

A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos por culpa *in contrahendo* e *post factum finitum*

The state responsibility in administrative contracts for culpa *in contrahendo* and culpa *post factum finitum*

Roberto C.S.G. Caldas¹

Universidade Nove de Julho, Brasil
robertocsgcaldas@uol.com.br

Jamile Bergamaschine Mata Diz²

Universidade de Itaúna, Brasil
jmatadiz@yahoo.com.br

Resumo

O objetivo do presente trabalho será analisar a responsabilidade do Estado por culpa *in contrahendo* e *post factum finitum* dada a natureza e complexidade das disposições que regem as diferentes fases do contrato administrativo. Busca-se examinar se as premissas que regem as relações negociais fincadas, principalmente, na boa-fé objetiva e na confiança podem estender-se aos contratos administrativos, de modo a proteger a parte contratante que pauta sua conduta em tais premissas, resguardando o direito de ressarcimento por danos emergentes e lucros cessantes, principalmente quando o exaurimento do contrato ocorre por comportamento imputado ao ente estatal. Em relação à metodologia aplicada, adotou-se o método indutivo que permite estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da responsabilidade do Estado por culpa *in contrahendo* e *post factum finitum*, para que possa estabelecer-se em que medida a interpretação dos dispositivos legais favorece ou não a aplicação desta responsabilidade e a consequente delimitação de seus efeitos e extensão.

Palavras-chave: responsabilidade do Estado, contrato administrativo, culpa *in contrahendo*, culpa *post factum finitum*, boa-fé objetiva.

¹ Universidade Nove de Julho, Av. Doutor Adolfo Pinto, 109, Barra Funda, 01156-050, São Paulo, SP, Brasil.

² Universidade de Itaúna, Rodovia MG 431, Km 45, s/n, Campus Verde, 35680-142, Itaúna, MG, Brasil.

Abstract

The objective of this study is to analyze the state liability for *culpa in contrahendo* and *post factum finitum* given the nature and complexity of the rules governing the different stages of administrative contracts. It examines whether the assumptions governing business relationships based mainly on objective good faith and trust may be extended to administrative contracts, in order to protect the contracting party that guides its conduct by such premises, protecting the right of compensation for damages and future earnings, especially when the exhaustion of the contract occurs because of a conduct attributed to the state. Regarding the methodology applied, the article adopted the inductive method for establishing the conceptual assumptions and practices applied to the issue of state liability for *culpa in contrahendo* and *post factum finitum*, so as to establish to what extent the interpretation of the legal provisions favors the application of this responsibility and the consequent determination of its effects and extension.

Keywords: state responsibility, administrative contract, *culpa in contrahendo*, *post factum finitum*, objective good faith.

Introdução

O tema da responsabilidade do Estado será, neste trabalho, focado segundo suas condutas omissivas inseridas nas diferentes fases do contrato administrativo, ou seja, antes, durante e depois, à luz dos institutos das culpas *in contrahendo* e *post factum finitum*.

Dessa forma, ressaltamos de grande importância sua verificação também segundo o princípio da boa-fé objetiva, de acordo com as funções que exercer nas relações contratuais e sua hodierna conotação no Direito Administrativo.

Assim, é feita uma breve análise da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio e o surgimento da sua faceta administrativa, considerada como defluência mais concreta do princípio da moralidade administrativa.

Com isso, antes de analisar o mecanismo da responsabilidade e seus efeitos sobre a atuação estatal, far-se-ão algumas considerações sobre o princípio da boa-fé e suas implicações para o contrato administrativo, de forma a dar a conhecer ao leitor as particularidades do sistema jurídico nacional e estrangeiro sem, contudo, ter-se a pretensão de esgotar o tema, dada sua complexidade e amplitude, especialmente se considerar-se a legislação administrativa aplicada no Brasil.

Na sequência, são traçadas a noção e fundamentação da teoria da responsabilidade do Estado para, em seguida, ter-se uma primeira aproximação com as condutas administrativas, aí vistas como pertencentes ao Estado e inseridas na relação jurídica contratual administrativa.

Feitas tais considerações, o estudo foca-se na observação da responsabilidade vista, principalmente, antes e depois da conclusão do contrato administrativo, consoante os institutos da culpa *in contrahendo* e *post factum finitum* a ensejarem-na sob uma modalidade, dita por alguns, aquiliana para o Estado, segundo uma óptica dinâmico-evolutiva da relação perscrutada.

O presente trabalho objetiva analisar o desenvolvimento normativo e doutrinário existente no sistema jurídico nacional, especialmente no que tange à responsabilidade do Estado, com prevalência para a culpa *in contrahendo* e *post factum finitum*, amparada pelas premissas do negócio jurídico vinculado, principalmente, à boa-fé objetiva que deve nortear a efetiva aplicação das normas que compõem o arcabouço administrativo.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de direito administrativo e direito negocial, bem como seu tratamento pelo direito brasileiro, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico.

O foco se baseia em conferir uma delimitação efetiva da responsabilidade de modo a proteger a parte cuja conduta se pauta na boa-fé e na confiança. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução do instituto das responsabilidades estatais pré-negocial, contratual e pós-negocial administrativas, especialmente diante de condutas omissivas.

O método indutivo permite estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da res-

responsabilidade do Estado por culpas *in contrahendo* e *post factum finitum*, para que possa estabelecer-se em que medida a interpretação dos dispositivos legais favorece ou não a aplicação destas suas modalidades e a consequente delimitação de seus efeitos e extensão.

O princípio da boa-fé e suas implicações no direito administrativo

O princípio da boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta, implica forma de controle das cláusulas e práticas contratuais abusivas, pressupondo uma ética comumente esperada em determinadas situações, a impor deveres de cooperação e auxílio mútuo para a boa confecção, execução e preservação do objeto contratual após seu exaurimento.

E, para o pleno desempenho de tais características, têm-se atribuído algumas funções, tais sejam, de criação de deveres implícitos ou explícitos de conduta, anexos ou colaterais à relação contratual, bem como de balizamento do exercício dos direitos individuais subjetivos regidos pela autonomia da vontade (*suppressio* e/ou *surrectio*), além de ser vetor interpretativo e integrador do contrato. Essa tripartição funcional foi sugerida por Franz Wieacker (1977), repercutindo intensamente na doutrina nacional.

Nesse sentido é a doutrina de Aguiar Júnior (2012, p. 190) segundo a qual

A boa-fé objetiva é hoje a cláusula geral mais lembrada para a solução dos litígios sobre relações privadas. Embora presente no âmbito do direito público, uma vez que sua posição de supremacia influencia também a ação administrativa, especialmente nos contratos, é no âmbito do direito civil – na parte do direito obrigacional – que essa ideia-força tem sido utilizada com regular frequência pelos tribunais em suas três principais funções: criar deveres secundários ou anexos, embora não previstos na lei ou no contrato; impor limites à ação das partes, embora permitida pela lei ou pelo contrato, pois os direitos subjetivos somente podem ser exercidos no limite autorizado pela boa-fé; e auxiliar na interpretação das cláusulas contratadas.

Diante dessa tripla funcionalidade experimentada pela boa-fé regra de conduta (repita-se, de *canon* interpretativo-integrativo, norma de criação de deveres jurídicos instrumentais e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos – *suppressio* e/ou *surrectio*), é possível sua verificação inserida nos contratos, não apenas na sua fase de execução, mas, igualmente, nas fa-

ses pré e pós-contratuais, dentro de uma dinâmica evolutivo-processual com observância da responsabilização dos envolvidos por culpas *in contrahendo* e *post factum finitum*, a implicar deveres acessórios, instrumentais (de proteção, informação, esclarecimento e lealdade) a serem necessariamente cumpridos, sob pena de sanção ao seu transgressor (Donnini, 2007, p. 45-46).

