, já que abarcam serviços e infraestruturas de grande porte e tecnicamente sofisticadas. Não é raro que órgãos de contratação pública menos estruturados prescindam de *expertise* suficiente para compreender aquilo que colocam em licitação e para desenhar contratos que contenham as cláusulas essenciais previstas na legislação. A duas, pelo mesmo motivo apontado e também pelos altos custos de transação que as licitações ocasionam para os agentes de mercado, tampouco é incomum que alguns deles se equivoquem sobre o objeto contratual que assumem quando vencem as licitações ou sobre obrigações acessórias a ele.

Por esses e outros aspectos e frente à referida carência normativa, a questão que se põe é se e em que medida as classificações e regras construídas no âmbito do direito privado se encaixam no direito público e, mais importante, quais as consequências dos erros que viciam a vontade das partes em contratos administrativos, como os de concessão de serviços públicos.

Quanto às classificações, a resposta se afigura menos dificultosa. Para se compreender o conjunto de vícios relativos à declaração de vontades que sustenta contratos administrativos, como os de concessão de serviços públicos, é novamente útil a distinção entre erros materiais ou não essenciais, passíveis de rápida e simples retificação, dos erros substanciais, relativos à identidade do contratante ou do objeto, bem como à natureza do negócio ou a alguma de suas qualidades essenciais.

Especificamente no que se refere aos erros sobre qualidades essenciais do negócio, no direito administrativo, mostra-se adequado partir da presunção relativa de que tudo aquilo que o legislador considerou como elemento obrigatório do contrato público, seja qual for sua espécie, deverá se enquadrar a princípio no conceito de qualidade essencial. Com base nessa premissa, especificamente para os contratos de concessão



comum, essenciais são os aspectos previstos nos artigos 18 e 23, da Lei n.º 8.987/1998, a exemplo dos relativos ao modo, à forma e às condições de prestação do serviço adequado, aos direitos e deveres dos usuários, às possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, aos critérios de reajuste e revisão, à lista de bens reversíveis e aos dados relativos à obra (se houver), inclusive seu cronograma de execução.

Diante da identificação de erro substancial, quanto ao objeto, inclusive à base circunstancial do negócio jurídico, e quanto às suas características essenciais, as soluções que se abrem no direito administrativo são, porém, bem mais complexas que as previstas no direito privado. A necessidade de se garantir a anulabilidade do contrato em favor da parte que cometeu, de forma escusável, o erro substancial e danoso exige adaptações. A partir da legislação nacional de licitações e do regime exorbitante que marca os contratos administrativos no Brasil, as implicações desse tipo de erro requerem exame conforme o sujeito que o tenha cometido, ou seja, o sujeito que tenha sua vontade viciada e sua situação e seus interesses consequentemente prejudicados.

De um lado, o erro substancial do *particular contratado*, como o delegatário do serviço público em contrato de concessão comum ou de parceria público-privada, poderá ser superado de três formas:

- (i) Pela *modificação do contrato em consenso* com a Administração Pública (como concedente). Nesse caso, deve-se comprovar que o contrato, acaso fosse corrigido no momento da licitação (ainda como minuta), não teria alterado a ordem de classificação das propostas e a seleção do licitante vencedor. Essa ressalva é re-

levante, pois as licitações para concessão, ainda que regidas por lei própria, sujeitam-se a princípios gerais da matéria, como os previstos na Lei n. 8.666/1993. Entre outras normas que esta lei impõe a todos os níveis da federação, duas merecem destaque, quais sejam: (1) “Todos quantos participem de licitação... têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento...” (artigo 4º, *caput*) e (2) “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação de propostas” (artigo 21, § 4º). Desses dois dispositivos resulta a vedação de que o contrato em execução, cuja minuta fez parte do edital, seja modificado de maneira a transformar completamente as condições em que se apoiou e correu o certame, ainda que essa modificação consensual se destine a afastar um erro substancial, no intuito de salvar o contrato viciado;

- (ii) Pelo *distrato*, ou seja, pela extinção amigável e consensual do contrato administrativo, desde que, novamente, comprove-se o erro escusável e que haja conveniência para a Administração Pública contratante, expressa em autorização escrita e fundamentada da autoridade competente para tanto (por força das previsões do artigo 79, inciso II e § 1º, da Lei n.º 8.666/1993, aplicáveis às concessões por analogia); e



(iii) Pela *anulação judicial do contrato*, requerida pelo particular contratado, quando o ente público contratante se recusar à rescisão amigável. Nessa hipótese, caberá a ele a comprovação de que o erro: (i) é substancial; (ii) é escusável, ou seja, não poderia ter sido percebido por agente econômico que empregasse as diligências exigidas ao contratar com a Administração Pública e (iii) lhe gere efetivo prejuízo. A anulação poderá ser global ou parcial, a depender da extensão do erro. Em analogia ao que se prevê no direito civil, a invalidação da obrigação principal induz a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da principal. Além disso, respeitada a vontade das partes, a invalidade parcial não o prejudicará na válida, se esta for separável (artigo 184, do Código Civil).

De outro lado, o erro substancial e danoso, cometido pelo *Estado na qualidade de contratante*, por exemplo, como concedente de serviço público, poderá ser superado: (i) pela modificação consensual do contrato, desde que respeitadas as condições de competição que pautaram a licitação, nos termos esclarecidos anteriormente; (ii) pelo distrato ou “rescisão amigável”, (iii) pela anulação judicial, solicitada pela Administração Pública como prejudicada pelo erro que cometeu na ausência de consenso para o distrato, bem como (iv) pela modificação unilateral do contrato e (v) pela rescisão unilateral do contrato, de que é espécie a encampação de concessões de serviços públicos. Como as três primeiras são idênticas às hipóteses de erro do particular, deve-se ater em maior detalhe essas duas últimas situações.

Como poder exorbitante que marca tanto os contratos administrativos instrumentais (como os de aquisição de bens, serviços e obras), como

os módulos concessórios, a modificação unilateral constitui uma técnica de superação de vícios de consentimento como erros que desfavorecem o Estado na qualidade de contratante, desde que a correção do elemento viciado seja compatível com a pessoalidade do contrato público (o que afasta modificações para superar erros quanto à identidade do particular contratado), com os limites de exercício do poder de modificação (o que impede a modificação para alterações quantitativas incompatíveis com eventuais tetos legais) e, ainda, com o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e com a intangibilidade das cláusulas econômicas do contrato.

Além da modificação unilateral, a Administração Pública poderá se valer da rescisão unilateral de contratos, utilizando-se, por exemplo, da técnica da encampação de contratos de concessão, sempre que o erro, escusável ou não, gerar prejuízo comprovado a interesse público primário e o contrato não pode ser mantido por meio de medidas mais razoáveis de anulação parcial. De acordo com o artigo 37 da Lei n. 8.987/1995, a encampação consiste em extinção que ocasiona a “retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização (...)”. Isso significa que a presença de um erro danoso à execução devida do serviço público adequado, independentemente de ser escusável ou não, enquadra-se perfeitamente como motivo de interesse público, dando ao Estado a possibilidade de extinguir unilateralmente o contrato de delegação do serviço, respeitadas as exigências de reserva legal concreta e da indenização prévia, principalmente dos bens reversíveis adquiridos pelo contratado, mas ainda não amortizados ou depreciados. Neste caso, por óbvio, a parte contratada deverá receber indenização adicional pelos lucros cessantes sempre que houver erro inescusável da Administração a justificar a encampação.



Em síntese, no direito contratual público brasileiro, a definição das implicações do erro como típico vício de consentimento exige uma série de análises que podem ser assim sistematizadas da seguinte forma:

- **ERRO SUBSTANCIAL?** Em primeiro lugar, cumpre verificar se o erro é simples (material ou não substancial) ou se ele é substancial. Para viabilizar essa distinção, é útil tomar como parâmetro aquilo que a legislação pública define como cláusula essencial de um contato administrativo. Se o erro for material, bastará que as partes o retifiquem.
- **ERRO DANOSO?** Em segundo lugar, será imprescindível perquirir se o erro substancial é igualmente danoso. Se o erro não for capaz de gerar prejuízos a direitos ou interesses tutelados dos contratantes, não haverá necessidade de se interferir na relação contratual. Mas não é só isso: tal como ocorre no juízo de convalidação de atos administrativos viciados (artigo 55, da Lei de Processo Administrativo Federal), o referido dano resultante do ato viciado deve ser examinado em perspectiva ampla. No direito público, é preciso que se considerem não somente as partes contratantes, como os outros licitantes e demais interessados de mercado no negócio em questão. Como o contrato somente pode ser celebrado com aquele que apresenta a melhor proposta habilitada, será preciso verificar se o vício não teve real impacto na atratividade da licitação e na classificação operada na fase de julgamento. Nesse momento, far-se-ão duas indagações simples: se o erro não tivesse ocorrido no momento da licitação e

da contratação, haveria mais licitantes no certame? O licitante vencedor seria o mesmo?

- ERRO ESCUSÁVEL? Em terceiro lugar, identificado um erro substancial e danoso, então será necessário verificar se ele é escusável. Como visto, o direito socorre apenas aqueles que agem de modo diligente e com respeito aos cânones da boa-fé, à luz das circunstâncias do momento da contratação. Não será salvo pelo direito aquele que cometer erro grosseiro decorrente de comportamento negligente ou marcado pela imprudência e pela imperícia. No entanto, isso não significa que os efeitos do erro não possam ser combatidos.
- QUEM O ERRO PREJUDICOU? Em quarto e último lugar, comprovado que o erro é substancial, danoso e, finalmente, escusável, então novos caminhos se abrirão para tutelar a boa-fé do sujeito que o cometeu e em razão dele se prejudicou. Se cometido pelo particular contratado, o erro escusável autorizará, além da modificação consensual do contrato, o distrato ou extinção por anulação judicial. Em sentido diverso, se o erro escusável for praticado pelo Estado como contratante, além de todas as soluções já apontadas (modificação e rescisão amigáveis, anulação judicial e rescisão administrativa unilateral), poderão ser igualmente empregadas a modificação unilateral e a rescisão unilateral, com restrições.

Assim, ainda que o particular que cometa erro grosseiro deva, a princípio, suportar os ônus de sua falta de diligência, de modo a manter o



cumprimento contratual, são lícitas modificações consensuais do objeto destinadas a corrigir os efeitos nocivos do erro, caso não haja prejuízo para a Administração Pública. Já na hipótese de erro inescusável cometido pela Administração Pública, além da modificação consensual, do distrato e da anulação judicial, poderá ser utilizada a modificação unilateral, como também a rescisão unilateral, de que é espécie a encampação de contratos de concessão, desde que se comprove dano e, portanto, motivo de interesse público a inviabilizar a continuidade do contrato administrativo. A ausência de escusa para o erro não pode inviabilizar medidas de tutela do interesse público. Ela servirá, porém, para verificar aspectos importantes de responsabilização pelo contrato.

Em todas as soluções apontadas no tocante aos erros materiais, nota-se uma característica comum imprescindível. Todas as soluções dependem da ação isolada ou conjunta dos contratantes ou de quem os represente! E, diante de conflitos entre os dois polos, restará tão somente aos órgãos públicos e privados de solução de controvérsias agir.

Do mesmo modo que não está autorizado a substituir-se às partes para integrar lacunas contratuais, senão apenas a exercer seu poder normativo no sentido de torná-las irrelevantes, o regulador jamais poderá empregar quaisquer das técnicas referidas de superação de erros como vícios de consentimento quando, em um determinado setor, a legislação não lhe imputar expressamente o dever de organizar licitações, celebrar e gerir contratos em nome do ente público titular do serviço a ser concedido (tal como ocorre no setor de transportes terrestres). Tampouco poderá o regulador agir na situação em que não absorver essas atividades organizacionais em suas funções estatutárias ainda que a legislação setorial permita sua delegação (tal como ocorre no campo do saneamento básico).

Na medida em que o regulador não desempenhe tarefas de condução de licitações e celebração de contratos pelos titulares dos serviços públicos, ele permanecerá como mero terceiro diante dos entes concedentes e das empresas concessionárias. E, também no caso de erro, uma intervenção de terceiro – ainda que como ente regulador – jamais será concebível sem base legal.

Em sua função típica de regulação, a agência sem funções específicas para tanto não poderá eleger ou realizar qualquer procedimento de correção desse tipo de vício de consentimento, cabendo-lhe esperar que as partes contratantes, com os poderes que o ordenamento jurídico e o próprio contrato lhes conferem, optem pelas soluções que lhes pareçam mais convenientes à luz dos princípios gerais de direito administrativo, sobretudo os da razoabilidade, do serviço adequado e da segurança jurídica. Contudo, enquanto garantidora da normatização reguladora da relação contratual e zelador da efetividade de política pública, a agência reguladora poderá (*a priori*) tão somente apontar aos contratantes, diante de eventuais conflitos ou erros observados, os caminhos que poderão seguir no intuito de regularizar a relação jurídica contratual, estabilizando-a para que possa desempenhar suas funções regulatórias precípuas, como a de controle tarifário.

3. RESPONSABILIDADE “PELO” CONTRATO

3.1. Responsabilidade “pelo” contrato e “no” contrato

Os contratos administrativos são instrumentos jurídicos longamente planejados, dado que envolvem significativos recursos públicos e atraem grande interesse mercadológico e social. Por isso, sua celebração neces-



sita ser geralmente precedida por um processo burocrático e cuidadoso de análise de requisitos formais e comerciais dos agentes de mercado interessados. Isso explica a razão de a contratação pública não se encerrar no contrato administrativo. Como processo complexo, ela envolve trâmites preparatórios, marcados por muitos atos unilaterais e de efeito interno na Administração Pública, seguidos de etapas externas de disputa entre interessados que, se bem-sucedidos, lograrão firmar o contrato. Contratação e contrato são fenômenos completamente inter-relacionados, porém distintos. Daí ser possível divisar deveres estatais relativos à contratação, à preparação do contrato e à seleção dos agentes que o celebrarão com o Estado, de um lado, e, de outro, obrigações que derivam do instrumento contratual em si.

