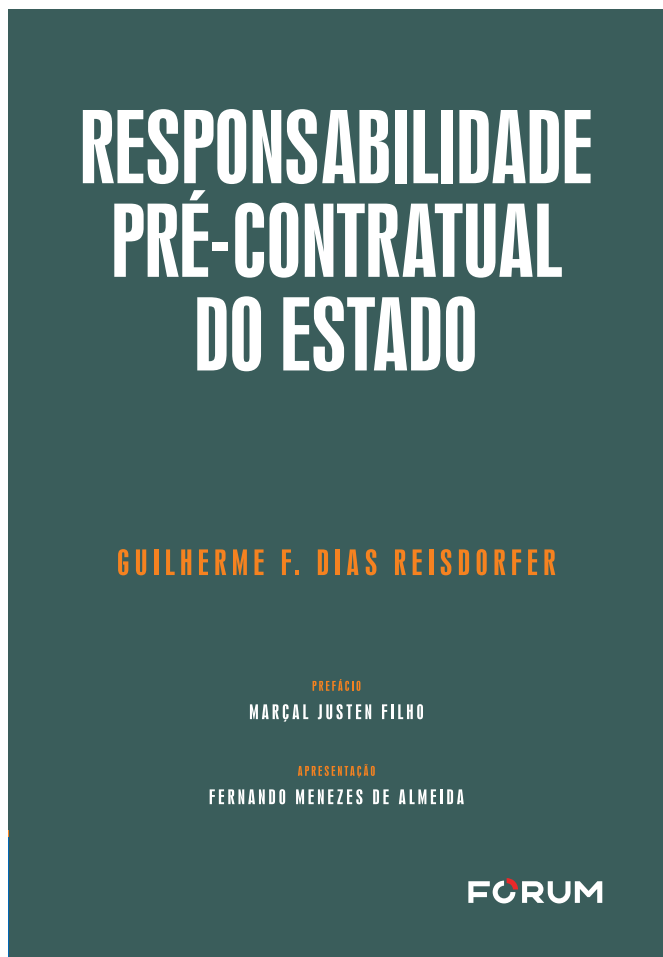


GUILHERME F. DIAS REISDORFER

Marçal Justen Filho
Prefácio

Fernando Menezes de Almeida
Apresentação

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO ESTADO



“A riqueza da perspectiva adotada por Reisdorfer é marcante. [...] A obra toma em vista a teoria geral da responsabilidade civil do Estado, inclusive por atos lícitos. Traz a lume a problemática do nexo de causalidade entre a conduta estatal e a consumação de um dano. Refere-se à figura da perda da chance.

Esse conjunto de considerações deságua na construção de um modelo normativo para avaliar as diferentes hipóteses relacionadas com a ausência da consumação da contratação administrativa.

Na sequência, a obra examina as diferentes hipóteses que podem ocorrer na realidade, indicando os requisitos para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual do Estado. E considera a extensão de eventuais indenizações a serem reconhecidas aos sujeitos lesados”.

Marçal Justen Filho

Professor Titular da UFPR de 1986 a 2006. Advogado e parecerista em Direito Público.

“Guilherme, neste trabalho de excelência, conseguiu, com profundidade, clareza e precisão, realizar o que me parece seja o correto e necessário manejo da ciência jurídica, para produzir análises e encontrar soluções sintéticas a partir de uma visão completa do direito, integrando com brilhantismo temas complexos como os poderes e deveres da administração pública (resultantes em atos administrativos); as relações jurídicas presentes nos processos de contratação; a responsabilidade civil contratual e extracontratual; e os valores de segurança jurídica e proteção à confiança, fundamentais para o efetivo funcionamento do estado de direito”.

Fernando Menezes de Almeida

Professor titular da Faculdade de Direito da USP

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO.

ÁREAS AFINS DO LIVRO

LICITAÇÕES PÚBLICAS, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo. Licitação pública. Contrato Administrativo. Lei 14.133/21. Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade pré-contratual. Boa-fé. Proteção da confiança.

FORMATO: 14,5 x 21,5 cm
CÓDIGO SANKHYA: 3416

R375r

Reisdorfer, Guilherme F. Dias

Responsabilidade pré-contratual do Estado / Guilherme F. Dias Reisdorfer.
Belo Horizonte: Fórum, 2024.

282p.; 14,5cm x 21,5cm.

ISBN impresso 978-65-5518-756-4

ISBN digital 978-65-5518-754-0

1. Direito administrativo. 2. Licitação pública. 3. Contrato administrativo. 4. Lei 14.133/21. 5. Responsabilidade civil do Estado. 6. Responsabilidade pré-contratual. 7. Boa-fé. 8. Proteção da confiança. I. Título.