Posta tal circunstância de o princípio da boa-fé objetiva estabelecer deveres ditos adicionais, secundários (meramente acessórios ou com prestação autônoma), anexos, laterais e instrumentais aos expressos na avença e que possivelmente independem da vontade das partes, tem-se esta característica, em si, primordial para sua aplicabilidade, de forma supletiva e com fundamento, repita-se, no art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, aos contratos administrativos (Meirelles, 2006).

E isso porquanto neles a “vontade pública” é a legalmente estipulada, de sorte que o primado em comento acaba por se mostrar como um vetor interpretativo integrador (Silva, 2011, p. 35-36) para atendimento da função consensual das cláusulas expressas e implícitas avençadas (estas, no contrato administrativo, ditas exorbitantes), verificado em conjunto com o outro vetor hermenêutico, a causa, cuja teoria é igualmente empregue no exame de suas fases.

Ante tais matizes, dá-se a boa-fé objetiva administrativa, e sua aplicabilidade ao regime jurídico de direito público nos pactos havidos com o Estado, mediante um cunho dinâmico-processual (a exemplo do da causa) que, embora torne impossível a plena identificação das suas qualidades, dos seus aspectos, viabiliza a verificação de sua incidência em comparação à da “autonomia da vontade” pública (inclusive por intermédio da discricionariedade administrativa, dentro do imperioso balizamento legal), bem como do seu grau de intensidade quanto aos deveres que enseja, cuja medida é dada pelo fim do negócio jurídico a que se relaciona, isto é, a finalidade pública *in concreto* (Silva, 2011).

E na fase de execução, de desenvolvimento, tal verificação se dá a partir do fato de que a prestação principal do negócio jurídico administrativo é determinada, é comandada pela finalidade pública que, no caso do contrato administrativo, pode implicar a concreção de uma política pública setorial, com possível existência de deveres secundários (adicionais, anexos, instrumentais), dependentes e independentes.

Os independentes surgem desvinculados da finalidade pública principal (apenas ligados aos deveres principais pela origem, pelo nascimento), de sorte a poderem até perdurar após o adimplemento da obrigação principal, com vida própria (Silva, 2011).

Nas fases anterior e posterior à execução da avença pública, resta claro e evidente que os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva administrativa são de cunho sempre principal, porquanto não existe o contrato administrativo para dele serem reconhecidos como secundários, ou melhor, decorrentes.

Quanto aos deveres dependentes, entendem-se-os como necessariamente decorrentes do ajuste público preexistente, porquanto surgem vinculados, presos ao núcleo do negócio jurídico de origem, possuindo “autonomia relativa”, pois não continuam após o adimplemento principal nem são acionáveis de modo autônomo.

Tais deveres, quer principais, quer secundários (ditos ainda adicionais, anexos ou instrumentais), dependentes ou independentes, dessa maneira, efluem tanto da vontade juridicizada como do princípio da boa-fé e da proteção jurídica dos interesses, conforme a situação concretamente considerada.

Casos há no Direito Privado, porém, segundo o que preleciona Silva (2011, p. 38-39), em que o conteúdo do negócio jurídico decorre diretamente da boa-fé, enquanto que, em outros, o conteúdo contratual se configura a partir de uma fusão de vontade e boa-fé.

No Direito Público, todavia, no entendimento que ora se adota, não se vislumbra, sequer, a possibilidade de o conteúdo do ajuste público restar como decorrência direta de uma vontade que não tenha passado por um processo de juridicização e, assim, se tornado um interesse público, cuja boa-fé em sua execução represente uma forma de expressão mais concreta da própria moralidade administrativa.

Daí, a constatação dos deveres instrumentais, inclusive implícitos, nos contratos administrativos implica um fator de balizamento às ditas cláusulas exorbitantes (em regra também implícitas) e regulamentares pelo viés, repita-se, da legalidade e moralidade administrativa.

A boa-fé objetiva administrativa ressaí, assim, como expressão direta de tais princípios constitucionais na relação jurídica administrativa concretamente considerada, sob pena de responsabilização do Estado por sua transgressão, comissiva ou omissiva.

A teoria da responsabilidade do Estado a partir do princípio da legalidade

Nesse diapasão, se ocorrer algum prejuízo ao particular na sua esfera jurídica de direitos em virtude de alguma conduta administrativa, quer omissiva ou comissiva, o princípio da responsabilidade do Estado, decorrente da legalidade, obriga que o dano seja repa-

rado, independentemente da conduta afigurar-se lícita ou ilícita (art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988).

O dever de indenizar danos, inclusive nas hipóteses de condutas lícitas, é consequência também do princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração, pois um ou alguns não podem ser prejudicados em favor da coletividade (Caldas, 2015).

Desse princípio se extrai o bom senso de que o Estado não pode favorecer ou prejudicar alguém em detrimento ou benefício de outrem, ainda que este seja a coletividade, impondo um tratamento de equilíbrio, igualitário de oportunidades (inclusive para fruição dos bens, mediante licitações, dos cargos, por intermédio de concursos, e dos serviços públicos) em que reine a impessoalidade como outro princípio a ser obedecido (Caldas, 2015).

A responsabilidade perante terceiros para as autarquias, as fundações governamentais (públicas ou privadas) e para as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos (ou atividades públicas em geral) e/ou realizadoras de obras públicas (sob um regime jurídico prevalente de direito público) é claramente objetiva (ou seja, dependendo apenas da prova do nexo de causa entre o dano e a conduta danosa) para as condutas comissivas (art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988), sendo que para as omissivas há que se analisar dolo ou se o serviço funcionou mal, tardiamente ou se sequer existiu, ou seja, a dita *faute de service* do direito francês (modalidade publicizada da culpa), restando, em todos os casos, a responsabilidade da Administração Direta de forma subsidiária (Caldas, 2015).

Também se aplica a elas a teoria da responsabilidade objetiva, segundo uma relação risco-proveito, ante atividades de guarda de bens ou pessoas perigosas, ou em outras hipóteses quando o Estado, ainda que não seja o autor do dano, acabou concorrendo para o seu surgimento de forma mediata com uma ação positiva sua (e.g., explosão de paiol de munição das Forças Armadas), bem como nas demais hipóteses de “culpa presumida”, em que há necessidade de prova, por parte do Estado, de que nela não incidiu (Mello, 2008).

Para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica (sob um regime jurídico prevalente de direito privado), sua responsabilidade é subjetiva, ou seja, dependendo da prova de dolo ou culpa quanto ao dano causado, sendo de se mencionar a possibilidade de falirem, sem qualquer respaldo subsidiário do Estado, a fim de que não realizem concorrência desleal com os demais particulares (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988) (Caldas, 2015).

A omissão administrativa e a teoria da responsabilidade: primeira aproximação

Em não sendo possível a superação dos vícios por omissão administrativa (conforme o corte metodológico aqui adotado) existentes nas fases pré-negocial, de desenvolvimento e pós-exaurimento do contrato administrativo, tal circunstância, em si e dependendo do caso, pode implicar o dever de indenizar ao contratado por parte do Poder Público contratante, em razão da dita *culpa in contrahendo* (em sentido amplo, a abarcar as fases pré-negocial e de desenvolvimento) e *culpa post factum finitum*.

Cabe lembrar-se, outrossim, que esse dever de indenizar (em função dos mesmos vícios acima referidos) pode ser motivado apenas por força da ruptura das negociações preparatórias do contrato administrativo, ainda durante o decurso da fase licitatória – ou dos procedimentos de justificativa das hipóteses de dispensa e inexigibilidade – situação esta que se afigura bastante distinta daquela relativa à concretização efetiva do pacto, pois sequer contratado existe, mas mero afluente ao certame então em andamento.