Levando-se em consideração essa perspectiva, o instituto da responsabilidade do Estado atrelado a contratos públicos admite duas abordagens distintas, a saber: a) a responsabilidade *“pelo”* contrato e b) responsabilidade *“no”* contrato.

A primeira vertente configura responsabilidade extracontratual do Estado atinente aos efeitos dos atos materiais, opinativos e administrativos antecedentes à celebração do contrato, incluindo a elaboração do edital de licitação e de todos os seus anexos, a designação da comissão de licitação, a expedição de parecer jurídico, a realização de eventual audiência pública e decisões nela praticadas, a condução de procedimento de manifestação de interesse. Essa responsabilidade também engloba a modelagem e a construção da minuta do contrato, cuja natureza de adesão – salvo nas hipóteses de PMI anterior – frequentemente impede a colaboração do agente privado na sua concepção.

A seu turno, a responsabilidade *“no”* contrato diz respeito aos danos resultantes do descumprimento parcial ou global de alguma de suas cláusulas.

sulas por qualquer parte contratante. No âmbito das concessões comuns e parcerias público-privadas, essa responsabilidade surge, a título de exemplo, por omissão na realização de investimentos ou de obras por parte do delegatário, ou por não pagamento de contraprestação estatal ou não liberação das instalações para prestação do serviço. Em síntese, a responsabilização “no” contrato relaciona-se ao descumprimento de obrigação contratual, enquanto na responsabilidade “*pele*” contrato, o ato lesivo tem relação com um meio preparatório direto ou indireto ao sinalagma.

No presente estudo, enfoca-se a responsabilidade do Estado por danos derivados de falhas ou omissões na modelagem contratual ou na manifestação de vontades que sustenta o ajuste, não se cogitando de hipóteses de descumprimento de obrigação contratual. As preocupações que ensejam essas reflexões se direcionam a problemas derivados dessas falhas e omissões, como as insuficiências do instrumento contratual (lacunas) ou enganos na manifestação de vontades quanto ao pactuado (erros). Logo, trata-se de debate acerca de eventual responsabilidade extracontratual do Estado “*pele*” contrato, ou seja, por problemas que encontram suas raízes na fase antecedente à celebração e à consolidação do contrato administrativo.

3.2. Tipos de responsabilidade “*pele*” contrato como responsabilidade extracontratual

De acordo com o artigo 37, §6º, da Constituição da República, “[a]s pessoas jurídicas de direito público... responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Por meio da vinculação de uma causação de danos a terceiros e decorrentes de atuação de agentes públicos (como tais), adotou-se no ordenamento jurí-



dico brasileiro, como regra geral, a teoria do risco administrativo ou da responsabilização objetiva do Estado. Nas palavras de Cavaliere Filho, o Poder Público responde por danos que resultam da sua atividade administrativa sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.³⁹ Em outros termos, enquanto consagradora da responsabilidade decorrente da atividade administrativa estatal, “[e]ssa teoria surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade de Administração Pública”.⁴⁰

A configuração da responsabilidade extracontratual não depende de qualquer relação jurídica prévia entre Administração e aquele que sofre o dano. Importante é que exista ação ou omissão do Estado ou de quem lhe faça às vezes, um dano material ou moral a pessoas físicas ou jurídicas, a relação de causalidade entre o comportamento estatal e o dano, bem como a ausência de hipóteses de excludente de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva daquele que sofre o dano. Daí se extrai facilmente que a norma geral do artigo 37, § 6º, da Constituição da República abarca as situações de danos gerados por falhas na organização e condução dos processos de contratação, inclusive danos que ocorrem ao longo da execução de um contrato administrativo, mas em consequência de um comportamento estatal prévio à sua

39 SÉRGIO CAVALIERI FILHO. “A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado”, *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011, p. 10.

40 Existem certas exceções expressas à regra geral, como a responsabilidade por risco integral, como nos casos do artigo 21, XXIII, d, da Constituição Federal (acidentes nucleares), bem como da Lei n.º 10.309, de 22/11/2001 (tentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras), e Lei n.º 10.744, de 9/10/2003 (atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público).

existência, isto é, um comportamento ocorrido em momento no qual as atuais partes não mantinham qualquer relação contratual. Nesses e noutras hipóteses, a responsabilidade “pelo” contrato enquadra-se como espécie de responsabilidade extracontratual do Estado à luz do arcabouço constitucional brasileiro.

De modo geral, é possível conceber três formas de responsabilidade “pelo” contrato. A primeira delas se relaciona com os agentes econômicos que disputam a celebração do contrato por danos ocasionados pelo Estado durante sua realização. A segunda se vislumbra quando o ente contratante gera danos ao próprio contratado por falhas ou omissões suas ao longo do processo de contratação, por exemplo, má-elaboração do edital que venham a gerar erro que macule a manifestação de vontade do contratado ou ausência de informações estratégicas sobre a execução das obrigações a gerar lacunas cuja integração venha a gerar danos. A terceira forma de responsabilização “pelo” contrato, diferentemente, surge diante dos usuários dos serviços concedidos e de terceiros. A esse respeito, já explicava Cahali que a Administração Pública, como contratante, deve responder direta e solidariamente por danos gerados na prestação do serviço nas situações em que ele for ocasionado por suas falhas na escolha do contratado ou na fiscalização do contrato.⁴¹

Nas linhas a seguir, em consonância com o que se desenvolveu na primeira parte deste artigo, serão tecidas algumas considerações adicionais específicas sobre a segunda situação, ou seja, sobre a responsabilidade “pelo” contrato em relação ao contratado, levando-se em conta duas situações problemáticas: a das lacunas e dos erros em contratos de concessão de serviços públicos.

41 YUSSEF SAID CAHALI. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007, p. 124.



3.3. Omissão estatal, lacunas e responsabilidade “pelo” contrato

As lacunas, como se viu anteriormente, representam um não dizer, a falta de uma norma contratual a reger determinado aspecto essencial da relação entre contratante e contratado. Elas se diferenciam das cláusulas gerais, como disposições contratuais abertas, dinâmicas, passíveis de interpretação constante e, por isso, frequentemente presentes em contratos de longo prazo, como as concessões de serviços públicos. A distinção é relevante, pois não há que se falar de responsabilidade do Estado diante de interpretações legítimas dadas pelo ente contratante ou pelo regulador, quando cabível, a cláusulas gerais. A princípio, eventuais danos daí derivados presumem-se aceitáveis, já que o contratado, no momento da licitação, tem pleno conhecimento de sua posição jurídica, ou seja, de que a proposital abertura das cláusulas gerais poderá colocá-lo sob interpretações mais ou menos custosas no futuro. Para se proteger contra isso, não terá como se valer de instrumentos de responsabilização “pelo” contrato, mas poderá empregar mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro e, ademais, solicitar a utilização de instrumentos como os regimes de transição, de adaptação gradual a novos gravames e obrigações que afetem negativamente suas posições jurídicas, tal como previsto no artigo 23, da LINDB.

Diferentemente das cláusulas gerais, as lacunas contratuais são omissões de regramentos que podem se inserir em pelo menos dois cenários distintos. No primeiro, a lacuna do contrato é superada por um mandamento legal que rege a situação concreta e que torna a omissão contratual irrelevante. No segundo, porém, a lacuna não é superada pela legislação, exigindo a aplicação de métodos de integração, como a analogia e o recurso a princípios gerais do direito. Aqui, no entanto, parece viável que se abra espaço para a responsabilização do Estado “pelo” contrato”,

de modo que o particular possa exigir do Estado não apenas a aplicação de regimes de transição, baseados na razoabilidade, mas também a reparação de danos eventualmente sofridos por omissões na modelagem da licitação e do contrato celebrado.

Ao se reconhecer a possibilidade de que algumas lacunas reflitam omissão estatal indevida do ente contratante, entra-se inevitavelmente na discussão a respeito dos requisitos da responsabilidade “pelo” contrato. Afirma-se isso, pois, no Brasil, formou-se após da Constituição de 1988 uma corrente doutrinária acerca da possibilidade de responsabilidade objetiva do Estado por comportamentos omissivos. Conquanto a responsabilidade seja a princípio objetiva à luz do texto do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, certos autores passaram a defender a responsabilidade subjetiva, dependente de comprovação de culpa ou dolo, em casos de omissão.

Um dos principais representantes dessa linha de pensamento é Bandeira de Mello, para quem o Estado somente poderá responder por omissões “quando deveria atuar e não atuou – vale dizer: quando descumpre o dever legal de agir; quando se comporta ilícitamente ao abster-se”. A seu ver, a responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito, subjetiva, já que supõe dolo ou culpa, ainda que se reconheça ser esse elemento não individualizável, mas sim atribuído ao estado genericamente numa forma de “culpa anônima”.⁴² A responsabilidade por omissão, em outras palavras, somente será aceitável na presença de violação de um dever jurídico estatal.⁴³

42 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 552, out. 1981, p. 13.

43 MELLO, *R T*, p. 14.



Essa linha de pensamento não forma consenso. Em outra perspectiva de análise do tema em questão, sustenta-se que importante é o exame da “exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável”.⁴⁴ Nessa linha, a omissão por si só não enseja uma responsabilização subjetiva, não torna obrigatória o exame de um elemento volitivo (culpa ou dolo). Para se saber se há responsabilidade objetiva por omissão, deve-se simplesmente ter em conta o tipo de omissão em causa, que se segmenta entre a específica e a genérica.

A omissão será específica quando “o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano”.⁴⁵ De outro modo, a omissão genérica restará configurada quando não houver entre a Administração Pública e a pessoa física ou jurídica que sofre um dano qualquer relação concreta e específica, ou seja, quando a relação se assentar em vínculos gerais, como o poder de polícia da Administração baseado na soberania do Estado.⁴⁶ Assim, por ser apenas a hipótese de omissão genérica aquela que necessita de uma causalção entre omissão e resultado danoso, é apenas nela que se aplica a responsabilização subjetiva, isto é, que se exige comprovação de dolo e culpa.

Já a omissão específica origina responsabilização objetiva do Estado por falta de cumprimento de um dever em relação a sujeitos específicos. Nesse sentido, a arrematar a possibilidade de responsabilidade objetiva por omissão, Cavalieri Filho argumenta que “o art. 37, § 6º da Constituição não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a

44 CAHALI, *Responsabilidade*, p. 221.

45 CAVALIERI FILHO, *REMERJ*, p. 17.

46 Nessa linha, CAVALIERI FILHO, *REMERJ*, p. 18.

ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva”.⁴⁷ Essa corrente pode ser tida como majoritária e adotada no presente trabalho, sobretudo diante da consagração desse entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, no AI 299125/SP, de Relatoria do Min. Celso de Mello.

A partir disso, conclui-se que as lacunas deixadas pelo ente contratante em atos convocatórios e minutas de contrato, como os de concessão, permitem sua responsabilização objetiva por danos causados a terceiros ou ao contratado, independentemente de qualquer exame de culpa ou dolo de agentes como os membros da comissão de licitação ou dos membros do órgão jurídico responsável pela análise da compatibilidade do certame com as regras e princípios de direito administrativo e de sua condenação eventual na esfera civil, administrativa ou criminal. Essa responsabilidade do ente contratante, vale reiterar, não deverá incidir quando a lacuna for automaticamente superada por mandamento legal, nem quando a falta do mandamento geral decorrer não de uma verdadeira lacuna, mas do emprego de cláusulas gerais, imprescindíveis a adaptabilidade dos contratos de longo prazo, como as concessões.

3.4. Erros contratuais e responsabilidade “pelo” contrato

Mais difícil é responder se e até que ponto o ente contratante, pessoa jurídica estatal, responde “pelo” contrato em virtude de erros danosos, ou seja, enganos em relação aos elementos do contrato. Diferentemente das lacunas, os erros, como vícios das declarações de vontade, podem ser ocasionados por comportamentos comissivos ou omissivos do Estado, como informações incorretas contidas no ato convocatório, esclarecimentos errôneos conferidos pelas autoridades públicas, indicação falha

47 CAVALIERI FILHO, *REMERJ*, pp. 16-17.



do regime jurídico contratual ou da falta de informações relevantes para a compreensão do negócio. Em sentido diverso, é igualmente possível que o próprio ente estatal contratante incorra em erro, por exemplo, ao receber informações dúbias ou expressas de maneira incorreta na documentação de habilitação, ou na proposta comercial do contratado.

Em síntese, há erros cometidos pelo particular contratado em relação ao ajuste proposto pelo Estado e por parte deste, como contratante, em relação à oferta do contratado trazida no processo competitivo da licitação. Para o exame da responsabilidade do Estado “pelo” contrato, interessa examinar principalmente os erros cometidos pelos agentes econômicos interessados na celebração do contrato. Aqui, mais uma vez, é possível vislumbrar uma diferença entre erros cometidos por competidores da licitação em geral e erros que maculam a vontade do vencedor da licitação, ou seja, da pessoa que venha a celebrar o contrato administrativo. Nas duas situações, figurando o particular lesado como mero participante da licitação ou como participante vencedor e contratado, é necessário debater a responsabilidade extracontratual do Estado na qualidade de contratante por ações ou omissões que ocasionem o engano na manifestação de vontade do particular.

Essa responsabilidade, reitere-se, depende da identificação de erro que: (i) gere resultado nocivo significativo e (ii) mostre-se claramente escusável, ou seja, justificável, não perceptível por um agente econômico que se valha de padrões mínimos corriqueiros de diligência. Erros que não geram danos são irrelevantes. Já o erro danoso cometido pela pessoa que participa dos processos de contratação, porém inescusável, não justificável, cometido por falta de diligência mínima, traduz uma clara excludente de responsabilidade, ou seja, uma vertente da “culpa exclusiva da vítima”, entendendo-se por “vítima” aquela pessoa física ou jurídica

que participa da licitação e sofre com os efeitos do erro que cometeu ao expressar sua vontade diante do Estado. Em outras palavras, não pode o Estado se responsabilizar por um erro que gerou danos ao contratado ou a outros participantes da licitação, caso este não tenha tomado as medidas esperadas para compreender o ajuste que desejava firmar ou firmou com o Estado. O erro inescusável e danoso configura, pois, um erro sob responsabilidade de quem o comete, inclusive do licitante contratado. Por outro lado, contudo, em sendo o erro escusável e danoso do agente econômico, esse implica em uma responsabilidade “pelo” contrato.