CDD 342

CDU 342

Ficha catalográfica elaborada por Lissandra Ruas Lima – CRB/6 – 2851

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. 382p. ISBN 9978-65-5518-756-4.

GUILHERME F. DIAS REISDORFER

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Autor dos livros *Direito Urbanístico Contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana* (Lumen Juris, 2019, 2ª tiragem) e *Diálogo competitivo: o regime da Lei 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas* (Fórum, 2022). Advogado.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Marçal Justen Filho	17
---------------------------	----

APRESENTAÇÃO

Fernando Menezes de Almeida	19
-----------------------------------	----

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema.....	25
A contextualização do tema e a visão sistêmica da responsabilidade estatal em âmbito pré-contratual.....	32
A delimitação da análise.....	35
Estrutura.....	38
Metodologia.....	39

PARTE I

DA DECISÃO ESTATAL DE CONTRATAR AO DIREITO (E AO DEVER) DE CONTRATAR

CAPÍTULO 1

FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE CONTRATAR.....

1.1	Introdução.....	45
1.2	O momento inicial: a autonomia administrativa e a formação da decisão de contratar.....	46
1.3	A processualidade como técnica de canalização da decisão de contratar	47
1.4	As razões que justificam a progressiva vinculação da autonomia administrativa e dos interessados em contratar.....	50
1.5	O direito positivo: da lógica de redução da discricionariedade administrativa ao paradigma da estrita vinculação	52
1.6	A atuação administrativa sob estrita vinculação: do automatismo à “adjudicação compulsória”	56
1.7	Os limites do modelo de vinculação estrita: a “dupla fuga” da licitação e as contingências pré-contratuais	58
1.7.1	A dupla fuga: da licitação e dos modelos rígidos de competição	58
1.7.2	A dissociação temporal entre a decisão de contratar e a oportunidade de contratar: a imprevisão na fase pré-contratual – contingências e riscos	62
1.8	Panorama sobre as concepções em torno da “natureza jurídica” do edital e da vinculação estatal a contratar – a ausência de regime padrão de vinculação.....	63
1.8.1	As concepções privatistas sobre o surgimento do dever de contratar	64
1.8.2	Concepções publicistas de rejeição à vinculação a um dever de contratar – “convite à apresentação de propostas”	65
1.8.3	Concepções publicistas baseadas na vinculação <i>a priori</i>	66
1.8.4	A posição adotada: o foco nas premissas de vinculação das partes.....	68
1.8.5	A vinculação administrativa como critério distintivo em face do regime privado	71
1.9	Os requisitos necessários para viabilizar a celebração do contrato.....	73
1.9.1	A estruturação do contrato e a formação do consenso: o regime simétrico de vinculação entre ente público e particulares.....	74
1.9.2	As hipóteses de processos de contratação não tipificados.....	77
1.10	Os atos finais do processo de contratação: da adjudicação à contratação	78
1.10.1	A adjudicação	78
1.10.2	A homologação	82
1.10.3	A convocação para celebrar o contrato.....	85
1.11	As hipóteses de extinção excepcional do processo de contratação determinadas pelo ente contratante sem atingir a celebração do contrato.....	86

1.11.1	A anulação	87
1.11.2	A revogação	91
1.12	Balanço final e sequência	96

CAPÍTULO 2

O REGIME JURÍDICO DA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL.....		99
2.1	Introdução.....	99
2.2	As concepções teóricas para explicar o relacionamento pré-contratual	99
2.3	A relação jurídica pré-contratual como análoga à relação contratual, porém produtora de deveres não prestacionais – a incidência do princípio da boa-fé	103
2.4	A retomada das considerações acerca da perspectiva interna à Administração Pública: a legislação pautada pelo polo estatal da relação.....	105
2.5	A noção de relação jurídica e o direito administrativo	107
2.5.1	Uma figura inicialmente secundária na dogmática administrativa	108
2.5.2	As razões para o recurso à figura da relação jurídica.....	110
2.5.3	A delimitação do conceito de relação jurídica administrativa	114
2.5.4	A relação jurídica administrativa pré-contratual	117
2.6	O ângulo complementar do regime jurídico da relação pré-contratual: segurança jurídica, moralidade e boa-fé e a proteção da confiança.....	121
2.6.1	O princípio da segurança jurídica	121
2.6.2	As dimensões ou funções da segurança jurídica.....	123
2.6.3	O convívio entre os imperativos de segurança e legalidade e a insuficiência da disciplina específica das licitações	125
2.6.4	Um desenvolvimento do direito administrativo em direção à segurança jurídica: o princípio da moralidade administrativa.....	127
2.6.5	O peculiar desenvolvimento da boa-fé no direito administrativo...129	
2.6.6	O princípio da boa-fé e as contratações públicas	133
2.6.7	Os contornos gerais da proteção da confiança: diferenciação em face das noções de segurança jurídica, legalidade e boa-fé.....	136
2.6.8	A relação de confiança e os critérios para identificação de sua proteção na relação pré-contratual administrativa.....	139
2.6.8.1	Os requisitos de situação concreta de confiança, de sua justificação objetiva e de imputação da proteção de confiança ao ente público	142
2.6.8.2	O requisito do investimento viável de confiança	144
2.6.8.3	Síntese sobre a configuração da confiança no ambiente pré-contratual	145
2.7	Arremate e sequência	145