O mesmo pode se dizer quanto aos deveres indenizatórios surgidos após o exaurimento da avença pública, por ausência do cumprimento de prestação de alguma informação ou cooperação, v. g., no processo de encampação de bens essenciais aos serviços públicos e sua continuidade.

Verifica-se, assim, que os vícios por omissão administrativa das fases pré e pós-negociais podem ser flagrados em dois momentos distintos, quais sejam, antes e depois da concreção e desenvolvimento da avença pública, deflagrando, assim, maiores ou menores responsabilidades por indenizações em virtude dos gastos e prejuízos não apenas existentes, mas considerados como válidos para tanto, ou seja, havidos por indenizáveis à luz do ordenamento jurídico pátrio em âmbito constitucional e legal.

Nesse sentido, discute-se sobre a validade das restrições infraconstitucionais de responsabilização do Estado no âmbito do contrato administrativo, e mesmo antes da sua concreção na fase das negociações (ocorridas, por excelência, durante o procedimento licitatório), à luz do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição federal de 1988, conforme comentar-se-á posteriormente.

De outro lado, tem-se que mencionar, no que tange à responsabilidade decorrente das atitudes contratuais administrativas omissivas, é necessário que elas sejam culposas ou dolosas, inclusive de caráter relativamente presumido, isto é, malgrado comportando prova em contrário.

Assim ressalta Mello (2008, p. 756) ao enfatizar que “[...] nos casos de danos por omissão, para engajamento da responsabilidade é necessário que tenha havido omissão culposa ou dolosa, a qual, todavia, há de ser havida como presumida, admitindo, entretanto, prova em contrário”.

Há que se ter presente que a responsabilidade do Poder Público, na hipótese, por exemplo, das concessões públicas, quer na figura do contratante/concedente – subsidiária – ou do contratado/concessionário – direta – é relacionada tanto aos reguladores autônomos, usuários e, outrossim, terceiros que venham a prejudicar³, sendo esta uma álea ordinária a ser suportada quando do desempenho de suas atividades.

Assim, as teorias clássicas a respeito dessa modalidade de responsabilidade nos ajustes públicos, de modo geral, são ditas pré-negocial ou por culpa *in contrahendo* em sentido estrito – quando o vício for surpreendido na fase de sua formação, licitatória ou dos procedimentos de justificativa das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, antes de sua concreção – e, ainda, por culpa *in contrahendo* em sentido amplo – incluindo-se, aí, a fase de seu desenvolvimento, de sua execução, principalmente quando os vícios forem hauridos de ocorrências anteriores à sua própria conformação, ou seja, da fase licitatória ou de justificativa de sua dispensa ou inexigibilidade – ou *post factum finitum* – dando-se, nesse caso, quando os vícios são deflagrados na fase pós-contratual por violação aos deveres aí surgidos como decorrentes da boa-fé objetiva administrativa (Silva, 1999).

Tais teorias das culpas *in contrahendo* e *post factum finitum*, em seus tempos mais remotos, foram, respectivamente, ditadas por Rudolf Von Ihering (2008) e pela jurisprudência alemã do início do século XX, ao informar que aquele contraente que deixar de agir com especial diligência tanto nas relações preliminares como de desenvolvimento e exaurimento do contrato, causando, assim, a invalidação da avença (por nulidade ou anulabilidade) ou impedimento da sua conclusão, é obrigado a indenizar os danos decorrentes ao outro polo de atuação convencional.

³ É o que acontece no Brasil com a responsabilização das empresas públicas e concessionárias gestoras dos serviços de transportes ferroviários em relação aos chamados “surfistas de trem”, os quais, ao invadirem as linhas férreas, sem sequer serem, de conseguinte, usuários dos serviços (por não pagarem a tarifa), ao se machucarem ou morrerem caindo de cima dos trens, implicam o dever de indenizar ante a culpa *in vigilando* do Poder Público (ou quem lhe esteja fazendo as vezes), ante a omissão de vigiar, de fiscalizar e impedir a invasão.

Essa responsabilização, inclusive, nos dias atuais também advém da aplicação concreta, como já examinado, da teoria da causa (dita também razão) e do princípio da boa-fé objetiva administrativa, a impor que, numa específica relação jurídica pactual pública, os contraentes assumam conduta de consideração para com a esfera jurídica recíproca e de outros, sempre em busca de uma colaboração mútua, especificamente quanto aos seus elementos, dentre eles, o que (conteúdo) e o como (forma) do ajuste, bem ainda, no que tange à causa, à razão, o seu porquê (motivação – o outro elemento da avença), visto, aí, consubstanciando as relações de adequação entre, de um lado, os fundamentos fático-jurídicos (motivo) descritos na motivação contratual pública (descriptor do ato administrativo *lato sensu*) e, de outro, ou o conteúdo do pactuado (prescritor do ato administrativo *lato sensu*) – relação de adequação intranormativa – ou os fundamentos fático-jurídicos descritos na motivação legal – relação de adequação internormativa.

No âmbito civil, o ordenamento jurídico pátrio versa a matéria nos arts. 422 e 465, ambos da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), impondo os princípios da probidade e boa-fé como de observância necessária aos contratantes na conclusão e execução do contrato, além de que, se a execução não se der por parte do estipulante quanto ao ajuste preliminar, este poderá ser havido como desfeito pela outra parte, a qual pleiteará perdas e danos.

Conforme ressaltado por Carlyle Popp (2001), não mais se concebe relação obrigacional contratual sem deveres secundários e laterais decorrentes de si em função da boa-fé objetiva, deveres estes cuja violação na fase pré-negocial implica desrespeito à confiança, cujos elementos de constatação são de cunho objetivo (se o comportamento do declarante era bastante para gerar confiança) e subjetivo (se o destinatário da declaração efetivamente confiou no comportamento da parte contrária).

Já no patamar do Direito Público, a matéria da responsabilidade do Estado defluente de pactos inválidos era, inicialmente, regida em âmbito Constitucional e no Decreto-lei nº 2.300/86, sendo mais atualmente regrada pelos art. 49, *caput* e §§ 1º e 2º, *c/c* art. 59, *caput* e parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, à luz das disposições suprarreferidas, a nulidade não afasta o dever de a Administração Pública indenizar o contratado pelo que houver executado até a data do seu reconhecimento e declaração, desde que não lhe seja atribuída, promovendo-se a subsequente responsabilização de quem deu-lhe causa.

No *caput* da segunda hipótese legal, esclarece-se que a nulidade opera-se de modo retroativo, ou seja,

com seus efeitos de forma *ex tunc*, desconstituindo efeitos ordinários anteriores e impedindo a geração de novos; no seu respectivo parágrafo único, em comparação com a disposição similar anteriormente existente no Decreto-lei nº 2.300/86 (parágrafo único do art. 49), apenas amplia-se o âmbito indenizatório para outros prejuízos regularmente comprovados, de sorte a abarcar também os eventualmente sofridos na fase pré-contratual externa (licitação declarada nula).

Vê-se, assim, que, malgrado a responsabilidade do Estado se fundar, de modo geral, na necessidade de proteção aos direitos subjetivos legalmente estabelecidos, para esse dispositivo legal, sua fundamentação, especificamente para os negócios jurídicos administrativos (dentre as espécies tem-se o dito contrato administrativo), apresenta uma bipartição: quanto ao que pactualmente executado, busca-se afastar o enriquecimento sem causa ou injustificado; quanto a outros tipos de prejuízos pactuais, fundamenta-se a responsabilização no primado que protege a boa-fé dos contraentes.