Frise-se, nesse particular, que o dano indenizável é o dano específico e anormal. Não se coaduna com os princípios norteadores do direito administrativo a alegação genérica de danos, com fundamento em uma compreensão difusa de possibilidade de dano suportável por alguns ou pela maioria dos administrados, pois deixaria de privilegiar o interesse coletivo em detrimento de alguns agrupamentos. Do mesmo modo, o dano deve ser anormal em comparação com uma omissão supérflua da Administração Pública que, diante de um espectro cada vez maior de atividades que presta aos cidadãos, aceitavelmente comete pequenas falhas em questões menos importantes e de prejuízo ínfimo aos particulares, enquanto beneficiários dos ganhos coletivos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- I. Os contratos públicos, principalmente os contratos de concessão de serviços públicos, como ajustes de longo prazo marcados por grande complexidade, dependem de planejamento, modelagem



cautelosa e intensa tecnicidade, fatores que não raro ocasionam algumas imperfeições práticas a afetar as relações entre a Administração Pública como contratante e outros atores, sobretudo os contratados, os usuários e os reguladores.

- II. Muitas dessas falhas, omissões e deficiências no planejamento e na modelagem dos contratos públicos, principalmente das concessões, geram lacunas e erros nas manifestações de vontades das partes contratantes, bem como de outros agentes que venham a participar dos processos de contratação pública.
- III. As lacunas, que se diferenciam das cláusulas gerais, podem ser superadas quer pela incidência direta de mandamentos legais a reger o caso concreto, quer pelo recurso a outras técnicas de integração, como a analogia e o recurso aos princípios gerais do direito.
- IV. Diferentemente da esperada interpretação das cláusulas gerais ao longo da vida do contrato, a integração de lacunas ocasionadas por falhas e omissões do ente contratante pode ocasionar regras que geram prejuízos financeiros ou danos de outra espécie ao contratado. Nessas situações, entra em jogo a possibilidade de responsabilização do ente contratante “pelo” contrato. Trata-se de uma forma de responsabilidade extracontratual objetiva pelos danos, materiais ou imateriais, significativos para o contratado que comportamentos omissivos do Estado ocasionam.
- V. Os erros como vícios ou enganos na manifestação de vontade também aparecem no direito público e nos processos de contratação.

Esses erros ora são cometidos pelo Estado contratante diante de ofertas dos agentes econômicos que competem nos processos de contratação, inclusive a documentação e a proposta de licitante vencedor contratado, ora são cometidos pelos particulares que disputam o contrato diante da contratação aberta pelo Estado.

VI. Os modos e os fatores que levam ao cometimento de erro na manifestação da vontade contratual são variados. É inclusive concebível que alguns erros, principalmente das empresas licitantes, derivem de comportamentos omissivos ou comissivos do ente estatal contratante, como aquele que licita a concessão de seus serviços públicos. Nesse contexto, portanto, também desponta a possibilidade de responsabilização do Estado “pelo” contrato, mas desde que respeitados alguns requisitos como a anormalidade do dano e, principalmente, o caráter escusável do erro.

VII. Seja no exemplo das lacunas indevidas, seja no dos erros escusáveis estimulados Administração Pública como contratante, vislumbram-se, em síntese, formas da chamada responsabilidade “pelo” contrato, expressão que designa uma modalidade de responsabilidade extracontratual e objetiva do Estado diante de terceiros, principalmente empresas licitantes e contratadas, por danos materiais ou imateriais derivados de seus comportamentos omissivos ou comissivos na preparação e execução dos processos de contratação pública.



5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Duncker e Humblot, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. “A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado”, *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011, p. 10-20.

CONFORTO, Gloria. “Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos”, *Revista de Administração Pública*, vol. 32, n. 1, 1998, p. 27-40.

CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé no direito civil*, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, ano 65, v. II, 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>, Acesso em 5 de nov. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 14ª ed., rev., atual. Saraiva: São Paulo: 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LARENZ, Karl. “Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, 1956.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACERA, Paulo Henrique; MARRARA, Thiago. “Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais”, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol.18, maio-jun. 2015, p. 135-158.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Torelli. “Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre a proposta de alteração da legislação”, *Revista de Direito Público da Economia*, n. 46, 2014, p. 223-239.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 552, out. 1981, p. 11-20.

MOTA, Maurício. “O erro inescusável no negócio jurídico”, *Empório do Direito*, edição digital de 30 de ago. 2017. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/o-erro-inescusavel-no-negocio-juridico-por-mauricio-mota>>, Acesso em 5 de nov. 2019, s.p.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Ribeirão Preto: tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP), 2013.



RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil 1: parte geral*, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Almiro do Couto e. “A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 202, out./dez. 1995, p. 19-41.

SILVEIRA, Alípio. “Hermenêutica no direito social”, *Revista Forense*, v. 135, 1951, sp.

TEPEDINO, Gustavo *et. al.* *Código Civil interpretado*, vol. 1, 2ª ed., rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WILLIAMSON, Oliver E. “Transaction-cost economics: the governance of contractual relations”, *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979, p. 233-261.

Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas

FABRÍCIO MOTTA

Resumo

O ensaio aborda o instituto jurídico do contrato administrativo em sua qualidade de instrumento e estratégia integrada às políticas públicas. A partir de uma abordagem que admite a persecução de finalidades públicas variadas por intermédio do contrato administrativo, são estabelecidos vínculos com as etapas das políticas públicas e trazidos exemplos do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Políticas públicas – contrato administrativo

1 Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás). Doutor em Direito do Estado (USP) e Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (2017-2019). Endereço eletrônico: fabriciomotta@gmail.com. *Curriculum*: <http://lattes.cnpq.br/1446078229301388>



Abstract

The paper addresses the institute of public procurement as an instrument and strategy integrated with public policies. Based on an approach that allows the pursuit of various public purposes through the public procurement, show links with the stages of public policies and examples are brought from the Brazilian legal system.

Key Words: *public procurement – public policy*

Sumário: 1. Direito e políticas públicas 2. O contrato administrativo como instrumento de políticas públicas 3. Exemplos, à guisa de conclusão

1. DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Políticas públicas constituem tema complexo cuja origem se liga mais diretamente à Ciência Política e Ciência da Administração Pública do que propriamente à Ciência Jurídica. Ao contrário, tradicionalmente as considerações jurídicas ligadas às políticas públicas têm como critério seu enquadramento jurídico-positivo, tomando como ponto de partida – e de chegada – o ordenamento jurídico e suas disposições a respeito do assunto. A abordagem interdisciplinar do tema não é necessariamente nova – novidade, talvez, seja a maior abertura dos juristas à conexão com outras ciências diante de fenômenos complexos.

Ciência Política, Administração Pública e Direito, dentre outras ciências, têm encontro marcado no objeto de estudo políticas públicas. A ciência política possui seu foco central nas questões do poder – seus funda-

mentos, distribuição, exercício e controle. Por outro lado, pode-se reconhecer à ciência da Administração Pública o estudo das possibilidades de organização para atender às necessidades de produção eficiente de bens e serviços públicos, enquanto que ao Direito incumbe cuidar dessas questões sob o prisma normativo. Isoladamente, como se percebe, nenhuma das ciências é suficiente para a complexidade e multidimensionalidade das políticas públicas. Maria Paula Dallari Bucci, por seu turno, aborda as dificuldades metodológicas de enquadramento das relações entre direito e políticas públicas e propõe que tal relação seja organizada como abordagem, e não como campo ou subcampo do direito ou mesmo como subcampo interdisciplinar. A utilização de uma abordagem, ainda que aberta a diálogos interdisciplinares, permite ao jurista preservar as práticas, a linguagem e as demais características próprias da ciência jurídica.

No que se refere ao enfoque jurídico-normativo, convém destacar que o tema ganhou novo e decisivo realce com o advento e desenvolvimento do Estado Social. Na quadra, a necessidade de conferir plena eficácia a direitos fundamentais sociais, atendidos por intermédio de serviços e políticas públicas, traz a necessidade de focar a análise de políticas públicas como um dos instrumentos para a plena eficácia dos direitos fundamentais sociais. Desta maneira, a concretização dos direitos sociais é condição propícia para o robustecimento da *abordagem de direito e políticas públicas* que, entretanto, com ela (a concretização) não se confunde, e nem a ela se resume.

É ainda Maria Paula Dallari Bucci, precursora da análise jurídica das políticas públicas no Brasil, que propõe enfoque das políticas públicas em seu caráter dinâmico, caracterizando-as como “direito em ação”:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regu-



lados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”².

Trata-se de ações governamentais processualmente estruturadas e juridicamente reguladas, em diversos níveis, com o envolvimento de diversos atores e instituições, por meio da utilização de variados métodos e estratégias. Em abordagem jurídico-institucional, a mesma autora considera possível alargar o alcance das políticas públicas para que possam ser compreendidas de forma integrada com o contexto político-institucional em que operam, sem abstrair do fundamental papel desempenhado pelo direito e pelo jurista.

Bucci e Coutinho utilizam a *abordagem de direito e políticas públicas* tendo em seu centro a noção de arranjos jurídico-institucionais, enfocando

“a integração de um conjunto complexo de normas, atores, processos e instituições jurídicas. No campo que busca identificar, discutir e aperfeiçoar as relações que se estabelecem entre as políticas públicas e o arcabouço jurídico que as conforma e operacionaliza, uma análise dos arranjos jurídico-institucionais existentes pode, em outras palavras, jogar luz sobre processos

2 M.P. DALLARI BUCCI, “O conceito de política pública em direito” In M.P. DALLARI BUCCI (Org.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

complexos de construção institucional, permitir uma análise integrada do ponto de vista dos inúmeros aspectos e dimensões jurídicas em questão, bem como permitir a compreensão dinâmica das transformações que a inovação traz consigo, com impactos diretos nas ações governamentais que a promovem”³.

A abordagem tem como objeto de interesse principal os diversos meios de organização para o atingimento de fins, ambos estabelecidos em diferentes graus de juridicidade, por entender que

“no campo das políticas públicas, não é indiferente ou aleatória para o Estado a escolha dos caminhos e arranjos adotados para a concretização da decisão política. Ao contrário: trata-se do resultado de um esforço intencional e consciente no qual normas, processos, atores e instituições jurídicas desempenham um papel mais relevante do que, à primeira vista, pode parecer, inclusive aos olhos dos próprios juristas”⁴.

Em recorte bem mais restrito, políticas públicas podem ser encaradas como conjunto de processos juridicamente regulados voltados ao

3 M. P. DALLARI BUCCI, D. R. COUTINHO, “Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas”, In: D. R. COUTINHO, M. C. FOSS, P. SALOMON MOUALLEM (Org.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*, São Paulo, Blucher Open Access, 2017, p. 313-340.

4 M. P. DALLARI BUCCI, D. R. COUTINHO, “Arranjos jurídico-institucionais” 2017, P.313-340. Os autores identificam as funções do direito nas políticas públicas: “Em primeiro lugar, embora uma política pública não se confunda com o aparato jurídico que a estrutura, compreender os papéis do direito nas políticas públicas não é uma tarefa simples. O direito está nelas amalgamado e pode cumprir distintas funções: i) determinar normativamente os objetivos a serem perseguidos; ii) apontar, mesmo que de forma ampla, os instrumentos a serem utilizados para alcançá-los; iii) criar canais de participação social e legitimação democrática e iv) estruturar arranjos institucionais voltados à coordenação de processos e à atribuição de tarefas e responsabilidades aos agentes em tais políticas envolvidas.⁵ Por isso, além de dar forma e norte às políticas públicas, o direito também é delas constitutivo e central em seu funcionamento, avaliação, aperfeiçoamento e substituição”.



desempenho de atividades normativamente atribuídas à Administração Pública. Nessa acepção *objetiva*, a expressão Administração Pública abrange o exercício das múltiplas atividades que compõem a função administrativa estatal, na forma como estruturada no ordenamento. Não há uniformidade na doutrina no tocante à enumeração e classificação das atividades realizadas pela Administração. Grosso modo, a depender do conceito mais ou menos amplo que se utilize para cada categoria, as atividades podem ser reconduzidas às seguintes: serviço público, abrangendo todas as atividades prestacionais oferecidas direta ou indiretamente pela Administração para satisfazer as necessidades coletivas; polícia, englobando as atividades que implicam limitações ou restrições à autonomia privada; fomento, abrangendo os instrumentos e técnicas de que se vale a Administração para estimular as atividades econômicas e sociais da iniciativa privada para atingir objetivos ligados ao interesse público; e exploração direta de atividade econômica, sob regime de direito privado, nas hipóteses admitidas pelo ordenamento. A regulação, atividade que pode contemplar em escalas variadas a conjugação das atividades anteriores, mediante princípios específicos, tem sido identificada por alguns autores como uma nova atividade específica.

Políticas públicas, sob essa perspectiva objetiva, podem ser admitidas como *um dos instrumentos disponíveis* para o exercício das atividades a cargo do Estado-Administração. É possível conceber política pública para fomento a um determinado setor social ou econômico, por exemplo, inclusive abrangendo em alguma escala a prestação de serviços públicos.

Órgãos e entidades – componentes do conjunto que se convencionou chamar de *Administração Pública em sentido subjetivo* – podem se valer de políticas públicas como instrumentos para o exercício de suas variadas *atribuições* (integrantes do conjunto que se conhece como *administração pú-*

blica em sentido objetivo). Políticas públicas, nesse recorte, aparecem como meio, método ou ferramenta de organização e estruturação para alcance de determinados fins. A abordagem desses diversos processos e meios de organização, juridicamente regulados em maior ou menor intensidade, costuma ser feita por meio da *metodologia do ciclo de políticas públicas*. Klaus Frey diseca as grandes etapas de formulação, implementação e controle nas seguintes fases: percepção e definição de problemas, *agenda-setting*, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas e, finalmente, a avaliação de políticas e a eventual correção da ação⁵.