CAPÍTULO 3

AS POSIÇÕES JURÍDICAS EMERGENTES DA RELAÇÃO

PRÉ-CONTRATUAL		147
3.1	A visão estrutural da relação jurídica e as posições jurídicas relacionadas à celebração do contrato	147
3.2	Situando a discussão: a noção de direito subjetivo.....	150
3.2.1	O direito subjetivo entre tendências subjetivistas e objetivistas – da visão estática à hipersubjetivização decorrente do fenômeno de constitucionalização do Direito	151
3.2.2	Da configuração estrutural à configuração funcional da noção de direito subjetivo – a tendencial integração das noções de direito e meros “interesses”	157
3.2.3	A proteção do processo de formação do direito: a segurança jurídica e a evolução das posições jurídicas em um <i>continuum</i>	163
3.3	Os estágios de formação do direito à contratação.....	168
3.3.1	O direito (interesse de confiança) na regularidade do processo de contratação.....	169
3.3.2	Da individualização de expectativas e chances de contratar à configuração do direito a contratar em seu primeiro estágio: o direito eventual	170
3.3.3	A eventual configuração de direito condicional: o excepcional preestabelecimento de situação específica condicionante da contratação	177
3.3.4	A evolução do direito eventual ao direito adquirido a contratar – o esgotamento da discricionariedade residual	178

3.3.5	A diferença apenas aparente do art. 60 da Lei 13.303/16 em face do regime geral	179
3.3.6	A diferença entre o direito a contratar e o direito a executar o contrato: o exemplo do sistema de registro de preços	180
3.4	Arremate e sequência	181

PARTE II

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO ESTADO: REGIME JURÍDICO, HIPÓTESES E QUANTIFICAÇÃO DE DANOS

CAPÍTULO 4

IMPUTAÇÃO E REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO PRÉ-CONTRATUAL

		185
4.1	As tendências gerais que informam a responsabilidade civil do Estado: objetivação da imputação e ampliação da proteção subjetiva.....	185
4.2	Crítérios de determinação da responsabilidade civil do Estado e a proteção da confiança legítima	196
4.3	A responsabilidade pré-contratual do Estado na experiência brasileira: uma primeira aproximação.....	202
4.3.1	A orientação durante a vigência do Regulamento de Contabilidade Pública da União: negação da responsabilidade civil do Estado no âmbito pré-contratual.....	202
4.3.2	A edição dos Decretos-lei 200/67 e 2.300/86: entre a negação e a afirmação incipiente da responsabilidade estatal	206
4.3.3	O período posterior à Constituição de 1988 – da Lei 8.666/93 à Lei 14.133/21: o crescente protagonismo das teses de responsabilidade	210
4.3.4	Notícia sobre as orientações e tendências jurisprudenciais.....	216
4.3.5	Breve nota comparativa sobre o tratamento do tema: os hiatos legislativos e a construção pela via jurisprudencial como características constantes	220
4.3.6	Ainda a política legislativa: considerações <i>de lege ferenda</i> sobre possíveis modulações das soluções de responsabilidade civil.....	225
4.4	O regime de responsabilidade pré-contratual	229
4.4.1	Os requisitos para configuração de responsabilidade e os critérios de imputação	229
4.4.2	A responsabilidade civil do Estado pela antijuridicidade e por atos lícitos.....	230
4.4.3	A responsabilidade pela atuação administrativa antijurídica – as hipóteses de invalidação do processo de contratação.....	233
4.4.4	A responsabilidade na hipótese da revogação regular	240
4.4.5	As consequências dos atos praticados em processos atípicos.....	250
4.4.6	A rejeição à tese de “desconfiança institucionalizada” como fator excludente de responsabilidade	254
4.4.7	Arremate e sequência	256

CAPÍTULO 5

O DANO E O NEXO CAUSAL.....