Nesse assunto, a preleção de Lobão (2008) diverge parcialmente da doutrina de Silva (1999), ao asseverar, com propriedade, que o fundamento da responsabilidade do Estado nos contratos administrativos é efluente imediato do direito subjetivo do contratado à observância, pela Administração, dos seus requisitos de validade – e de existência (ditos pressupostos), além dos seus elementos, conforme ora acrescenta-se – daí, em verdade, a proibição de enriquecimento sem causa é princípio geral de Direito, de cunho, assim, subsidiário ao da responsabilidade, bem como a boa-fé objetiva é fonte de direitos e deveres na fase de formação e pós-exaurimento dos contratos, sendo que tais direitos, a par de incrementarem a relação negocial, quando desrespeitados é que originam imediatamente o dever de indenizar.

Isso estabelecido, é preciso verificar-se também que a boa-fé objetiva tem o condão de impedir a retroeficácia plena em função da declaração de nulidade contratual, para salvaguarda, de forma extraordinária (por se assim dizer em contraponto à dicção legal estipulada no *caput* do art. 59 da Lei nº 8.666/93), de direitos subjetivos do contratado, principalmente nos casos em que: a invalidade é causada por fato imputável à Administração; o aumento do dano é determinado por fato do contratado; a invalidade é causada por fato imputável à Administração e ao contratado, de forma concomitante; e, por fim, a invalidade é causada por fato exclusivo do contratado (Lobão, 2008).

Dispostas essas noções preliminares sobre o tema da responsabilidade pactual pública, a seguir passa-se à sua análise tanto quando da ruptura das

negociações preparatórias do contrato público, determinada como fase pré-negocial, como quando do descumprimento de deveres havidos do pós-exaurimento do avençado, dada a necessidade de se estabelecer, de modo específico, os pressupostos para sua aplicação.

A teoria da responsabilidade pré e pós-negocial aplicada aos contratos administrativos em função da boa-fé objetiva

Traduz-se, no primeiro caso, na responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias, ou de vícios delas decorrentes, no contrato, aplicável ao Direito Administrativo, ante o corte metodológico adotado, por conduta omissiva do Estado.

Tal teoria foi originalmente desenvolvida por Rudolf Von Ihering, com sua aplicação marcadamente pretoriana na Alemanha, ou seja, sem nenhum regramento jurídico expresso até a reforma de 2002 do Código Civil alemão (o *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch*), quando apenas fez-se por positivar, nos seus §§ 311, alínea “2”, e 241, alínea “2”, o que há muito já se tinha arraigado no costume, na cultura jurídica tedesca, inclusive quanto à indenização resultante da culpa *in contrahendo* (que passou a ser expressa no § 280, I, em combinação com as disposições retrorreferidas).

A jurisprudência alemã há muito reconhece que, em virtude do começo dos atos negociatórios para preparação de um contrato, exsurge uma responsabilidade similar à contratual em resguardo, como expressão de boa-fé objetiva, à relação de confiança mútua que os perpassa, que os permeia a implicar certos deveres de comunicação, explicação (o que implica transparência) e conservação por parte dos envolvidos a fim de que as tratativas restem satisfatoriamente levadas a cabo com a celebração efetiva da avença, mediante a subscrição de seu instrumento.

E a analogia dessa relação de confiança mútua na fase das tratativas à da fase contratual no Direito germânico, em si, caracterizou-se e configurou-se jurispru-

dencialmente ao longo do tempo, principalmente em razão da interpretação sistemática de dispositivos isolados havidos no seu *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch* (os §§ 122, 179, 307 e 309 – é de lembrar que estes dois últimos já não mais existem desde janeiro de 2002, quando da reforma acima referida) com previsão de distintos casos de responsabilidade por culpa nos atos preparatórios do contrato.

Na França, apesar de o *Code Napoléon* não prever expressa proteção aos ditos deveres laterais ou instrumentais, quer na fase pré, quer na pós-contratual, a doutrina e jurisprudência gaulesas, com base no seu art. 1134, adotaram a teoria da culpa *in contrahendo*⁴.

No Direito português, a seu turno, sua previsão se verifica inserta no artigo 227º, item “1”, do Código Civil (Decreto-lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966)⁵, ao expressamente prever uma responsabilidade por culpa na fase que antecede a constituição, a celebração de um contrato (dita pré-negocial ou pré-contratual), subdividida nas etapas, fases negociatória e decisória (no Direito Administrativo, de planejamento participativo e licitatória), impondo aos assim havidos como negociantes um comportamento sob os vetores da lealdade e da proibidade, a acarretar-lhes certos deveres recíprocos e, ao lado destes, em certas hipóteses conforme o avençado das negociações, de contratar ou prosseguir-las qual iniciadas com vista à celebração do pacto (negócio jurídico).

Postos tais ensinamentos sobre a culpa *in contrahendo*, é imperioso que se levem em consideração, para sua aplicação no Direito Público, as singularidades presentes num contrato administrativo – inspirado que é pelo princípio da supremacia do interesse público (também dito princípio da finalidade pública) – de sorte que o Estado possa responder por culpa *in contrahendo* quando advenha situação impeditiva de concluir o negócio já pré-pactuado (leia-se, licitado) e que resulte violação dos elementos supramencionados da confiança entre o ente estatal e o particular, objetiva e subjetivamente considerada, inclusive como consequente da boa-fé objetiva que deve reinar no ajuste público.

Assim, assinala Dallegrave Neto (2004, p. 56) que “[...] o fundamento para a responsabilidade civil pré-con-

⁴“Article 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi” (sic).

⁵ Sua redação se verifica assim vazada: “Artigo 227º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte” (sic). Convém observar que o item “2” deste dispositivo legal lusitano trata da prescrição da ação indenizatória, com remessa para os prazos descritos no artigo 498º (com seus quatro itens), também do Código Civil, cuja redação é a seguinte: “Artigo 498.º (Prescrição) 1. O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso. 2. Prescreve igualmente no prazo de três anos, a contar do cumprimento, o direito de regresso entre os responsáveis. 3. Se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável. 4. A prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da acção de reivindicação nem da acção de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou a outra”.

tratural é a confiança negocial que tenciona harmonizar o comportamento das partes e solucionar eventual conflito entre a vontade real e a declaração manifestada”.

Tal responsabilidade, cumpre reiterar, tem aplicabilidade no Direito Público pátrio, quanto aos contratos administrativos, mediante a positivação das teorias da responsabilidade pré-negocial e da culpa *in contrahendo lato sensu*, tal qual plasmadas nos art. 49, *caput* e §§ 1º e 2º, *c/c* art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, e de acordo com as disposições constitucionais.

A hipótese da possibilidade de recusa à formalização do contrato, após ultimado o procedimento de seleção pública ou após a conclusão dos procedimentos para a contratação direta, em si, impõe instigante investigação da culpa *in contrahendo*.

De acordo com o art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93, será possível a revogação da licitação em virtude de razões de interesse público, emanadas de fato superveniente devidamente comprovado, sendo que o § 4º desse dispositivo legal prevê igual disciplina para o caso de contratação direta.

Nessas condições, a boa-fé terá relevante papel no exame das razões invocadas para a revogação ou a não contratação, observadas a proporcionalidade entre os motivos verificados e a legítima expectativa da parte vencedora, de acordo com as circunstâncias do caso.

A seu turno, a teoria da responsabilidade pós-negocial derivada da boa-fé objetiva, denominada responsabilidade *post factum finitum*, quando aplicada aos contratos administrativos, também tem plena guarida no Direito Público pátrio, posto que os deveres anexos de lealdade, proteção, segurança e cooperação, por ela preconizados, estão aptos a manter sua eficácia mesmo após a vigência do ajuste público.

É no Direito germânico que surge a teoria da responsabilidade pós-contratual, com seus doutrinadores desenvolvendo estudos no sentido de cada vez mais aperfeiçoá-la. Na legislação, o fundamento da responsabilidade pós-negocial vem consagrado no § 242 do Código Civil alemão (o *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch*), que estabelece em todas as relações jurídicas o dever de conduta orientada pela boa-fé, inclusive na fase poste-

rior à celebração e desenvolvimento do contrato, cujos efeitos não foram determinados pelos contraentes.