No ciclo proposto, a fase de *elaboração de programas e decisão* implica em identificar e escolher alternativas, avaliando opções e estratégias, após a introdução do problema na pauta da Administração Pública. Nessa realidade complexa, o *planejamento* ocupa lugar de destaque. O planejamento possui regulação jurídico-normativa intensa, sobretudo em sua dimensão financeira-orçamentária. Ao identificar a existência de dever constitucional de enunciação de políticas públicas e de formulação de planos em diversas áreas de atuação do Estado, Vanice Valle identifica *efeitos deletérios da secundarização da exigibilidade das políticas públicas como instrumento principal de planejamento do agir estatal*:

“Decorre da formulação da política pública não só o desenho em si das ações a se desenvolverem em resposta a uma agenda previamente definida no momento de identificação dos problemas, mas ainda a estruturação dos meios (inclusive práticas institucionais) necessários ao alcance do resultado cogitado. A par disso, o desenho de políticas públicas, observado o modelo sequencial

5 K. FREY, “Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil”, *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, 2000.



preconizado pela Administração Pública enquanto ciência autônoma, determina a fixação de metas e indicadores de desempenho que permitam empreender-se, ao final, a indispensável avaliação de seus resultados. A enunciação de políticas públicas determina portanto uma ‘antecipação racionalizada e pensada da gestão administrativa futura’ e permite a análise da viabilidade técnica, econômica, jurídica, política e social dessa mesma linha de ação cogitada. É nesse plano que se evita a sobreposição de recursos e iniciativas, otimizando os meios que efetivamente se ponham à disposição da Administração, tudo no rumo do cumprimento do dever igualmente constitucional de eficiência”⁶.

O efeito deletério principal, segundo a autora, é a perda da oportunidade de desenvolvimento de uma escolha pública racional, fundamentada e mensurável quanto aos resultados. No que toca especialmente ao planejamento orçamentário-financeiro, o denso tratamento normativo conferido pela Constituição da República e pela Lei 4.520/54 e Lei Complementar nº 101/00 institui regime rígido para a geração e controle da despesa, notadamente despesas de caráter continuado, com vistas à responsabilidade fiscal.

Em conclusão parcial deste tópico, convém assentar a essencialidade das políticas públicas como instrumentos dinâmicos que materializam o agir estatal. Políticas públicas contém elementos e estratégias variadas para o alcance de finalidades públicas, sendo os diversos instrumentos disponíveis juridicamente regulados em diferentes intensidades. Nas diversas etapas

6 V.R. LÍRIO DO VALLE, “Réquiem para a ação administrativa planejada: a rutura entre as dimensões executiva e orçamentária”, In: L. BUISSA, S.REIMANN, R. LARA MARTINS (Org.), *Direito e Finanças Públicas nos 30 anos da Constituição Experiências e desafios nos campos do Direito Tributário e Financeiro*. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, p. 319-340.

que compõem o ciclo das políticas públicas, o planejamento é essencial e regulado normativamente de forma intensa, condicionando inclusive a identificação e escolha – decisão – dentre as várias alternativas existentes.

2. O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O contrato administrativo pode ser também encarado como mecanismo ou estratégia integrado a uma política pública. Nessa abordagem, o contrato administrativo extrapola suas tradicionais finalidades de propiciar ampla concorrência (isonomia) e buscar a melhor proposta para o interesse público para incorporar outras finalidades igualmente públicas consagradas no ordenamento jurídico-positivo⁷. Arranjos contratuais variados,

7 “Observa-se, com frequência e justificadamente, que o direito da contratação pública se ergue sobre princípios e objetivos diferenciados, por vezes até conflitantes entre si: um “dilema” fundamental resulta, em muitos casos, da contradição entre o objetivo de eficiência econômica da compra (economicidade ou vantajosidade), ligado à proteção dos interesses públicos financeiros e à defesa dos contribuintes, e o objetivo do fomento da igualdade de oportunidades das empresas, ligado à proteção dos interesses público e privado da concorrência. Sem prejuízo de outros objetivos — incluindo, além da transparência, integridade, qualidade das prestações e tempestividade, os designados objetivos secundários, no quadro das políticas horizontais e do uso estratégico da contratação pública —, pode dizer-se que é sobretudo em volta dos dois objetivos indicados que, em regra, se surpreende o sentido do direito da contratação pública. De resto, é ainda em volta dos mesmos objetivos que, em grande medida, se dividem as concepções doutrinárias sobre a finalidade do *public procurement*: para uns autores, a regulação da contratação cumpre um objetivo precípua da economicidade, e, portanto, da procura do *best value for Money*, mediante a busca da obtenção da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos; para outros, o sentido primário dessa regulação reside na exigência, que se deve reclamar dos poderes públicos, de conceder às empresas um direito à igualdade de oportunidades ou de acesso ao “mercado dos contratos públicos”, bem como à igualdade de tratamento no âmbito do procedimento de contratação”.(P. COSTA GONÇALVES, “Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”, *Revista de Contratos Públicos – RCP*, , mar./ago. 2012, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 251-284).



desta forma, aparecem como ferramentas ou estratégias juridicamente reguladas, utilizadas para a consecução das finalidades específicas em determinada política pública. Os contratos (em sentido amplo) aparecem então como instrumentos de ação regulatória, permitindo ao Estado a utilização estratégica da contratação pública para alcançar finalidades públicas não necessariamente ligadas às prestações contratuais específicas. Thiago Lima Breus identifica como finalidades metacontratuais das contratações públicas a possibilidade de que sirvam como instrumento de realização mediata das mais variadas políticas públicas voltadas à prossecução de demandas da sociedade, com suporte no ordenamento jurídico:

Logo, com a inserção de políticas públicas suplementares na contratação pública, ela passa a se consagrar como um instrumento interventivo estatal dirigido (*targeted procurement*) para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação dos entes estatais. Atualmente, inclusive no Brasil, uma série de iniciativas administrativas e legislativas têm buscado impulsionar cada vez mais a utilização de contratos públicos para a satisfação de objetivos extracontratuais, com destaque à *idée-force* do desenvolvimento nacional sustentável e sua multidimensionalidade. [...] Como consequência disso, a inserção de finalidades acessórias no âmbito da contratação pública pretende o aproveitamento e, mais, a própria “internalização”, na medida das possibilidades jurídicas, sociais e econômicas, das chamadas externalidades positivas (*spillover effects*) como escopo do próprio contrato. Com a compatibilização entre as finalidades contratuais e as externalidades internalizadas, “o contrato tenderá a fixar relações ‘preços-quantidades’ que se aproximam do ótimo social”⁸.

8 T. LIMA BREUS, “A realização de finalidades acessórias, transversais e/ou horizontais na contratação pública contemporânea”, *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, set./fev. 2016 p. 173-196.

Maria João Estorninho trata da questão tendo sob foco a transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos:

As Diretivas europeias sobre os contratos públicos, aprovadas em 2014, surgem sob o signo da Estratégia Europa 2020 (de uma economia europeia mais verde, mais inovadora e mais inclusiva do ponto de vista social) e apostam na contratação pública como um instrumento de realização de políticas públicas ambientais, sociais e de fomento à inovação, no quadro da superação da(s) crise(s). Às finalidades e preocupações tradicionais da contratação pública foram-se somando novas preocupações e novas finalidades. A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, nomeadamente de aquisição de bens, construção de obras públicas ou aquisição de serviços, pode e deve servir como instrumento de realização de outras e variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais⁹.

O manejo do regime jurídico, em cada situação específica, integra o leque de opções jurídicas à disposição do Estado nos distintos processos de contratualização.

A despeito da tradicional classificação binária, não parece existir sentido em considerar o regime jurídico dos contratos em termos duais e excludentes, separando em compartimentos incomunicáveis os contra-

9 M.J. ESTORNINHO, “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, in M.J. ESTORNINHO (Coord). *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.



tos administrativos dos contratos de direito privado¹⁰. Essa ideia refletiria uma concepção ultrapassada de que direito público e privado seriam antagonísticos, verdadeiros conceitos *a priori*. Tampouco é suficiente considerar a existência de um regime híbrido, constituído por uma mescla de normas de direito público e privado, se esse terceiro regime for fechado em outra categoria igualmente isolada.

10 “Como é sabido, a distinção “esquizofrénica” entre contratos ditos administrativos e contratos ditos privados da Administração, nascera para proteger a Administração, ao tempo da “infância difícil” do Direito Administrativo. Tendo sido inicialmente criado um regime privilegiado para os atos administrativos, tanto em termos de foro como de direito substantivo, num determinado momento do século XIX, em França, passou-se a entender também que alguns contratos em que intervinha a Administração deveriam igualmente beneficiar desse estatuto de privilégio, em razão da sua importância e do seu valor. A criação desta realidade “esquizofrénica” começou por ser determinada apenas por uma razão processual, a de submeter certos contratos ao privilégio de foro, de serem julgados por um juiz que não era juiz mas órgão da Administração. Mas, logo de seguida, a doutrina clássica pretendeu elevar essa diferença processual a uma distinta noção substantiva, procurando inventar qualidades supostamente exorbitantes que permitissem distinguir esses contratos ditos administrativos dos demais. Assim surgiu aquela orientação “esquizofrénica” de distinguir, no Direito Administrativo, entre os contratos ditos administrativos, que seriam objeto de julgamento pelos tribunais e seguindo um regime substantivo administrativo, e os contratos ditos privados, que eram julgados pelos tribunais comuns e que estavam submetidos às regras jurídico-privadas. Esta dualidade “esquizofrénica” não fazia qualquer sentido em termos teóricos, pois nem os contratos ditos administrativos correspondiam a quaisquer privilégios ou normas exorbitantes, antes as suas cláusulas decorriam da lei ou do acordado pelas partes e quase não se distinguíam das estabelecidas em contratos de tipo idêntico celebrados entre particulares, nem os contratos ditos privados da Administração deixavam de estar submetidos a regras e princípios de Direito Público, nomeadamente aos princípios gerais da atuação administrativa, às regras definidoras de fins públicos concretos a ser prosseguidos, a regras de contabilidade pública. Antes, o que estava em causa era sempre o exercício da função administrativa através de formas bilaterais, de forma a obter a satisfação das necessidades coletivas, o que deveria dar origem a regimes comuns destinados à realização desses desideratos, bem como à unidade de julgamentos de todos esses contratos, cada vez mais importantes para o exercício da função administrativa”. V. Pereira da Silva, “Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável”, in M.J. ESTORNINHO (Coord). *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016.

A divisão em *direito público* e *direito privado* não significa necessariamente contradição e, em razão da supremacia constitucional, devem ser evitadas interpretações extremadas que considerem o direito privado como o direito dos egoísmos individuais e o direito público como o direito das relações de dominação¹¹: na verdade, há um fenômeno de interpenetração dos dois domínios em uma miscelânea que torna insuficiente uma mera especificação formal e definitiva do regime jurídico ao qual se submete determinada pessoa jurídica. A ilustração da interpenetração fica mais clara quando se fala em “pigmentos” de “direito público”, que podem se fazer presentes com maior ou menor intensidade em determinadas relações jurídicas, a depender da finalidade pública buscada¹². Teremos então relações jurídicas mais *pigmentadas*, em razão da aplicabilidade de normas publicísticas necessárias ao alcance das finalidades públicas específicas, e *relações menos pigmentadas*, nas quais o direito privado se aplica com maior intensidade em razão da desnecessidade da forte coloração com normas publicísticas para o alcance das finalidades consagradas no sistema. É o que ocorre com relação ao contrato: o

11 M.J. ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Coimbra, Almedina, 1999, p.157.

12 Registre-se a feliz síntese de Prosper Weil: “[...] o direito privado aplicável à actividade administrativa encontra-se sempre colorido pela finalidade do interesse geral e reveste um certo particularismo; nunca é idêntico ao que se aplica nas relações entre particulares. Somos assim levados a afastar a distinção evocada acima entre o direito administrativo lato sensu e o direito administrativo strictu sensu. Todo o direito aplicável à actividade administrativa seria direito administrativo especial e, no seio deste, haveria uma gradação na diferença das regras aplicáveis em relação às regras em vigor entre particulares: muito próximas destas últimas em determinados casos, ser-lhes-iam diametralmente opostas noutros. Ao tradicional quadro da confusão dos regimes de direito público e direito privado sucederia, assim, a ideia de uma gradação ou de uma escala na originalidade, mesmo no seio do direito administrativo. Retoma-se deste modo uma observação de Latournerie segundo a qual a especialidade do direito administrativo reside precisamente numa amálgama dos elementos de direito público e de direito privado, variando a dosagem destes elementos consoante as matérias” (P. WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1977, p.100).



instituto jurídico do contrato pode ser mais ou menos pigmentado pelo direito público, a depender da finalidade pública consagrada pela norma.

Em conclusão parcial deste tópico, é possível reconhecer o contrato administrativo – e no processo de contratação pública- como um instrumento ou estratégia à disposição do Estado para a implementação de políticas públicas. Em resumida análise, o instrumento contratual permite utilizar o poder de compra estatal para o alcance de finalidades públicas consagradas no ordenamento jurídico-positivo, isoladamente ou em conjunto com outras estratégias. A categoria políticas públicas contempla a existência de elementos e estratégias variadas para o alcance de finalidades públicas, sendo os diversos instrumentos disponíveis juridicamente regulados em diferentes intensidades. Nas diversas etapas que compõem o ciclo das políticas públicas, o planejamento é essencial e regulado normativamente de forma intensa, condicionando inclusive a identificação e escolha – decisão – dentre as várias alternativas existentes.

Finalmente, convém anotar que a escolha das alternativas de ação mais adequadas, na fase de elaboração de programas e de decisão, também é etapa juridicamente regulada. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 20, contém elementos que necessariamente devem integrar o processo de decisão e escolha: a) densificação, à luz do caso concreto, dos valores jurídicos abstratos incidentes; b) consideração das consequências práticas da decisão; c) motivação consistente que demonstre a adequação e necessidade das medidas, inclusive diante de eventuais alternativas¹³.