		257
5.1	O direito à reparação: a caracterização do dano	257
5.2	A determinação do dano jurídico nos processos de contratação pública	259
5.2.1	A primeira variável: a avaliação da esfera jurídica do lesado e as posições jurídicas <i>opositivas</i> e <i>pretensivas</i> a serem tuteladas	260
5.2.2	A segunda variável: as características da atuação estatal potencialmente lesiva	262
5.2.3	Síntese das condições para determinação do dano.....	263
5.3	As categorias de danos aplicadas aos processos de contratação pública	263
5.3.1	Os danos emergentes.....	264
5.3.2	Os lucros cessantes	267
5.3.2.1	A compatibilidade entre a fase pré-contratual e a indenização dos lucros cessantes.....	267
5.3.2.2	A definição do conteúdo dos lucros cessantes	270
5.3.3	A perda de chance	274
5.3.3.1	Origem e caracterização geral da teoria da perda de chance	275

5.3.3.3	Nota sobre a perda de chance e contratações públicas no direito comparado	281
5.3.3.4	A chance de obter o contrato administrativo frustrado ou negócios alternativos.....	283
5.4	A metodologia para determinação das categorias de danos indenizáveis em cada caso.....	286
5.4.1	As premissas gerais: o princípio da reparação integral e a teoria da diferença	286
5.4.2	A teoria da <i>culpa in contrahendo</i> , as noções de interesse positivo e negativo e o seu emprego no direito administrativo.....	287
5.4.3	A noção de interesse negativo	289
5.4.4	A noção de interesse positivo.....	292
5.4.5	Ainda sobre o conteúdo do interesse positivo: a hipótese de dano curricular.....	296
5.4.6	Ressalva final: impossibilidade de conjugação dos critérios de determinação do conteúdo do dano	299
5.5	O nexo causal.....	301
5.5.1	Noção e relação com os demais elementos constitutivos da relação de responsabilidade civil.....	301
5.5.2	A aferição da causalidade para o problema central deste trabalho: a interrupção da formação do direito a contratar ou o impedimento à contratação.....	302
5.5.3	As hipóteses de causas concorrentes ou complementares e de interrupção do nexo causal: fatos da vítima e de terceiros; caso fortuito e força maior.....	305
5.5.3.1	Fato da vítima.....	306
5.5.3.2	Fato de terceiro: outros licitantes, órgãos de controle e agentes financiadores	309
5.5.3.3	A questão do caso fortuito e de força maior	312
5.6	Sequência	315

CAPÍTULO 6

AS SITUAÇÕES ESPECÍFICAS DE RESPONSABILIDADE DECORRENTES DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE NÃO CONTRATAR.....

6.1	A responsabilidade civil pela invalidação de licitação.....	317
6.1.1	A invalidade originária na estruturação da licitação.....	318
6.1.2	A invalidade superveniente, verificada no processamento da licitação.....	319
6.1.3	O caso de invalidação irregular	320
6.1.4	A legitimidade para pleitear a indenização: os sujeitos lesados.....	323
6.2	A responsabilidade civil pela revogação da licitação.....	325
6.2.1	A hipótese da revogação regular da licitação.....	325
6.2.2	A revogação inválida.....	327
6.2.3	Os sujeitos titulares de direito à indenização	329
6.3	A responsabilidade civil nos procedimentos de manifestação de interesse (PMI).....	330
6.4	Situações atípicas, não previstas na legislação	337
6.4.1	A hipótese de contratação em preterição do legítimo vencedor ou de licitação em curso.....	337
6.4.2	A hipótese de preterição pressuposta ou potencial: violação ao dever de licitar e a frustração da possibilidade de disputa.....	339
6.4.3	A hipótese de omissão ou mora administrativa em relação à observância do dever de contratar	342
6.4.4	Ainda a mora administrativa: revogação tardia ou anulação tardia após a incitação do contratado para providências relacionadas ao contrato	345
6.4.5	A responsabilidade em processos de contratação atípicos.....	346
6.5	A casuística em torno da perda de uma chance – a análise de posições identificadas na jurisprudência.....	350
6.5.1	Alusão à perda de chance como fator excludente do dever de indenizar	351
6.5.2	Perda de chance utilizada como fator redutor da indenização e sucedâneo de lucros cessantes	352
6.5.3	Perda de chance como elemento argumentativo para aplicação de elementos alheios aos critérios de responsabilização pré-contratual do Estado	354
6.5.4	A determinação de indenização de perda de chance sem avaliação dos pressupostos necessários para caracterização da chance	356

PROPOSIÇÕES E CONCLUSÕES	359
Formação da decisão administrativa de contratar	359
O regime da relação jurídica pré-contratual e as posições jurídicas dela emergentes	360
O regime de responsabilidade civil pré-contratual do Estado.....	363
A identificação dos danos e as hipóteses de ressarcimento.....	366
REFERÊNCIAS.....	369