Segundo a doutrina e jurisprudência alemã sobre esta teoria, os deveres acessórios persistem ou exsurgem após a extinção dos contratos, sendo que, se não observados, implicam a responsabilidade pós-contratual, em regra satisfeita por indenização.

Em Portugal, o estudo dessa teoria é amplamente difundido, verificando o que se costuma denominar de pós-eficácia das obrigações, expressão esta, segundo a doutrina lusitana, mais precisa e abrangente. O Código Civil português prevê a pós-eficácia das obrigações em seu art. 239⁶.

Convém mencionar, todavia, que a jurisprudência de Portugal não se coaduna com os avanços doutrinário e legislativo, porquanto as poucas decisões sobre o tema têm sido versadas como hipóteses de responsabilidade delitual (aquiliana), sem o devido enfrentamento da teoria da culpa *post factum finitum*.

Na Argentina, a doutrina sustenta uma *responsabilidad postcontractual*, fundamentada na boa-fé, *in casu* objetiva, pautando-se nas relações interpartes mesmo após o cumprimento das obrigações principais do contrato (Gordillo, 1986).

Distinguem as obrigações em principais e secundárias (ou acessórias), baseando-se, para a existência destas, que o contrato não se extingue em um único ato, deixando vestígios após a sua finalização, como se ainda estivesse a vigor perante os contraentes. Os diplomas legislativos civil e consumerista têm na boa-fé objetiva a base para haver-se uma responsabilidade após a extinção do contrato⁷.

Na Itália, a exemplo do Brasil em seu art. 422, do Código Civil, malgrado de modo pioneiro se tenha feito menção atinente à responsabilidade pré-contratual no art. 1.337, do Código Civil italiano, nenhuma referência há sobre a responsabilidade pós-contratual, apesar de se ter no art. 1.175 introduzida cláusula geral de boa-fé, obrigando o comportamento das partes com correção (*correttezza*) e servindo para responsabilizar aquele que viola deveres laterais, anexos ou acessórios⁸.

É de se mencionar que, não obstante se ter adotado nestes e numa série de outros dispositivos do

⁶ Sua redação é assim vazada: “Artigo 239º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta” (*sic*).

⁷ Com efeito, o Código Civil Argentino assim dispõe no Art. 1.198, 1ª Parte: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. De sua parte, a *Ley de Defensa del Consumidor*, em seu art. 37, prescreve que: “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

⁸ Têm-se as redações de tais dispositivos assim externadas: “Art. 1337. Trattative e responsabilità precontrattuale Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208); Art. 1175 Comportamento secondo correttezza Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (1337, 1358)”.

Código Civil a boa-fé objetiva (v.g., os arts. 1366, 1375 e 1460), com ampla possibilidade de aplicação da teoria da culpa *post factum finitum*, não se nota uma difusão de seu tratamento pela doutrina e jurisprudência italianas.

Cabe realçar que a função limitadora da boa-fé objetiva de aplicação no tocante às chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, como a de alteração e rescisão unilateral do contrato, sua fiscalização, aplicação de penalidades, anulação, retomada do objeto contratual e as restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 65, I, 58, II e III, 79, I, 78, I a XII e XVII, 67, 59 e 80, da Lei n° 8.666/93), tem repercussões não apenas nas obrigações contratuais, mas também nesses deveres surgidos após seu exaurimento.

Como exemplo de responsabilidade pós-contratual administrativa, tem-se a situação de empresa que prestou serviços de engenharia a órgão público, cujo servidor responsável pela fiscalização do contrato, posteriormente à avença, vem a divulgar informações inverídicas de sua aptidão técnica, prejudicando a empresa (mas sem causar-lhe dano). Tal situação pode não estar prevista no contrato e nem explicitada na legislação, mas a responsabilidade civil terá ensejo pelo rompimento do dever de lealdade.

Calha enfatizar que o exercício do *jus imperii* (também dito *jus variandi*) é atribuído à Administração em razão das finalidades públicas postas a si para serem perseguidas em realização do bem comum, enquanto manifestação da supremacia do interesse público sobre o particular, o qual não obsta o controle de sua utilização para além dos limites infligidos pela boa-fé, aqui objetiva, conforme vem admitindo a jurisprudência dos Tribunais Superiores⁹:

Se o Estado, em contrato firmado com estagiários, lhes promete remuneração igual à que paga aos médicos residentes, não pode, no curso do contrato, romper esta igualdade em detrimento aos estagiários. Os contratos administrativos não estão imunes aos princípios da boa-fé e equilíbrio econômico.

(a) A teoria da culpa *in contrahendo* aplicada à responsabilidade contratual administrativa

De antemão, verificam-se duas situações distintas que inspiram a ruptura das relações contratuais a configurar responsabilidade por culpa *in contrahendo* aplicável aos ajustes públicos, quais sejam, a decorrente de uma ilegalidade impossível de convalidação e a defluente de conduta lícita da outra parte, no caso, do Estado contraente, v.g., por revogação de licitação ou contrato em rompimento unilateral do vínculo.

No primeiro caso – responsabilidade vinculada à ilegalidade que contamina o contrato e que não pode ser convalidada – a questão se refere principalmente a, pelo menos, duas circunstâncias, ou seja, quando causada pela Administração, com ou sem contribuição do particular.

Relaciona-se à autotutela que deve aplicar-se a todos os atos, contratos e procedimentos realizados pela Administração Pública; constatada a ilegalidade que implica vício ao ato *stricto sensu*, contrato e procedimento administrativos, deve a Administração Pública decretar ou declarar de imediato a sua invalidação, sendo, neste caso, devido reparação à parte que obrou de boa-fé e que com a Administração pactuou, especialmente no caso de ilegalidade cometida pelo ente estatal, ainda que por conduta omissiva¹⁰.

Claro que não pode o particular haver compactado ou contribuído para que a ilegalidade ocorresse, pois, neste caso, estaríamos diante de uma situação alheia à boa-fé objetiva, causada concomitantemente pela Administração e pela parte contratante, isto é, quando ambas as partes concorreram para a invalidação ou não concretização do contrato, conforme visto anteriormente.

Nesse sentido, manifesta Di Pietro (2006, p. 279) que “[...] se a ilegalidade for imputável apenas à própria Administração, não tendo para ela contribuído o contratante, este terá que ser indenizado pelos prejuízos sofridos”.

Ora, se a ilegalidade afeta o contrato e gera, portanto, dever de indenizar¹¹, porque não haveria idêntica

⁹ STJ; 1ª Turma; RMS n° 1.694-8; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; j. por unanimidade; RSTJ, 60/178.

¹⁰ Em verdade, o Supremo Tribunal Federal possui duas súmulas sobre o tema. A Súmula n° 346 dispõe que “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. A sua vez, a Súmula n° 473 estabelece que “A administração pode anular seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

¹¹ Neste sentido há farta jurisprudência, cite-se como exemplo a decisão exarada no bojo do REsp n. 1159120-MG “princípio da autotutela administrativa, a Administração Pública possui o poder-dever de rever e anular os seus próprios atos quando se afigurem ilegais, inoportunos ou inconvenientes, nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, inclusive a licitação pública quando já ocorrida a assinatura do contrato dela decorrente, sendo devido o pagamento de indenização ao contratado caso ele não tenha dado causa à rescisão.” STJ – REsp: 1159120, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Publicação: DJe 29/10/2009. Confira-se ainda as decisões: STJ, RESP 658.130/SP, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 28/09/2006; RESP 447.814/SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 10/03/2003; RESP 402.441/SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 22/04/2002; TRF1, AMS 2004.34.00.02811-6/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 27/08/2007; AC 1999.37.00.000905-9/MA, Quinta Turma, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ 04/05/2006; REO 1998.37.00.005362-2/MA, Quinta Turma, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ 18/06/2004.

obrigação quando se trata de fase pré-negocial, ainda que quando se refere a tratativas preliminares ou, inclusive, na seleção de propostas (como ocorre no caso da licitação)? Poderia o ente estatal esquivar-se do dever de indenização simplesmente ancorado no fato de encontrar-se em uma fase pré-negocial?