13 Eis o artigo 20, inserido pela Lei nº 13.655/18: “Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

3. EXEMPLOS, À GUIA DE CONCLUSÃO

Três breves exemplos extraídos da realidade jurídico-normativa brasileira a respeito da utilização do contrato administrativo como instrumento e estratégia integrado em política pública.

Como parte integrante de políticas públicas voltadas à prevenção da corrupção, o projeto do novo marco nacional das contratações públicas (substitutivo que tramita na Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1.292/1995) traz a previsão de regra que obriga licitantes vencedores em contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto a adotarem programa de integridade (compliance). Enquanto a futura norma geral nacional segue em discussão no Congresso Nacional, diversos Estados da Federação têm exigido estruturação de programas de integridade por parte daqueles que pretendem contratar com a Administração Pública. A nova condição normativamente imposta – para celebrar ou disputar contratos administrativos – serve como estímulo à adoção de práticas tidas como eficientes na prevenção da corrupção.

Outro exemplo: o art. 179 da Constituição da República estabelece que *“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”*. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, pode ser considerada o eixo normativo essencial da política pública voltada ao desenvolvimento e valorização da microempresa e empresa de pequeno porte, em atendimento ao comando constitucional. A Lei contém uma série de dispositivos que materializam a política pública de tratamento favorecido nos campos tributário, trabalhista e previdenciário, além de acesso a crédito e à justiça.



Um dos instrumentos criados pela lei, integrante da política pública, é o regime preferencial para participação nas aquisições públicas. Com efeito, o capítulo V da Lei complementar estabelece regras voltadas a incentivar a contratação, pelo Estado, de microempresas e empresas de pequeno porte. *Direcionar o poder de compra do Estado para favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de contratações, é uma das estratégias utilizadas na política pública referida, ao lado de distinções no regime trabalhista, previdenciário e tributário. Na concepção desenhada, os arranjos contratuais foram considerados e inseridos como elementos, partes integrantes, de determinada política pública.* Arranjos contratuais variados, desta forma, aparecem como ferramentas ou estratégias juridicamente reguladas, utilizadas para a consecução das finalidades específicas em determinada política pública.

Finalmente, imperativo constitucional determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art.196). Cabe ao Estado-Administração planejar e motivadamente decidir entre as diversas alternativas de políticas públicas sociais e econômicas “que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O fomento às organizações sociais, entidades integrantes do chamado terceiro setor, por intermédio de *arranjos contratuais* colaborativos (contratos de gestão) são então considerados e inseridos como *elementos, partes integrantes, de determinada política pública de fomento, integradas às políticas públicas da saúde.* A celebração de contrato de gestão com organização social para gerenciar e/ou executar atividade pública deve ser precedida de *decisão planejada, processualizada e juridicamente fundamentada.* Com efeito, apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Estado mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados. A relevância do planejamento

se justifica diante da existência de deveres constitucionais impostos ao Estado, que devem ser executados da forma mais eficiente e eficaz possível, considerando-se os diversos aspectos juridicamente regulados incidentes (em especial, administrativos, orçamentários e financeiros).



Parcerias em Infraestrutura

Riscos e Responsabilidades¹

LUCIANO FERRAZ²

Resumo

O objetivo deste artigo é apresentar a evolução do entendimento entre Estado e privados como resultado dos processos de desestatização e de redução da atuação direta do Estado a partir das décadas de 1980 e 1990 no Brasil, culminando com a legislação atual que regulamenta o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI – do Governo Federal, com focos nas privatizações.

1 O presente artigo foi elaborado a partir dos trabalhos publicados em parceria com o acadêmico Thiago Ferreira Almeida. (1) FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Panorama dos programas brasileiros de privatizações: trinta anos depois da Constituição. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 97-105. (2) FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira. Parcerias público-privadas: investimentos em infraestrutura no Brasil e no Mundo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 401-430.

2 Professor Associado de Direito Administrativo na UFMG. Professor Adjunto de Finanças Públicas e Direito Financeiro na PUC/MG (licenciado). Pós doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (UNL). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Diretor de Regulação e Jurídico da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG).

Palavras-Chave: Infraestrutura – Riscos e Responsabilidades – Concessões – Parcerias Público-Privadas – Privatizações.

Abstract

The purpose of this paper is to present the evolution of the understanding between the State and the private as a result of the privatization processes and the reduction of the direct action of the State from the 1980s and 1990s in Brazil, culminating with the current legislation that regulates the Partnership Program. PPI - of the Federal Government, with focus on privatization.

Keywords: *Infrastructure - Risks and Responsibilities - Concessions - Public-Private Partnerships - Privatizations.*

Índice: 1. Considerações Gerais; 2. Parcerias em infraestrutura;
3. Conclusão

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

As PPP (*Public Private Partnerships*) foram implementadas originalmente no Reino Unido em 1992, como variante do processo de privatização levado a efeito pelo Governo Margareth Thatcher, sob a sigla PFI (*Private Finance Initiative*). Objetivava-se com a nova modalidade de contratação administrativa, abandonar o esquema clássico de contratação de obras e serviços (contrato de venda e compra), para substituí-lo por contratos compartilhados de financiamento infraestrutural, visando, so-



bretudo, à melhoria da eficiência na prestação dos serviços públicos e à desoneração dos orçamentos estatais.

O sucesso das PPP possibilitou sua expansão aos países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), além de Japão, Holanda, Hong Kong, União Europeia, Chile, Brasil, México, República Dominicana.. Explica-se a proliferação do modelo pelo ganho de eficiência conseguido no aporte de recursos financeiros e na melhoria da qualidade na prestação dos serviços públicos pelos particulares.³

Essa expansão da iniciativa privada na prestação de serviços públicos e no desempenho de atividades estratégicas demanda dos países em desenvolvimento infraestrutura e aparelhamento, bem como uma postura *up to date* em termos de atração de investimentos em infraestrutura.

Nesse sentido, a evolução do conceito de parcerias para infraestrutura adquire, no Brasil, sentido bastante ampliado se comparado com aquele inicialmente concebido nas décadas de 1980 e 1990, quando se anunciava o câmbio do Estado-Empresário para o Estado-Regulador.

O desafio, hoje, é perceber diferentes acepções e possibilidades de parcerias, com partilhas de riscos e responsabilidades diversas, sempre a envolver a atuação conjunta entre os setores público e privado, em iniciativas como: (a) contratos tradicionais de concessão pública de servi-

3 No Reino Unido, estudos apontam para uma economia percentual de 10% a 17% em termos de gastos públicos na comparação entre os contratos de PPP e os contratos tradicionais, por força, sobretudo, da vinculação ao pagamento do desempenho dos particulares. Além disso, 75% a 88% dos contratos de PPP foram concluídos dentro dos prazos e orçamentos previstos contra 30% dos projetos realizados com contratações de obras no modelo tradicional (BRITO, Barbara Moreira Barbosa de. SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. *Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro*, Revista do Serviço Público, Brasília, 56, p. 7-21, Jan/Mar 2005. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/214/219>).

ços, obras e afins; (b) contratos de PPP (em sentido estrito); (c) participação acionária dos privados em empresas estatais; (d) participação acionária do Estado em empresas privadas; (e) atuação de bancos e agências oficiais de fomento no financiamento de projetos de infraestrutura; (f) participação de fundos de investimento privados em projetos de interesse público; (g) participação do terceiro setor na promoção de atividades de interesse público.

Com efeito, organismos multilaterais e países estrangeiros adotam, sob diferentes estruturas jurídicas, modelos contratuais e empresariais variados para empreendimentos de longo prazo, entabulando alternativas de financiamento e de participação do setor privado em setores estratégicos da economia.

2. PARECERIAS EM INFRAESTRUTURA

Na União Europeia, o Centro Europeu de Expertise em PPP (*European PPP Expertise Centre*) – EPEC – realiza atividades financiadas pelo Banco Europeu de Investimento (*European Investment Bank*) – EIB que envolvem os países membros da comunidade e aqueles que almejam nela ingressar (Turquia, Sérvia e Albânia). A missão do EPEC é fortalecer a habilidade do setor público para realizar parcerias, por meio da troca de informações, experiências, estudos, difusão de boas práticas.

A Tabela 1 abaixo demonstra a incidência de projetos de parceria nos países europeus, com destaque para estruturação financeira (financiamentos), energia, indústria, telecomunicações e transporte⁴.

4 Disponível em: www.eib.org/projects/loan/sectors/index.htm?from=1959&to=2017



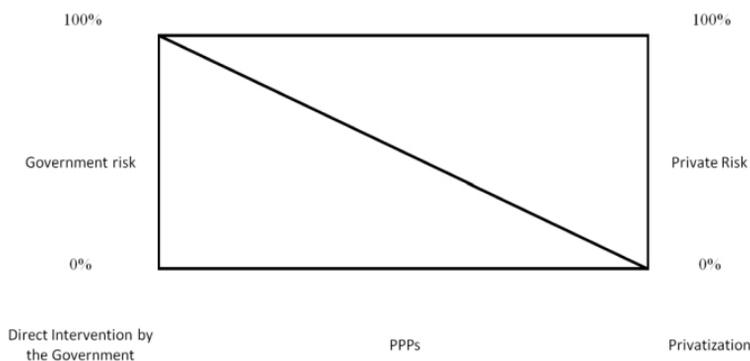
Tabela 1
Setores atendidos por projetos de parceria nos países europeus

Setores	De 1959 a 2017 em Euros
Agricultura, Pesca e Extração Florestal	€ 6.127.646.267,23
Infraestrutura	€ 22.062.079.704,56
Linhas de Crédito	€ 362.365.057.508,28
Educação	€ 41.265.545.886,30
Energia	€ 188.039.878.365,75
Saúde	€ 27.882.581.066,33
Indústria	€ 128.932.933.167,19
Serviços	€ 44.346.650.321,23
Resíduos Sólidos	€ 7.285.623.060,12
Telecomunicações	€ 68.022.386.393,96
Transporte	€ 302.189.028.111,66
Desenvolvimento Urbano	€ 46.215.230.728,29
Saneamento Básico e Água	€ 68.626.114.231,81
Total	€ 1.313.360.754.812,71

Segundo a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento⁵ – OCDE –, os contratos de parcerias situam-se entre dois extremos: serviços realizados exclusivamente pelo setor público e serviços realizados exclusivamente pelo setor privado, de acordo com os riscos assumidos pelas partes envolvidas nos diversos cenários.

5 OECD. Dedicated Public-Private Partnership Units: A Survey of Institutional and Governance Structures. 10 March 2000, p. 21. Acesso em 14 de outubro de 2017. Disponível em: www.oecd.org/gov/budgeting/dedicatedpublicprivatepartnershipunitsasurveyofinstitutionalandgovernancestructures.htm

Figura 1
Alocação de Riscos entre Público e Privado (OCDE)



Convém esclarecer que, no Brasil, num primeiro momento, a terminologia parceria público-privada (PPP) foi adotada em acepção restrita, a fim de qualificar um tipo de contrato de concessão, subdividido em duas modalidades – concessão patrocinada e concessão administrativa (ver Lei 11.079/04) – que se aglutinaram, como tal natureza jurídica, aos típicos contratos de concessão pura (ver Lei 8.987/95).

Recentemente, todavia, a Lei 13.334/16, que criou o Programa de Parceria de Investimentos – PPI –, ampliou esse conceito, passando a envolver também outros empreendimentos públicos em infraestrutura, a ver: (a) contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União (concessões, PPP *stricto sensu* e permissões); (b) empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, tornam-se executáveis por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta



dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (contratos de parcerias público-público).

A tudo isso se acresce mecanismos tradicionais previstos no Programa Nacional de Desestatização (PND), nos termos da Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997, que estabelece balizas para a privatização, visto como a operação de alienação de participações e controle de empresas estatais e afins.

A nova previsão legislativa brasileira alinha-se com a concepção ampla das parcerias em infraestrutura, exatamente na linha do que os países desenvolvidos têm adotado. O Banco Mundial, por exemplo, compreende as parcerias como um *mix* de recursos e habilidades de ambos os lados da parceria, cuja combinação obedece a uma estrutura de divisão de riscos e responsabilidades.

Na partilha de riscos, as responsabilidades devem ser alocadas ao parceiro com melhores condições de atuação e resposta. Via de regra, o parceiro privado é mais eficiente na implantação da infraestrutura do projeto, devido à sua flexibilidade na contratação de fornecedores e mão de obra, planejamento e adequação ao cronograma de execução, o mesmo acontecendo em relação aos riscos construtivos.