Evidente está que se a boa-fé perpassa todas as fases contratuais, conforme analisado anteriormente, não pode a Administração furtar-se ao ressarcimento dos prejuízos causados à parte que despendeu recursos, ou até mesmo pela chance e oportunidade por esta perdida – ainda que em fase pré-negocial –, comprovado que posteriormente frustrou-se a efetiva concretização do contrato por ilegalidade cometida pelo Estado contratante, mesmo que por conduta omissiva.

A perda de uma chance ou oportunidade merece acurada atenção dada a complexidade de mensurar, de modo preciso, sua indenização; entretanto, conforme ressalta Capellari (1995, p. 39),

mesmo inexistindo despesas *stricto sensu*, ou seja, gastos efetuados, ainda assim pode configurar-se a responsabilidade pré-contratual, decorrente da perda de tempo e trabalho, o que, *verbi gratia*, pode ser indenizado pela verificação do *quantum* de honorários comumente pagos ao profissional; além da perda de oportunidade de contratar com outrem, entre outras hipóteses a serem averiguadas em cada caso concreto.

No mesmo sentido, Martins (2000, p. 86) considera que

se um dos interessados por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro deveria ter o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que nem sempre são irrelevantes as negociações preliminares. Deveria existir, portanto, uma responsabilidade pré-contratual. Os ordenamentos jurídicos mais modernos (italiano, art. 1.337, e português, art. 277/1) passam a estabelecer limitações à ampla e indiscriminada liberdade de contratar, inclusive nas preliminares. Passa-se, pois, a determinar certo grau de responsabilidade reparatória (princípio indenizatório) à parte que, sem motivo justo, interrompe ou faz cessar as negociações preliminares.

Além disso, tem-se, em regra, a necessidade de se reestabelecer a situação ao *status quo ante*, anulando-se o ato ou contrato eivado de vício: é dever-poder da Administração Pública que atinge diretamente a própria manutenção da legalidade do sistema reestabelecer a si-

tução cominada de vício que afeta o cerne de ato ou contrato e que não pode ser convalidado.

Detectada a ilegalidade, decreta-se a anulação ou declara-se a nulidade, gerando desconsideração dos efeitos do ato ou contrato anulado ou declarado nulo; contudo, não pode a parte que contratou com o Estado não ter reconhecido o direito de reparação que abrange não só os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que, apesar da redação do § 1º do art. 49 e do parágrafo único do art. 59, ambos da Lei nº 8.666/93, a extensão da reparação devida à parte deve ser entendida de modo amplo, já que deve ser compatibilizada com os preceitos constitucionais que tratam da responsabilidade do Estado, especialmente aqueles estabelecidos no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Aqui cabe menção e rápido tratamento à chamada violação positiva do contrato que se constitui numa terceira modalidade de inadimplemento contratual, ao lado do inadimplemento absoluto e da mora. Decorre da função interpretativo-integrativa desempenhada pela boa-fé objetiva, vez que nem o Código Civil, nem a Lei nº 8.666/93 a preveem expressamente como espécie de descumprimento contratual.

Com isso, esclarece-se que, se o inadimplemento absoluto e a mora dizem respeito ao cumprimento das prestações por ambos os polos contratantes, a violação positiva, a sua vez, relaciona-se ao plexo de situações que não se vinculam às obrigações contratuais principais e secundárias, mas com os deveres laterais, colaterais, instrumentais ou anexos previstos, ainda que implicitamente, pela cláusula geral da boa-fé objetiva (deveres de lealdade, proteção, informação, auxílio e cooperação).

As consequências da violação positiva são as mesmas do inadimplemento, conforme prelecionam Farias e Rosendal (2006, p. 379):

A violação positiva do contrato como rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo contratual ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado.

Esse entendimento, no Direito Administrativo, é amparado e corroborado pela doutrina de Silva (1999, p. 169) ao analisar a incidência da Lei nº 8.666/93 e a compatibilidade com a Carta Magna

As limitações ou restrições estabelecidas nessa Lei à responsabilidade do Estado, especialmente as do § 1º do art. 49 e do parágrafo único do art. 59, são absolutamente inconciliáveis com a Constituição Federal, daí porque a indenização deverá ser, em princípio, a mais ampla possível, observadas, entretanto, as particularidades que tivemos a preocupação de apontar e que influem na extensão do ressarcimento. Por força desses fatores variáveis, será tão equivocado dizer que, nos casos de nulidade do contrato, por culpa da Administração, o contratado não terá jamais direito a ser indenizado pelo interesse positivo, como afirmar o oposto, que ele sempre fará jus à indenização pelo interesse positivo. Já ressaltamos que há hipóteses em que a indenização será apenas pelo interesse negativo e outras em que ela será a mais larga que se possa imaginar, incluindo, também, o ressarcimento pelo interesse positivo¹².

Depois, é preciso ressaltar a impossibilidade de manutenção de uma situação resultante de um contrato administrativo cominado de ilegalidade; por isso, constatada a ilegalidade que eiva o contrato administrativo, não pode a Administração Pública furta-se à anulação ou declaração de nulidade do mesmo, o que, consequentemente, poderá gerar prejuízos à parte que com ela contratou.

A responsabilidade vincula a conduta da Administração Pública e determina a necessidade de reparação da parte que, diante da anulação ou declaração de nulidade tardia do contrato, comprova a existência de danos causados pela conduta omissiva da entidade pública.

Por isso, a doutrina à qual aqui filia-se também já admite a modulação de tais tardias anulações ou declarações de nulidade como forma de se mitigar, ou mesmo afastar, responsabilidades e indenizações por parte da Administração Pública aos particulares que ressaíram, com isso, lesados em razão dos efeitos meramente *ex tunc* de tal reconhecimento do Estado.

Conforme poder-se-á ver, a extensão da reparação suscita algumas dúvidas e questionamentos que devem, entretanto, pautar-se sempre nas premissas regentes de todo e qualquer contrato, mesmo que de natureza administrativa, quais sejam, a boa-fé e a confiança.

Quanto à casuística, nota-se que a jurisprudência brasileira manifestou-se, de forma sedimentada, inclusive

sobre a possibilidade de responsabilidade do Estado por culpa *in contrahendo*, mesmo na modalidade subsidiária, principalmente em causas envolvendo direitos trabalhistas de funcionários contratados por prestadoras de serviços para o Estado que descumprem obrigações legais, culminando na adoção da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV¹³, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Há, porém, outra circunstância igualmente importante e que vem sendo, em reiteradas vezes, apreciada pelos Tribunais nacionais, qual seja, a relacionada ao dever de indenizar a parte que participou de licitações e certames públicos, diante da revogação – por razões de conveniência e oportunidade – do processo licitatório, ainda que na fase prévia à adjudicação.

Nesse sentido, pode-se citar, a título de exemplo, a decisão emitida na apelação Cível n. 990.10.278691-9, no bojo do processo n. 181535320078260320-SP¹⁴, onde assim manifestou a relatora:

Assim, na hipótese vertente, ocorreu verdadeira revogação do certame, por razões de interesse público, pautada pelos critérios de conveniência e oportunidade, que não cabe ao Judiciário imiscuir-se, mas que impõe à Administração o dever de indenizar o particular pelos prejuízos efetivamente suportados.

Repise-se que a extensão da indenização deve abarcar efetivamente os danos emergentes, mas também os lucros cessantes, conforme entendimento aqui totalmente acolhido a partir das considerações feitas por Silva (1999, p. 170)

Não teria sentido, em tal circunstância, restringir o ressarcimento ao interesse negativo ou ao dano emergente, ou ainda apenas ao que o contratado “*houver*

¹² A efeito de esclarecimento, pode-se considerar como interesse positivo aquele que resulta da confiança na concretização do negócio jurídico e estranho ao objeto contratual em si, e interesse negativo aquele vinculado ao inadimplemento absoluto e à mora, tanto quanto ao ressarcimento dos gastos e dispêndios que afetaram o patrimônio da parte, como também quanto aos pagamentos contratuais não realizados, em quebra da confiança contratual que implica, de conseqüente, insegurança jurídica.

¹³ Assim determina o item IV da referida Súmula: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

¹⁴ TJ-SP 181535320078260320 SP, Relator: Vera Angrisani, Data de Julgamento: 23/11/2010, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/12/2010.

executado” até a data em que for declarada a invalidade, como está expresso no parágrafo único do art. 59, sem estendê-lo aos lucros cessantes, pois a frustração das expectativas do contratado se deveu única e exclusivamente à culpa da Administração Pública. Também seria incoerente indenizar a perda comprovada de outras oportunidades ou chances, que se incluem nos “*outros prejuízos regularmente comprovados*”, quando a chance ou oportunidade por excelência, que o contratado perdeu, foi a de executar o contrato, cuja nulidade foi causada pela culpa *in contrahendo* do Estado.

(b) A teoria da culpa *post factum finitum* aplicada à responsabilidade contratual administrativa

Como visto acima, além dos deveres primários (de prestação), a boa-fé objetiva cria deveres acessórios ou instrumentais de conduta, a assegurar a plena realização do contrato, mediante necessária cooperação para que atinja a sua perfeita finalidade.

A boa-fé objetiva, assim, determina a subsistência e surgimento de deveres numa fase pós-contratual, sendo que o seu descumprimento implica uma responsabilidade pós-negocial, segundo o especificado pela chamada culpa *post factum finitum*.

Dentre tais deveres, têm-se os de informação, sigilo, proteção, lealdade e cooperação, todos amplamente aplicáveis aos contratos administrativos em situações as mais diversas, as quais podem ser facilmente colhidas da casuística.

Em virtude da boa-fé regra de conduta, o dever de informação persiste para além do encerramento da fase contratual de desenvolvimento propriamente dita. Em certos casos, é justamente nessa fase que este dever se tornará mais imperioso quanto à sua observância.

A extinção da relação contratual não tem o condão de autorizar a parte a divulgar fatos sigilosos dos quais tomou conhecimento por ocasião da execução do contrato, principalmente quando envolvido o interesse público.

Tal imposição se dá tanto para o particular contratado quanto às informações sigilosas e que possam configurar questão de segurança nacional, como também em relação ao Estado quanto às estratégias de mercado do particular, as quais, se divulgadas, podem comprometer sua capacidade de concorrência frente aos demais.

Eventual acesso a fatos privativos de uma determinada esfera jurídica, em função da boa-fé objetiva, impõe a responsabilidade de não divulgação dos dados e informações, como consequência da confiança recí-

proca contemporânea ao relacionamento pactual, a persistir após sua extinção.

É preciso saber respeitar a confiança recíproca depositada, abstando-se de tornarem-se públicos dados e informações potencialmente prejudiciais ao outro, porquanto de cunho privativo que restou conhecido apenas em razão da relação negocial.

É importante salientar que tal dever de sigilo não se resume apenas a não se divulgar dados ou informações em função da relação contratual que existia, mas também a deles não se aproveitar de forma subreptícia, em favor pessoal ou a terceiro.

Qualquer violação ao dever de sigilo, em si, já se torna apta, por mais das vezes, a implicar obrigação de indenizar, ainda que não se tenha dano ou benefício econômico por parte do transgressor.

Igualmente quando finalizado o contrato administrativo, prevalece o dever de zelar pela integridade patrimonial e física da contraparte, de sorte que nem mesmo mora da outra parte permite se desvencilhar do dever de zelo, ainda mais em se tratando de bem público, o qual deve permanecer em uso para a prestação continuada do serviço público ou a destinação a que vocacionado, mesmo após eventual encampação ou reversão serem decretadas e estarem a ser efetivadas.

Agir de forma contrária malfere a boa-fé objetiva e, de conseguinte, quebra o clima de lealdade e cooperação que se impõe ao relacionamento contratual público, principalmente em defluência de inspirar-se na dita concertação, ou seja, na ideia da parceria e colaboração, dentro de um diálogo constante entre o setor público e o setor privado.

Em verdade, os deveres acessórios ou instrumentais, ancorados que são na boa-fé, não deixam de exigir uma conduta de cooperação mútua para o bom desenrolar da relação contratual. Este dever, no âmbito do Direito Administrativo, ressalta a necessidade de que os ajustes públicos sejam permanentemente interpretados segundo o viés da parceria entre o setor público e o setor privado, unidos que são para a criação conjunta da infraestrutura necessária ao desenvolvimento do País.

Ante tal realidade, deve-se mencionar que na culpa *post factum finitum*, uma cláusula considerada como abusiva e que continue a produzir efeitos mesmo após a extinção do contrato, com o adimplemento daquilo que havia sido pactuado, fere a concepção social do contrato, autorizando o magistrado, com base na cláusula geral da boa-fé objetiva, *in casu* administrativa, a responsabilizar o ex-contratante (Estado ou particular) que injusta e indevidamente tenha se beneficiado dos efeitos de tal cláusula.

De fato, eventual inadimplemento aos chamados deveres acessórios ou instrumentais de conduta (ainda que por omissão Estatal), após a extinção da relação contratual administrativa, resulta em desobediência à regra geral da boa-fé objetiva e, de conseguinte, ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre.

Embora a literalidade do art. 422, do Código Civil, não estenda sua abrangência a todas as fases negociais (pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual), sua implicitude, corroborada por uma interpretação sistemática e totalmente extensiva a todas as relações jurídicas pactuais (inclusive administrativas), traz o dever de boa-fé e probidade administrativas para os ajustes públicos, segundo também o previsto no art. 54, *caput*, da Lei n. 8.666/93.

E isso, porquanto se trata de cláusula geral, imposta a qualquer relação jurídica com previsão implícita em disposição de ordem pública, na esteira do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, engloba as situações de culpa *in contrahendo* e de culpa *post factum finitum*.

A positivação da cláusula geral da boa-fé dispensou o magistrado do dever de justificar sua mera existência, possibilitando-lhe descrever e delinear suas facetas quando concretamente consideradas, determinando sua extensão e aplicação.

Para que se caracterize a pós-eficácia em sentido estrito, no âmbito do Direito Civil, tem-se defendido não haver que se falar em deveres expressamente previstos em lei, contrato, ou ao líbito das partes, ou seja, que não são disponíveis. São, segundo o que se aponta, os deveres acessórios ou instrumentais.

No âmbito do Direito Administrativo, em virtude do princípio da legalidade que rege as condutas do administrador público, aconselha-se que os deveres acessórios ou instrumentais venham expressos em lei, ainda que possam constar das ditas cláusulas exorbitantes ou regulamentares, enquanto expressão da relação de sujeição especial, para uma melhor aplicação da teoria da culpa *post factum finitum*.

Nos casos, porém, em que não se tenha a expressa e esclarecida previsão legal, o princípio da boa-fé objetiva se impõe segundo sua função interpretativo-integrativa, de sorte a nortear a inflicção da teoria da culpa *post factum finitum* na extinta relação pactual pública, tanto para o Estado como para o particular, objetivando o cumprimento do dever que se tem por violado ou inadimplido.