Por outro lado, o parceiro público deve assumir, como regra, riscos de regulamentação, regulação e fiscalização, políticos e de relacionamento com a sociedade, uma vez que envolvem o interesse público, além da obrigação de manter escorreita a prestação de serviços públicos aos cidadãos-usuários. Essa divisão de riscos e atividades é definida num instrumento conhecido como matriz de riscos – e que pode ser entendida a partir da tabela a seguir:

Tabela 2
Matriz de Riscos (Elaboração própria)

Tipo de Risco	Consequência	Gestão de Risco	Risco Público	Risco Privado
Infraestrutura existente não adequada	Aumento dos custos de implantação e atrasos na obra	Risco de implantação é repassado para o construtor	-	X
Local de implantação inadequado	Autorizações não concedidas ou com atrasos, impactando prazos e custos	Estado deve apresentar esquema para obtenção de autorizações e avaliação de sensibilidade política e social, além de estudos de impacto ambiental	X	X
Descobertas de interesse histórico ou arqueológico	Custos e atrasos devido às descobertas	Investigar antecipadamente todos os registros de propriedade e realizar inquéritos adequados e consultas a especialistas	X	-
Disponibilidade do local	Risco de acesso ao local escolhido em que não seja susceptível de negociação	O setor privado deverá assegurar a disponibilidade do local escolhido antes da apresentação da proposta	-	X
Projeto	Projeto incompatível com o preço fixado	O setor privado poderá transferir o risco para empresa responsável pelo projeto. O Estado tem o direito de reduzir as prestações por falhas do parceiro privado ou mesmo cancelar o contrato	-	X
Construção	Probabilidade de ocorrência de eventos que possam afetar o empreendimento	O parceiro privado poderá transferir o risco para o construtor, fixando antecipadamente o preço e o prazo para a construção	-	X
Financiamentos adicionais	Alteração política, legislação ou evento adicional que obrigue a reconstruir, alterar ou reequipar o contrato, gerando financiamento adicional não acessível à parte privada	Risco ao Estado caso comprovada a incapacidade do parceiro privado em obter crédito. O Estado deverá exigir que o parceiro privado realize maiores esforços para captar crédito adicional, compensando-o via prestações acrescidas ou pagamento dos custos adicionais	X	-
Alterações fiscais	Risco de que, antes ou após o término do projeto, o nível de tributação sobre o parceiro privado ou seus rendimentos sofra alterações	Os rendimentos propostos pelo projeto deverão suportar a alteração. Em relação às infraestruturas, o parceiro privado deverá acordar regras específicas de taxaço	-	X
Manutenção e reconstrução	Risco de que o projeto não se revele adequado, demandando alterações que impliquem custos superiores aos previstos	O parceiro privado poderá gerir este risco por meio da assinatura de contratos de longo prazo com subcontratantes e de processo de consultas formais e informais com o Estado	-	X
Necessão econômica	Risco de que uma crise reduza o crescimento econômico com impacto no serviço prestado	Sendo o setor público o principal cliente, o parceiro privado deverá assegurar a realização do pagamento pela disponibilização do serviço	-	X
Inflação	Risco de que os pagamentos recebidos no decurso do contrato sejam erodidos pela inflação	A parte privada deverá criar mecanismo adequado a fim de manter o rendimento real	-	X
Alterações legislativas	Alterações na política governamental que não poderiam ser antecipadas à data da assinatura do contrato e que atingem o projeto	O Estado deverá procurar minimizar tais riscos controlando e limitando as alterações legislativas ou permitindo a compensação financeira se o montante for significativo	X	-
Regulação	Existência de entidade reguladora do serviço	O parceiro privado deverá aferir previamente o sistema regulatório vigente	-	X
Falência e termo do contrato	Risco de perda da empresa em consequência do final prematuro do <i>leasing</i> ou outro contrato incluído no projeto	Ao parceiro privado e às instituições que financiaram o projeto será dada oportunidade para remediar as falhas da parte privada que falhou ou rompeu com o contrato	-	X
Força maior	Risco de incapacidade de atuação em face aos compromissos contratuais resultantes de evento de força maior	O parceiro privado deverá acordar a inimizabilidade da descontinuidade dos serviços. Se a descontinuidade não for susceptível de ser segurada, poderá constituir reserva financeira. O Estado deverá constituir planos contingenciais ou alternativas	X	X
Valor residual na data de transferência para o Estado	Risco de que, na data de transferência dos serviços contratados, o bem tenha valor inferior ao estimado inicialmente	O Estado deverá impor ao parceiro privado a manutenção e o melhoramento adequado do ativo, além de realizar inspeções periódicas	X	-



A tabela acima apresenta um conjunto resumido e hipotético de riscos envolvidos com as atividades a serem realizadas por cada parte ou conjuntamente no âmbito das parcerias. É certo que não há uma fórmula ideal e unívoca para qualificar as parcerias e sua plêiade de aplicações, uma vez que a alocação de riscos e atividades depende sempre do entendimento e dos serviços a serem prestados em cada caso.⁶

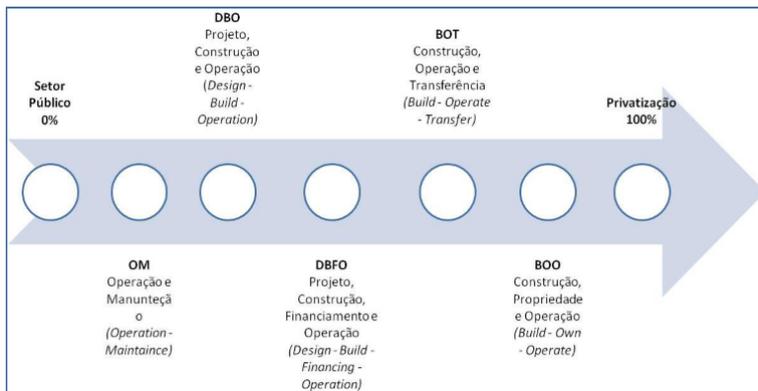
Bem por isso é que a elaboração da matriz de riscos deve contar com um adequado planejamento na fase pré-contratual, almejando prever e mitigar todos os riscos possíveis, prováveis e improváveis, a fim de evitar, entre outros, alterações e reequilíbrios contratuais futuros, causando ônus para além do que estipulado em contrato para cada uma das partes.

SILVA (2016, p. 20-21) apresenta uma interessante divisão das parcerias conforme a nomenclatura internacional, partindo de um modelo próximo à execução direta pelo setor público até os modelos mais próximos à privatização.

6 *“A plethora of different kinds of contractual PPP exist and new variations emerge continuously as each PPP contract responds to very precise needs. Some of the most frequent labels are BOT (build, operate and transfer); that is, the private partner builds and operates the infrastructure, transferring it for the public partner at the end of the contract. BOOT (build, own, operate, and transfer) is the organizational form when infrastructure ownership is also private during the contract term; DBOT or DBOOT would be the acronyms if arrangements further include the responsibility for the design of the infrastructure project as well. The concession model is also, sometimes, separated into public works and public service concessions, depending on the business (contract) value of the infrastructure or service provision, respectively. In fact, many concessions are of mixed type: there is a balance between both activities”.* (BODY OF KNOWLEDGE ON INFRASTRUCTURE REGULATION. What are the different types of PPP arrangements? Accessed in November 18, 2017. Available at: <http://regulationbodyofknowledge.org/faq/private-public-partnerships-contracts-and-risks/what-are-the-different-types-of-ppp-arrangements/>)

Figura 2

Modelos de PPP entre Setores Público e Privado (SILVA, 2016)



O autor destaca, ainda, os tipos mais comuns de parcerias aplicáveis ao setor de infraestrutura, com natureza jurídica de concessão:

Tabela 3

Quadro Explicativo da Nomenclatura de Parcerias (Elaboração própria com dados de SILVA, 2016)

Quadro Explicativo da Nomenclatura de Parcerias	
OM Operação e Manutenção (<i>Operation - Maintenance</i>)	O setor privado é responsável por todas as manutenções e operações, mas não é responsável pelo financiamento, podendo, por outro lado, gerar um fundo de capital.
DBO Projeto, Construção e Operação (<i>Design - Build - Operation</i>)	O setor privado é responsável pelo projeto, construção, operação e manutenção por período determinado, sendo que, no final, deverá retornar para o setor público.
DBFO Projeto, Construção, Financiamento e Operação (<i>Design - Build - Financing - Operation</i>)	O setor privado é responsável pelo financiamento, projeto, construção, operação e manutenção, ficando o setor público de titular da propriedade em sua totalidade.
BOT Construção, Operação e Transferência (<i>Build - Operate - Transfer</i>)	O setor privado é responsável pelo financiamento, projeto, construção, operação e manutenção durante o período da concessão, sendo o ativo transferido para o setor público ao final do período da concessão.
BOO Construção, Propriedade e Operação (<i>Build - Own - Operate</i>)	Modelo idêntico ao BOT, mas o setor privado detém a propriedade do ativo de forma permanente. O setor público concorda com a aquisição por período pre-fixado quanto aos seus serviços disponíveis.



Em qualquer dessas modelagens, a correta alocação dos riscos é o elemento fundamental para o sucesso das parcerias – e a escolha pela opção aplicável envolve, entre outros, análises típicas de “Value for Money” – VFM. Essas análises – que devem ocorrer na fase de planejamento da parceria – tem como missão a de estimar o grau de eficiência desejada, a envolver, sobremaneira, o financiamento privado ao empreendimento vis-à-vis a remuneração paga pelos usuários ou pela da Administração Pública ao parceiro, conforme o caso. O VFM, portanto, analisa quantitativa e qualitativamente as vantagens socioeconômicas do modelo adotado, notadamente para demonstrar sua sustentabilidade financeira e os respectivos impactos societários.

Ao lado dos riscos, aspecto fundamental das parcerias consiste na estipulação de garantias do poder concedente ao parceiro privado ao longo da execução do contrato. Na legislação brasileira sobre parcerias público-privadas em sentido estrito, por exemplo, o art. 8º da Lei 11.079/2004 trata do tema, estabelecendo hipóteses possíveis de garantias, a ver:

- Vinculação de receitas, (art. 167, IV, CF/88 – sendo vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa);
- Fundos especiais previstos em lei (criados na forma dos arts. 71 a 74 da Lei 4.320/1964 e art. 8º da Lei Complementar 101/2000);
- Contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- Garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público (Banco Mundial, Banco Interamericano, etc);

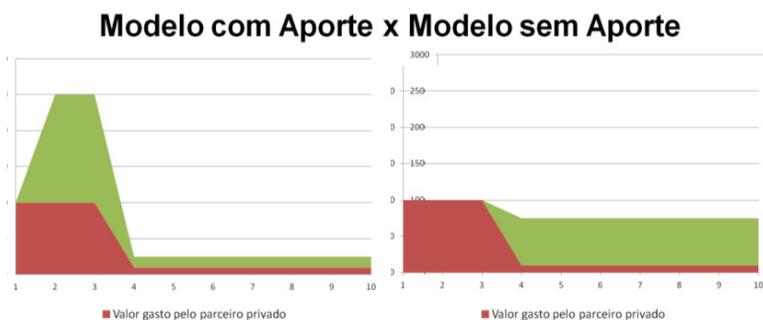
- Garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- Outros mecanismos admitidos em lei.

É bem verdade que a necessidade de tornar mais atrativos os contratos de PPP (em sentido estrito) no Brasil levou à edição da Medida Provisória 575/2012, convertida na Lei 12.766/2012, responsável por instituir, ao lado da contraprestação pecuniária a cargo do Poder Público, a figura dos aportes (§ 2º do art. 6º da Lei 11.079/04). Essa possibilidade de aportes de recursos já na fase inicial dos projetos permitiu reduzir o *equity* inicial do empreendimento, adiantando recursos de *Capex* (*capital expenditure*) durante a implantação da infraestrutura.

Com essa antecipação de receita ao parceiro privado, diminuiu-se o compromisso público de arcar com a contraprestação pecuniária durante a fase de execução do contrato (prestação do serviço), desonerando os orçamentos correntes da Administração Pública no longo prazo. A representação da curva de desembolso dos parceiros público e privado abaixo descrita demonstra a diferença do modelo de parceria com e sem os aportes do Poder Público, em perspectiva hipotética:

Figura 3

Modelo Hipotético de Contrato de PPP com e sem Aporte (Elaboração própria)





Como se vê, a questão do financiamento dos projetos de parceria é deveras sensível tanto para o parceiro privado – que é o responsável direto pelo projeto – quanto para o parceiro público. É que a PPP não deixa de traduzir-se numa operação de crédito de longo prazo, porquanto os investimentos do particular parceiro são diluídos nas contraprestações assumidas pelo Poder Público durante a execução contrato, com expressivo potencial de endividamento.

Veja-se, por exemplo, o caso de Portugal, cujos projetos de PPP chegaram a apresentar encargos financeiros não adequadamente refletidos em seus orçamentos públicos. Em 2015, a Eurostat divulgou que o país possuía encargos com PPP equivalentes a 3,4% do PIB (6,1 milhões de euros)⁷. Além do mais, os gastos com PPP em Portugal não foram inseridos *as usual* no percentual da dívida pública nacional, o que prejudicou o controle mais eficaz. Estudos apontam que até o término da vigência dos contratos de PPP lusitanos haverá um dispêndio de 14,6 bilhões de euros.

No caso brasileiro, a Lei 11.079/2004 (art. 28) inicialmente autorizava que Estados, DF e Municípios pudessem realizar despesas de caráter continuado em PPP dentro do limite de 1% da Receita Corrente Líquida (RCL) do exercício anterior ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 anos subsequentes não excedessem a 1% da RCL projetada para os respectivos exercícios. Em 2009, a Lei 12.024 aumentou esse limite para 3% da RCL e, em 2012, a Lei 12.766 ampliou novamente esse limite, desta feita para 5% da RCL.

⁷ Acesso em 13 de outubro de 2017. Disponível em: www.jornaldenegocios.pt/economia/financas-publicas/detalhe/portugal-e-o-pais-da-ue-que-assumiu-mais-encargos-com-ppp

Após um período inicial em que os contratos estritos de PPP tiveram algum desenvolvimento, a Lei 13.334/2016⁸ (PPI) retomou, como já dito anteriormente, as bases do Programa Nacional de Desestatização, fomentando a saída propriamente dita do setor público do âmbito da exploração de atividades econômicas estratégicas e da prestação de serviços públicos. O foco agora está nas alienações da participação acionárias da União em empresas estatais e suas subsidiárias, apostando o Estado brasileiro também na ampliação do sistema de concessões puras ou PPP. Destacam-se no âmbito do PPI do Governo Federal as concessões de aeroportos, portos, terminais portuários, geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, exploração de gás natural e petróleo.

Nessa perspectiva, de acordo com levantamentos do Ministério da Economia- Subsecretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, a União Federal possui atualmente 46 estatais sob controle direto; 159 subsidiárias (controle indireto); 233 coligadas (com percentual superior a 20% e inferior a 50% do capital social) e 199 participações acionárias (inferiores a 20% do capital social) em empresas privadas, totalizando um patamar expressivo de 637 empresas com participação direta e indireta.