Em hipótese tal, ter-se-á a atividade administrativa integradora, quer por analogia, quer por discricionariedade, como indispensável para tal mister. A integração por analogia é possível no Direito Administrativo e deve existir nos casos de leis de individuação estreita (insu-

ficiente), faltante ou incompleta, ante a explicitação de norma ou normas jurídicas preexistentes e expressas, utilizando-se, como diretriz desse raciocínio, dos princípios gerais do Direito aplicáveis ao caso (dentre os quais, o da boa-fé), com a ressalva de que essa integração não implique imposições ou sanções.

Já a integração por meio do exercício de competência discricionária consiste, nessa hipótese, basicamente na atividade administrativa segundo a qual o Administrador, ao cumprir o dever acessório ou instrumento a si atribuído por lei, deverá o fazer da melhor forma possível (princípio da eficiência) dentre as várias legalmente possíveis, à luz dos critérios de conveniência e oportunidade.

Dessa maneira, os chamados deveres acessórios ou instrumentais administrativos *sub examine* são surpreendidos se, e na medida em que, guardem expressa relação de legalidade. Com isso, o dever acessório ou instrumental violado terá a previsão de reparar o prejuízo mediante indenização de forma válida e eficiente, pouco importante a discussão se tal responsabilidade é de cunho contratual e não (pós-contratual).

Vale mencionar que, no âmbito do Direito Civil, nos contratos findos, a indenização decorrente da violação de deveres acessórios ou instrumentais (por conduta comissiva ou omissiva), para alguns autores, possui compostura contratual ou extracontratual; para outros, porém, não haveria nenhuma das duas modalidades de responsabilidade, mas uma terceira forma.

E isso porque, em alguns casos, inclusive de culpa *in contrahendo et post factum finitum*, existiria algo mais que a simples responsabilidade extracontratual fundamentada em vínculos específicos, consubstanciados em deveres das partes no desenvolver negocial, superiores aos denominados genéricos, calcados na boa-fé e não no dever geral de prestação eficiente.

Todavia, no Direito Administrativo, dada a existência desses deveres, no caso de haver culpa *post factum finitum* em um determinado contrato administrativo, a parte lesada não seria relegada a uma dúvida de cunho prático, vez que a simples ocorrência do prejuízo em virtude da conduta omissiva ou comissiva, e. g., do Estado contratante, implicaria dever de reparação do dano, à luz do preconizado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, inclusive em função dos princípios da legalidade e da igualdade.

Conclusão

A questão da responsabilidade do Estado merece atenção quando se trata de analisar a possibilidade de estabelecer os pressupostos para a culpa *in contrahendo*

e também *post factum finitum*, dada a natureza e complexidade desta modalidade.

Conforme foi analisado, a possibilidade de aplicação dessas modalidades de responsabilidade do Estado encontra-se devidamente positivada no sistema brasileiro, segundo os art. 49, *caput* e §§ 1º e 2º, c/c art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados com as disposições constitucionais sobre a matéria, especialmente quando se tratar da delimitação dos seus efeitos, alcance e extensão.

O reconhecimento da responsabilidade por culpa *in contrahendo* – baseado nas premissas do negócio jurídico *lato sensu*, principalmente a boa-fé objetiva administrativa e a confiança recíproca – demanda especial atenção dado que as razões para dissolução ou término do contrato administrativo podem amparar-se no interesse público, com esteio inclusive em critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo, apesar de escudar-se na supremacia do interesse público, não pode a parte que contratou com o Estado quedar-se prejudicada, sem direito que lhe possibilite a obtenção de ressarcimento em recomposição do dano sofrido (emergente e lucros cessantes – inclusive por perda de chance), consoante examinado no presente artigo.

Ademais, se a boa-fé administrativa perpassa todas as fases contratuais, repese-se, não pode a Administração furtar-se ao ressarcimento dos prejuízos causados à parte que despendeu recursos, ou até mesmo pela chance e oportunidade por esta perdida – ainda que em fase pré-negocial – comprovado que posteriormente frustrou-se a efetiva concretização do contrato por ilegalidade atribuída ao Estado contratante, mesmo que por conduta omissiva, ou por atitude em atendimento a um interesse público devidamente fundamentado e justificado.

Do mesmo modo, a análise da responsabilidade por culpa *post factum finitum*, conforme explicitado como objetivo do presente trabalho, perpassa pelo princípio da boa-fé objetiva administrativa e se impõe segundo sua função interpretativo-integrativa, de sorte a nortear a aplicação desta modalidade na extinta relação pactual pública, tanto para o Estado como para o particular, objetivando o cumprimento do dever de colaboração que se tem por violado ou inadimplido, especialmente quando não há previsão normativa que expresse de forma explícita os deveres imputados a cada uma das partes contratantes.

Finalmente, pretendeu-se aqui demonstrar a importância do tema da responsabilidade do Estado por culpa *in contrahendo* (havida em sentido lato, a abarcar

a fase pré – licitatória – e negocial em si do contrato administrativo) e *post factum finitum* para a delimitação do dever de reparação – precipuamente quando o rompimento do contrato ocorre por conduta comissiva ou omissiva do Estado.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, R.R. de. 2012. O Código Civil de 2002 e a jurisprudência do STJ em matéria obrigacional. In: R. LOTUFO; G.E. NANNI; F.R. MARTINS (coord.), *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo, Atlas, p. 189-200.
- ALEMANHA. 1896. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch. 18/08/1896. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> Acesso em 19/07/2015.
- ARGENTINA. 1871. Código Civil. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> Acesso em: 19/07/2015.
- ARGENTINA. 1993. Ley de Defensa del Consumidor. Ley n. 24.240, 22/09/1993. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm> Acesso em: 19/07/2015.
- CALDAS, R.C. da S.G. 2015. Procedimentos regulatórios no atual direito administrativo concertado (parte 1). In: C.V. da S. MARQUES (org.), *Temas atuais de direito brasileiro e internacional: Estado, sociedade e Justiça em tempos de globalização, à luz do paradigma da eficiência*. Botucatu, QuintAventura Edições, p. 175-196.
- CAPPELARI, R.E. 1995. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 140 p.
- DALLEGRAVE NETO, J.A. 2004. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 53(29):53-70.
- DI PIETRO, M.S.Z. 2006. *Direito administrativo*. 19ª ed., São Paulo, Atlas, 823 p.
- DONNINI, R.F. 2007. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 247 p.
- FARIAS, C.C. de; ROSENVALD, N. 2006. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 650 p.
- FRANÇA. 1804. Code Civil. 21/03/1804. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 19/07/2015.
- GORDILLO, A. 1986. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general*. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 620 p.
- IHERING, R. von. 2008. *Culpa “in contrahendo” ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra, Almedina, 92 p.
- ITÁLIA. 1942. Codice Civile. Disponível em Regio Decreto 16/03/1942. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile> Acesso em: 19/07/2015.
- LOBÃO, M.M. 2008. *Responsabilidade do Estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade*. São Paulo, Malheiros Editores, 135 p.
- MARTINS, F.A. 2000. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 113 p.
- MARTINS-COSTA, J. 2000. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 544 p.
- MELLO, C.A.B. de. 2008. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1102 p.
- MEIRELLES, H.L. 2006. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 826 p.
- POPP, C. 2001. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba, Juruá, 360 p.

PORTUGAL. 1966. Código Civil. Decreto-lei nº 47 344, 25/11/1966. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis Acesso em: 19/07/2015.
SILVA, A. do C. e. 1999. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, **217**:163-171.

SILVA, C. V. do C. e. 2011. *A obrigação como processo*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora FGV, 176 p.
WIEACKER, F. 1977. *El principio general de la buena fe*. Madrid, Civitas, 98 p.

Submetido: 23/10/2015
Aceito: 03/11/2015