A Tabela 4 abaixo demonstra a comparação entre o Brasil e alguns países no que toca ao quantitativo de empresas estatais:

8 O Programa de Parcerias de Investimentos objetiva definir projetos e áreas de interesse estratégico e primordial para o Estado, criando uma estrutura administrativa vinculada diretamente à Presidência. O art. 7º da lei do PPI cria o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI –, com competências para opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto as propostas e projetos de parcerias, além de exercer as funções atribuídas ao órgão gestor de parcerias público-privadas federais pela Lei 11.079/2004, ao Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte pela Lei 10.233/2001, e ao Conselho Nacional de Desestatização pela Lei 9.491/1997. A Lei do PPI também cria a Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos, vinculado ao Secretário-Geral da Presidência da República, com a função de exercer orientação normativa e supervisão técnica aos projetos (art. 8º). A Empresa de Planejamento e Logística – EPL – passa a ser vinculada à CPPI, ficando responsável na elaboração de estudos e projetos (art. 20)



Tabela 4
Ranking países x estatais

Brasil	*511
Hungria	370
Índia	270
Rep. Checa	133
Lituânia	128
Polônia	126
Eslováquia	113
Portugal	84
México	78
Látvia	71

*205 estatais federais (46 controles diretos +
159 subsidiárias) +306 estatais estaduais = 511

3. CONCLUSÃO

Desde o advento da Constituição da República em 1988, o Brasil alterou o seu modelo de desenvolvimento, flexibilizando o perfil mais estatizante vigente no século XX e adotando mecanismos alternativos de financiamento estrutural em conjunto com o setor privado.

As concessões puras (Lei 8.987/95), as parcerias público-privadas (Lei 11.079/04) e as privatizações (PND e PPI) apresentaram-se, nesse sítio, como iniciativas aptas à atração de investimentos e expertise do setor privado, surtindo também a carência de recursos públicos no setor de infraestrutura.

Nada obstante, o sucesso dos diversos tipos de parcerias entre o setor público e o setor privado está intimamente conectado ao acerto na

escolha do modelo adotado, bem como na esboreita partilha de riscos e responsabilidades entre os atores envolvidos. A desvinculação estatal do âmbito das responsabilidades e riscos no desempenho de atividades econômicas estratégicas – tanto no comando e na participação em empresas quanto na execução de contratos de parceria (concessões e PPP) – deve vir acompanhada de um necessário reforço da atividade de regulação e controle sobre referidas atividades, especialmente porque em jogo a tutela dos interesses públicos subjacentes.

4. REFERÊNCIAS

ASIA DEVELOPMENT BANK – ADB. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: www.adb.org/.

ASIA INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK – AIIB. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: www.aiib.org/en/index.html.

BANCO CENTRAL DA ÁFRICA DO SUL. Acessado em: 16 de abril de 2014. Disponível em: www.resbank.co.za/AboutUs/History/Pages/History-Home.aspx.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. Disponível em: <www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/>. Acessado em: 10 de março de 2014.

BANK FOR DEVELOPMENT AND FOREIGN ECONOMIC AFFAIRS – VNESHECONOMBANK. Acessado em 11 de março de 2014. Disponível em: www.vnb.ru/en/about/.

BODY OF KNOWLEDGE ON INFRASTRUCTURE REGULATION. **What are the different types of PPP arrangements?** Accessed in November



18, 2017. Available at: <http://regulationbodyofknowledge.org/faq/private-public-partnerships-contracts-and-risks/what-are-the-different-types-of-ppp-arrangements/>.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. Caderno 1. v. 1. Brasília: Cadernos MARE da reforma do estado, 1997.

BRITO, Barbara Moreira Barbosa de. SILVEIRA, Antônio Henrique Pينهيرو. **Parceria Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro**, Revista do Serviço Público, Brasília, 56, p. 7-21, Jan/Mar 2005. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/214/219>.

BUCCINI, Aline Rabelo Assis; PAIVA, Danuza Aparecida de; ALMEIDA, Thiago Ferreira. **Value for Money: As PPPs trazem eficiência? Uma análise do projeto das Unidades de Atendimento Integrado do Governo de Minas Gerais**. Paineis 27/082 – Inovação e novos modelos organizacionais na prestação de serviços ao cidadão. VIII Congresso CONSAD de Gestão Pública. Brasília: 26, 27 e 28 de maio de 2015.

BUSINESS DICTIONARY. **Value for Money (VFM)**. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: www.businessdictionary.com/definition/value-for-money-VFM.html.

CHINA DEVELOPMENT BANK – CDB. Acesso em: 11 de março de 2014. Disponível em: www.cdb.com.cn/english/index.asp.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE – EPEC. **Market Update – Review of the European PPP Market in 2016**. Acessado em 16 de outubro de 2017. Disponível em: www.eib.org/epec/resources/publications/epec_market_update_2016_en.

EXPORT-IMPORT BANK OF INDIA – EXIMBANK. Acessado em: 11 de março de 2014 Disponível em: www.eximbankindia.in/?q=organization.

FERRAZ, Luciano. **Parcerias Público-Privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação**. In: Direito Público Atual – Estudos em Homenagem ao Prof. Néelson Figueiredo. Coord. MOTTA; Fabrício. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL – CPDOC. Escola de Ciências Sociais. **Verbetes Temáticos: Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)**. Acesso em 23 de novembro de 2017. Disponível em: www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/programa-de-aceleracao-do-crescimento-pac. In: MORAES, Gloria. www.congressoemfoco.ig.com.br/Ultimas.aspx?id=14079; www.casacivil.gov.br; www.planejamento.gov.br; www.ministeriodascidades.gov.br; **Programa de Aceleração do Crescimento, 2007**; Balanço do PAC 2 Anos, fevereiro 2009, Comitê Gestor do PAC.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 32ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GIAMBIAGI, Fábio; VILLELA, André; Castro, Lavinia Barros de; Hermann, Jennifer; *et al* (org.). **Economia Brasileira Contemporânea: 1945-2010**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Programa de Parcerias do Estado de Minas Gerais**. Acessado em 23 de novembro de 2017. Disponível em: www.ppp.mg.gov.br/.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Programa de Parcerias do Estado de São Paulo**. Acessado em 23 de novembro de 2017. Disponível em: www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Sobre.



MODIANO, Eduardo. **Um balanço da privatização nos anos 90**. In: A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Editado por Armando Castelar Pinheiro e Kiichiro Fukasaku. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: www.bndes.gov.br/bibliotecadigital.

NEW DEVELOPMENT BANK – NDB. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: www.ndb.int/.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU. **Comissão Econômica para a América Latina e Caribe – CEPAL**. Acessado em 14 de outubro de 2017. Disponível em: www.nacoesunidas.org/agencia/cepal/.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Dedicated Public-Private Partnership Units: A Survey of Institutional and Governance Structures**. 10 March 2000, p. 21. Acessado em 14 de outubro de 2017. Disponível em: www.oecd.org/gov/budgeting/dedicatedpublic-privatepartnershipunitsasurveyofinstitutionalandgovernancestructures.htm.

SILVA, José Manuel Braz da. **Parcerias Público-Privadas**. Com a colaboração de Diogo Leite de Campos. Coimbra, Portugal: Edições Almedina S.A., 2016.

THE EXPORT-IMPORT BANK OF CHINA – C-XIM. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: english.eximbank.gov.cn/en/.

UNIÃO. **Ministério do Planejamento. PAC**. Acesso em 23 de novembro de 2017. Disponível em: www.pac.gov.br/sobre-o-pac/.

UNIÃO. **Programa de Infraestrutura em Logística**. Acesso em 23 de novembro de 2017. Disponível em: www.brasil.gov.br/infraestrutura/2015/06/plano-de-concessoes-tem-investimento-de-r-198-4-bi

UNIÃO. **Programa de Parcerias de Investimentos – PPI**. Acessado em 13 de outubro de 2017. Disponível em: www.projetocrescer.gov.br/sobre-o-programa.

VALERIO, Alexandre Scigliano. **Privatização no Brasil: evolução histórica, dados oficiais e críticas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG. 2008: Minas Gerais. Acessado em 15 de novembro de 2017. Disponível em: 200.198.41.151:8081/tribunal-contas/2008/01/-sumario?next=5.

WORLD BANK GROUP. Public-Private Partnership Infrastructure Resource Center – PPIRC. **About Public-Private Partnerships**. Acessado em 14 de outubro de 2017. Disponível em: ppp.worldbank.org/public-private-partnership/about-public-private-partnerships.

_____. **2016 Annual Update Private Participation in Infrastructure (PPI)**. Acessado em 13 de outubro de 2017. Disponível em: www.worldbank.org.



A responsabilidade contratual em contratos de infraestruturas públicas¹

PEDRO MELO²

Resumo

Este artigo tem por finalidade explicar as diversas relações contratuais que se verificam em contratos de infraestruturas públicas financiados em regime de *project finance*, apontando os principais focos de tensão entre as partes desses contratos.

Palavras-chave: *Contratos de concessão; Concessões administrativas; project finance; responsabilidade contratual; infraestruturas públicas.*

1 O presente artigo visa sumariar a minha intervenção no III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público que teve lugar no dia 15 de Novembro de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e cuja coordenação esteve a cargo das Senhoras Professoras Doutoradas Carla Amado Gomes e Ana Fernanda Neves.

2 Advogado e Mestre em Direito. Pedro.Melo@mirandalawfirm.com

Abstract

This article aims at explaining the wide range of contractual relations one can find within infrastructure contracts financed under a project finance scheme. The main controversial aspects were highlighted.

Key words: *Concession contracts; project finance; contractual liability; infrastructure projects.*

Índice: 1. Três ideias-chave; 2. Responsabilidade contratual na relação Concessionária / Bancos; 3. Responsabilidade contratual na relação Concessionária / Empreiteiro e Operador; 4. Responsabilidade contratual na relação Concessionária / Concedente; 5. A problemática da intervenção contratual das Autoridades Reguladoras

1. TRÊS IDEIAS-CHAVE

São empiricamente demonstráveis as seguintes afirmações:

- a) a esmagadora maioria dos projectos de infraestruturas públicas implementados em numerosos sectores do nosso país – das auto-estradas aos portos e aeroportos, passando pelo sector águas, saneamento, energia e saúde –, foram objecto de contratos de concessão de obras públicas e/ou de contratos de concessão de serviços públicos (“concessões administrativas”)³;

³ Cfr. o Boletim Trimestral das Concessões e das PPP no sítio da UTAP – Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos, em www.utap.pt.



- b) tais contratos consubstanciam relações jurídicas de longa duração e, por regra, constituem instrumentos de parcerias público-privadas⁴;
- c) adicionalmente, os contratos em alusão foram alvo de financiamentos em regime de *project finance*⁵.

Fruto destas características, *id est*, da importância económico-financeira e da sofisticação técnica e jurídica associada a estes contratos, origina-se uma complexa constelação contratual entre eles.

Aliás, os *vasos comunicantes* existentes entre os contratos que compõem este verdadeiro *mosaico contratual* são de tal sorte sólidos que, *et pour cause*, os denominados *contratos de projecto*, bem como os designados *contratos de financiamento*, figuram invariavelmente como anexos aos contratos de concessão e constituem parte integrante destes

Concretizando, no referido mosaico contratual verificamos que, em torno do contrato de concessão (SPV / *project company*), gravitam, pelo menos, os seguintes contratos: o contrato de empreitada (em regime de EPC – *engineering, procurement, construction* – ou de BOT – *build, operate and transfer*), o contrato de operação e manutenção, os contratos

4 Sobre as parcerias público-privadas, cfr., em geral, DARRIN GRIMSEY e MERVYN K. LEWIS, *Public Private Partnerships – the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.

Na doutrina nacional, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, ANTÓNIO B. POMBEIRO, *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, Áreas Editora, Lisboa, 2003 e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, in Cadernos IDEFF, n.º 9, Almedina, Coimbra, 2009.

5 No que toca ao financiamento de projectos de infra-estruturas em regime de *project finance*, cfr., entre outros, GRAHAM VINTER, GARETH PRICE e DAVID LEE, *Project Finance – A Legal Guide*, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013.

de financiamento (*loan agreements / credit facilities*), os contratos de garantias (*security package*), o acordo de subscrição de capital, o acordo directo (*direct agreement*) e os contratos de seguros.

É, pois, o entrosamento entre estes contratos e as respectivas partes, especificamente, as responsabilidades contratuais que deles emergem, numa perspectiva patológica (incumprimentos), que iremos analisar, sumariamente, respigando as situações mais frequentes.

Com efeito, são relativamente comuns as divergências entre as diversas partes destes contratos, acerca da sua interpretação, integração e aplicação. Esses dissensos conduzem, não raro, a litígios entre as ditas partes contratuais, sem prejuízo de conflitos entre essas partes (ou uma dessas partes) e terceiros, ou seja, os utentes ou utilizadores das concessões administrativas⁶.

6 Em virtude dos contratos que regem as concessões administrativas contemplarem, invariavelmente, cláusulas compromissórias no seu seio, os litígios que deles emergem são, por regra, resolvidos através de arbitragem (arbitragem *ad hoc*).

Aliás, sendo tais cláusulas violadas, ou seja, se alguma das partes recorrer aos tribunais administrativos em vez de recorrer à arbitragem para resolver o litígio, a título principal, estaremos em face de uma situação de preterição de tribunal arbitral, o que constitui uma excepção dilatória, derivada de incompetência absoluta do tribunal estadual.

Para uma síntese sobre a diferença entre a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada, cfr., entre outros, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 92.

Em geral, sobre a arbitragem em contratos de direito público, cfr. PEDRO MELO, *Arbitragem Voluntária e Contratos Administrativos*, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 331 a 354.

Sobre o mesmo tema, embora redigido há já alguns anos, *vide*, ainda com muito interesse, SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 231 a 263.

Para uma breve síntese sobre a evolução da arbitragem administrativa, cfr. PAULO OTEIRO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 82 a 85.



2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA / BANCOS

Os sindicatos bancários que, por norma, financiam as concessões administrativas (adiante, “Bancos”) assumem um risco financeiro relevante (*brevitatis causa*: o risco de não serem atempadamente reembolsados, nos termos convencionados).

Por essa razão, é natural que os Bancos procurem mitigar, mediante a celebração de contratos sofisticados e exigentes (e já assaz padronizados), esse risco.

Assim, como contrapartida pelos financiamentos prestados a favor da concessionária, os Bancos reclamam a prestação de garantias várias (“pacote de garantias” / *security package*), composto, *inter alia*, pelos seguintes contratos: penhor de acções da concessionária (*share pledge agreement*), obrigações diversas relativas às suas contas bancárias (*accounts agreement*), *call option agreement*, acordo de penhor de activos (*asset pledge agreement*), acordo directo (*direct agreement*) e acordo global de coordenação entre os bancos que constituem o sindicato bancário (*intercreditor agreement*).

No quadro destes contratos financeiros, por norma redigidos em inglês mas sujeitos a lei portuguesa, os Bancos assumem uma claríssima preponderância, senão mesmo hegemonia, ficando a concessionária sujeita a inúmeras obrigações.

Observe-se, neste contexto, que a ocorrência de incumprimentos (*events of default*) nesses contratos financeiros ou como tal considerados por esses contratos financeiros, é passível de ocasionar o vencimento antecipado da dívida da concessionária (*acceleration*), caso os Bancos não renunciem a esse seu direito, o que, regra geral, implica solicitar ao “banco agente” que seja concedida a dita renúncia (*waiver*).

Como é evidente, aplicam-se aqui (como aos demais casos que iremos ver adiante) todos os pressupostos e princípios atinentes ao cumprimento das obrigações contratuais e, outrossim, todas as consequências do seu inadimplemento⁷.

3. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA / EMPREITEIRO E OPERADOR

No quadro das relações contratuais entre a concessionária e o empreiteiro (numa primeira fase: fase de projecto e construção / fase de desenvolvimento da concessão) e, mais tarde, entre a concessionária e o operador (numa segunda fase: concluída a empreitada, entra-se na fase de operação que é regulada por um contrato específico, o contrato de operação e manutenção), podem registar-se, igualmente, diversas querelas entre as partes, que resultam, sobretudo, de problemas respeitante a atrasos no cumprimento de planos de trabalhos, com *interfaces* de obras, com erros ou omissões de projecto, com os conhecidos casos de “*scope creep*” (em geral, solicitações de trabalhos não previstos) e também com os (exigentes) mecanismos de testes, típicos de concessões de águas e saneamento ou de projectos de centrais electroprodutoras de génese diversa (*pre-commissioning* e *commissioning tests*, cujas falhas originam, por regra, atrasos na recepção provisória da obra / instalações – *taking over* –, e podem determinar o pagamento de elevadas indemnizações).

Como é sabido, nestes casos funcionam os mecanismos comuns de responsabilização do empreiteiro ou do operador, avultando aqui as san-

⁷ Cfr., entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 21 a 141.



ções contratuais (penalidades)⁸ que, invariavelmente, estão caucionadas por garantias bancárias à primeira solicitação (*on first demand*).

Há, contudo, uma particularidade relevante no seio destas relações contratuais que cumpre assinalar: o mecanismo de *back-to-back* (*if and when*).

Com efeito, uma das *pedras angulares* deste tipo de relação contratual – que, em minha opinião, configura uma coligação de contratos (em virtude da sua conexão intrínseca)⁹ – radica, consabidamente, no aludido “*princípio do back to back*”.

Este princípio tem subjacente uma lógica que visa estabelecer a transparência absoluta entre o contrato de concessão e os contratos necessários à execução e exploração do projecto (contrato de concepção / construção / empreitada e contrato de operação).

Basicamente, na estrutura contratual mais comum, as partes convenionam, por regra *ab initio* (leia-se, na fase do procedimento de formação do contrato de concessão de obras públicas), que o contrato de empreitada (objecto da concessão de obras públicas) será celebrado segundo o princípio de *back to back* integral, ou seja, segundo um princípio de transparência absoluta entre o contrato de empreitada e o contrato de concessão.

Consequentemente, o empreiteiro, através do contrato de empreitada, assume, no que concerne aos trabalhos que constituem o seu objecto, salvo se e quando esse contrato estabeleça expressamente o

8 Sobre esta temática, cfr. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, *Sanções Pecuniárias nos Contratos Administrativos*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 835 a 850.

9 No mesmo sentido, cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project Finance*, IDET, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 141 e 142.

Sobre o regime da coligação de contratos, *vide*, entre outros, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 143 a 146.

contrário, todas as obrigações, responsabilidades e riscos que para a concessionária resultem do contrato de concessão, ficando, portanto, o empreiteiro, inteiramente responsável pelo pontual cumprimento dessas obrigações, com rigorosa observância de tudo o que relativamente a essas obrigações deriva do aludido contrato de concessão.

O mesmo princípio é normalmente aplicável, *mutatis mutandis*, ao contrato de operação e manutenção que a empresa concessionária celebra com o operador¹⁰.

4. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA / CONCEDENTE

No âmbito das relações contratuais que se desenvolvem sob a égide directa dos contratos de concessão administrativa, são evidentemente inescapáveis as soluções típicas de sancionamento de incumprimentos, ou seja, a aplicação de penalidades pelo concedente à concessionária e, no limite, a resolução sancionatória desses contratos, embora esta situação seja, compreensivelmente, muitíssimo rara.

Observe-se que, também aqui, por existir invariavelmente uma garantia bancária de boa execução da concessão (*performance bond*), caso a concessionária não proceda ao pagamento voluntário da penalidade aplicada (e não a impugne, normalmente recorrendo a um processo cau-

10 Relativamente a esta matéria, cfr. PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 46 e 47. Mais recentemente, já à luz do Código dos Contratos Públicos revisto, *vide*, do mesmo autor, *O risco de exploração na Directiva Concessões e no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos em Homenagem a Rui Pena, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 973 a 990.

Ainda sobre este assunto, *vide*, na doutrina estrangeira, GRAHAM VINTER, GARETH PRICE e DAVID LEE, *Project Finance – A Legal Guide*, ob. cit., pp. 91 a 97.



telar tendente à suspensão dos efeitos desse acto administrativo contratual em que se consubstancia a sanção pecuniária, acompanhado do indispensável processo principal que, por norma, corre em tribunal arbitral), o concedente pode executar a dita garantia bancária.

Não se confundam, contudo, os casos de incumprimento contratual, com as situações de divergência entre as partes em torno da alocação dos riscos dos contratos de concessão administrativa.

Na verdade, enquanto o incumprimento ou inadimplemento de um contrato resulta da inexecução de uma das obrigações que recaem sobre uma das partes (podendo esse incumprimento ser total ou parcial e temporário ou definitivo, bem como imputável ao devedor ou ao credor, a terceiro ou até a facto de força maior¹¹), na alocação ou distribuição do risco contratual estamos perante um fenómeno ontologicamente diverso e, outrossim, com consequências diferentes.

Com efeito, e recentrando a nossa atenção nos contratos de concessão, a assunção de um determinado leque de riscos pela empresa concessionária, por exemplo, o risco de financiamento, de projecto e construção e de exploração (ex. risco de procura), significa que essa empresa deve prover pelos meios financeiros necessários para montar o empreendimento concessionado, projectar e depois construir a obra e/ou as infraestruturas atinentes ao serviço a prestar e, por fim, explorar a concessão durante o período temporal convencionado e nos termos e condições acordados (feixe de obrigações contratuais).

11 Sobre a temática da força maior, *vide*, entre outros, PEDRO MELO, *Algumas reflexões sobre a força maior nos contratos administrativos de concessão de obras públicas*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Volume II, pp. 641 a 655.

Por outro lado, e como já indicámos acima, a consequência típica de um incumprimento contratual traduz-se na aplicação de sanções contratuais e, somente como *ultima ratio*, na resolução sancionatório do contrato; diversamente, verificando-se a ocorrência de um risco que não foi assumido pela concessionária e que lhe causou prejuízos, no limite, um desequilíbrio na equação económico-financeira subjacente ao modelo de negócio da concessão, a concessionária poderá ter direito a reequilíbrio do seu contrato.

Obviamente, tratando-se de um risco que foi assumido pela concessionária, então, deverá esta arcar com as consequências (normalmente negativas, mas que podem ser positivas) dessa sua decisão, plasmada em acordo com o concedente (no contrato de concessão).

Como se sabe, as situações mais frequentes relacionadas com pedidos de reequilíbrio financeiro pressupõem, sistematicamente, uma apreciação da distribuição do risco contratual¹², uma análise do “caso-base”¹³, uma avaliação da taxa interna de rentabilidade (TIR accionista e/ou TIR de projecto) ou, ainda, o exame de um outro mecanismo típico de preservação do equilíbrio financeiro deste tipo de contratos que repousa numa “*price cap formula*”, normalmente associada a um factor de eficiência, por via da qual são fixadas as tarifas máximas ou as taxas que as empresas concessionárias podem cobrar e que amiúde concitam forte dissenso.

É assim, porque os contratos de concessões administrativas contêm uma cláusula relativamente standardizada, *i.e.*, uma cláusula padrão, no sentido de que o risco desses contratos deve ser assumido, quando nada seja disposto em contrário, pelas empresas concessionárias.

12 Sobre o assunto, defendendo que o risco é um evento incerto, mas previsível e que, por conseguinte, o risco termina onde começa a imprevisão, *vide* PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

13 Para uma breve explicação sobre o “caso-base”, *cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 561 a 565.



Ora, as estatuições contratuais de onde resulta, com maior nitidez, se o risco foi ou não assumido pelas concessionárias / parceiros privados são justamente as cláusulas onde se estabelecem os casos que originam direito a reequilíbrio financeiro (das concessionárias / parceiros privados).

Todavia, para que essas cláusulas (cláusulas de reequilíbrio financeiro) sejam devidamente interpretadas, é imperioso que se determine o conceito de risco contratual.

Uma vez que o recorte deste conceito nem sempre é simples de fazer perante o caso concreto e, aliás, é confundível (embora não o devesse ser) com as situações típicas de imprevisão, como sejam, a alteração de circunstâncias e os casos de força maior, têm-se gerado muitos litígios em torno desta problemática.

Em virtude da significativa complexidade destes temas, é muitíssimo comum a realização de perícias técnicas e económico-financeiras, seja em fase de tentativa de conciliação (*“double step clauses”*), seja já em sede de contencioso (*maxime*, no desenrolar de processos arbitrais).

5. A PROBLEMÁTICA DA INTERVENÇÃO CONTRATUAL DAS AUTORIDADES REGULADORAS

De um certo ângulo pode afirmar-se que os contratos de concessão administrativa configuram contratos regulatórios.

Brevitatis causa, esta característica verifica-se neste tipo de contratos na medida em que na prossecução do objecto da concessão, a empresa concessionária presta um serviço público aos utentes da dita concessão, criando-se, portanto, uma relação jurídica que inclui não apenas o ente

concedente e a empresa concessionária (aqui temos, sobretudo, deveres contratuais desta em relação àquele), mas também os utentes ou os utilizadores da concessão (aqui temos, sobretudo, deveres regulamentares da concessionária em relação a estes últimos). Neste último segmento, o contrato de concessão pode consubstanciar um instrumento associado à regulação pública, seja como alternativa, seja como complemento à actuação unilateral típica administrativa (acto ou regulamento administrativo) ou aos modelos institucionais assentes na regulação por agência¹⁴.

Por outro lado, visando a protecção dos utentes das concessões administrativas e, claro está, a salvaguarda do interesse público, muitos dos sectores onde existem contratos de concessão, constituem sectores regulados, assumindo lugar preponderante as autoridades reguladoras.

Ora, não raro, sucede que estas entidades ou autoridades reguladoras intervêm nas concessões – de que, contudo, não são parte –, por exemplo, emitindo instruções às empresas concessionárias sob a sua forma de actuação ou estabelecendo, periodicamente, indicadores de qualidade e/ou de prestação do serviço que aquelas devem respeitar.

Este tipo de actuação é passível de suscitar algumas interrogações, se não mesmo dificuldades, porquanto a referida intervenção das autoridades reguladoras pressupõe um entendimento, quer dizer, uma interpretação, sobre as obrigações contratuais e o *modus faciendi* da concessionária.

Contudo, como se sabe, no nosso ordenamento jurídico essa interpretação dos deveres da concessionária tal como plasmados no contrato

14 Relativamente ao carácter regulatório das concessões administrativas, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regulação Administrativa e Contrato*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1007 a 1023.

Na doutrina estrangeira, cfr., entre outros, CATHERINE DONNENLY, *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 60 a 73.



de concessão, pode ser considerada ilegítima à luz da regra de ausência de auto-tutela declarativa nos contratos administrativos em geral¹⁵.

No fundo, a questão pode colocar-se desta forma: se está vedado ao concedente impor à concessionária a sua interpretação das cláusulas contratuais consignadas no contrato de concessão, devendo, no limite, o concedente recorrer a tribunal para o efeito, então, *a simili* (senão mesmo *a fortiori*), também não poderão as autoridades reguladoras intervir, directa ou indirectamente no contrato, com a mesma finalidade (ou conduzindo ao mesmo resultado), porque tal ingerência implica sempre (ou quase sempre) uma interpretação contratual.

A questão em apreço é interessante e de resposta tentadora: *prima facie*, seria concordante, isto é, dir-se-ia que as autoridades reguladoras estariam inibidas de emitir instruções ou de tomar outro tipo de medidas com impacto na concessão, sempre que para o efeito fosse necessário proceder a uma interpretação do contrato de concessão com a qual a concessionária não estivesse de acordo.

Julgamos, contudo, que uma reflexão mais aturada deve conduzir a um resultado distinto, seja porque as autoridades reguladoras dispõem, regra geral, de competência – expressa – prevista na lei para poderem acompanhar as concessões do sector que regulam e, outrossim, para emitirem instruções ou para definirem indicadores de qualidade ou de serviço (portanto, à luz do princípio da legalidade a sua intervenção revela-se legítima), seja porque, a não poderem exercerem tais poderes, a finalidade da criação deste tipo de entidades sairia frustrada. Acresce que a inexistência de auto-tutela declarativa na interpretação dos contratos administrativos é uma regra válida apenas *inter partes* desses contratos.

15 Cfr. o art. 307º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos.

Dito isto, é sempre necessário atender ao contexto de cada caso concreto, ou seja, a complexidade desta problemática implica uma apreciação casuística que permita aferir o tipo de intervenção das autoridades reguladoras sobre os contratos de concessão administrativa. Só com base nessa análise se pode ajuizar plenamente sobre a licitude e as consequências de tais intervenções nos contratos de concessão.

