Nº 39 – Julho/Agosto/Setembro de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO PÚBLICO EUROPEU, PORTUGUÊS E BRASILEIRO. A NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL POR PREJUÍZOS CAUSADOS AOS LICITANTES NO BRASIL

Marta Cristina Jesus Santiago
Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Analista Judiciário Área-Fim do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

INTRODUÇÃO

O regime contratual público francês deita raiz na teoria geral dos contratos. Mesmo regida por regimes jurídicos diferenciados, a responsabilidade pré-contratual tem o mesmo fundamento: o princípio da boa-fé objetiva. Os laços de confiança, que se formam entre as partes, nos instantes que precedem a celebração de contratos, quando se estreitam, merecem proteção jurídica. No direito privado, desde IERING já se reconhece esse direito. Porém, no âmbito público, sempre houve resistência em ser aceito, como se o Estado, pelos poderes exorbitantes de que desfruta na relação contratual administrativa, pudesse ignorar o direito e as expectativas de direito dos que com ele se relacionam.

Ora, a onda democrática, que se espraiou pelo mundo nas últimas décadas, tem mudado paulatinamente essa perspectiva para tornar o Estado mais responsável por seus atos. É o processo de democratização de sua gestão, varrendo o arbítrio, cujos vestígios ainda são encontrados com alguma frequência.

Em prol da efetividade dos postulados da transparência e da não discriminação sobre os quais assenta o Tratado de Roma, recrudesce, em regulação e em fiscalização, o direito europeu da contratação pública. A incessante busca por assegurá-los incrementou a teoria da responsabilidade pré-contratual, impondo ao Estado o dever de indenizar o particular prejudicado pela frustração de legítimas expectativas contratuais.

Desponta a União Europeia como garante de um processo pré-contratual público isonômico e transparente, com a consequente responsabilização estatal por

seus atos lícitos e ilícitos. Anulado ou frustrado o certame público, por ilegalidade ou inconveniência, e comprovado o nexo de causalidade entre o evento e o prejuízo, aquele cuja proposta não foi apreciada, para além de ser indenizado dos prejuízos advindos com a sua preparação e o seu envio, poderá fazer jus ao que deixou de lucrar pela perda de outras oportunidades ou ao benefício que teria obtido se sua proposta houvesse sido escolhida ou até pela perda da chance, para cujo ressarcimento basta evidenciar sua "possibilidade real".

Diferentemente do que se passa no espaço europeu, no Brasil, a responsabilidade pré-contratual ainda não se firmou como garantia dos particulares que se predispõem a contratar com o Poder Público, apesar de ecoarem vozes doutrinárias nesse sentido. Aliás, bem por isso nosso interesse em desenvolver o tema, pois o cotejo aqui traçado entre o direito europeu e brasileiro poderá proporcionar reflexos positivos à gestão pública brasileira.

Da leitura da doutrina contratual pública europeia salta aos olhos a responsabilidade com que se encara a abertura de um procedimento licitatório. A chamada "decisão de contratar" é um ato vinculativo e, sobretudo, "responsável". No Brasil, não se lhe confere a devida relevância jurídica. A discussão é centrada nos atos de homologação e de adjudicação. Embora a doutrina se reporte a estes como vinculativos, de maneira que o Estado só está exonerado de proferi-los quando concorra a hipótese de anulação, por ilegalidade, ou de revogação, por se revelar a contratação inconveniente ou inoportuna, a Administração Pública prossegue - com "alarmante frequência"[1] - desfazendo o processo ao seu talante sem assegurar ao candidato o ressarcimento de prejuízos: seja porque a lei exclui o direito à indenização na anulação da licitação, seja porque a lei silencia no tocante à sua revogação. Evidentemente, a responsabilidade na regular abertura do procedimento pré-contratual perpassa por princípios que transcendem o disposto na Lei de Licitações, presentes que estão expressa e implicitamente no texto constitucional brasileiro, como a legalidade, a motivação e, sobretudo, a boa-fé administrativa e o respeito ao devido processo legal.

1. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO PÚBLICO EUROPEU.

Mesmo não sendo livres para celebrarem contratos como lhes aprouverem, os contraentes de um contrato administrativo igualmente devem obediência aos deveres de proteção, de informação e de lealdade. O tráfico jurídico assim exige.

Ao inaugurar um procedimento pré-contratual, o Estado define regras a serem observadas por ambas as partes. A participação do candidato, sem impugná-las, induz a sua concordância com elas. Diferentemente do que se passa nas negociações privadas, cujo liame se baseia unicamente na boa-fé, aqui o liame tem lastro em normas especialmente preparadas pela Administração Pública e divulgadas no programa do concurso ou no edital de licitação. O procedimento pré-contratual estatal – pode-se dizer – a nível global[2], fulcra-se em dois cânones desde o seu nascedouro: a concorrência ("princípio-tronco, trave-mestra ou *umbrella*

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 605.
[2] MOLINA, José Antonio Moreno. **Derecho global de la Contratación pública**. Begonias: Jovenes Administrativistas, AIDA, IDEA e UBIJUS, 2011. p. 6.

principle"[3]) e a isonomia (ou não-discriminação). Estão tão imbricados que, como asseveram MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, as vezes não se sabe quando está em causa um ou outro[4]. A razão de ser disso é óbvia: o privilégio de contratar com a Administração Pública deve ser usufruído por todos em situação de igualdade jurídica.

Com o desiderato de assegurar o efetivo acesso à Justiça para inibir os desvios que levem à desconsideração daqueles princípios, a União Europeia editou as Diretivas nºs 89/665/CEE, de 21.12.1989, e 92/13/CEE, de 25.02.2012. Também chamadas Diretivas de recursos, elas impuseram a observância das Diretivas das contratações públicas, pois, antes de sua edição, a litigiosidade em seu entorno era meramente formal. E isto não apenas em virtude dos desvios no cumprimento da regulação, mas, em especial, porque os meios judiciais nacionais não eram efetivos, o que desestimulava os interessados em acioná-los[5].

Pois bem. A regulação europeia de recursos dirige-se à tutela restituitória - ou tutela primária, para os alemães – qual seja, pretende estancar a ilegalidade atempadamente, corrigindo o procedimento, de molde a retornar ao *status quo ante*. A tutela ressarcitória - ou tutela secundária, para os alemães - é assegurada num segundo plano, isto é, quando a ilegalidade já se consumou e almeja-se a reparação econômica do prejuízo causado. É aqui que se adentra ao terreno da responsabilidade. Há uma hierarquia interna entre elas, pois o restabelecimento da legalidade desfruta de maior eficácia do que o ressarcimento[6]. Contudo, a tutela ressarcitória está presente não apenas quando o dano decorre de ato ilícito, mas também de ato lícito praticado pela entidade adjudicante, o que mostra o seu caráter autônomo em relação à tutela restituitória, a despeito de esta ser preferida àquela.

Exige a Diretiva nº 89/665/CEE a criação, pelos Estados-Membros, de recursos eficazes e rápidos que permitam a adoção de medidas provisórias urgentes, com possibilidade de suspensão tempestiva do processo de adjudicação ou dos efeitos de qualquer decisão tomada pela Administração, de anulação das decisões ilegais e de concessão de indenização às pessoas lesadas pela violação. Sua origem prende-se ao Acórdão *Francovich* e tem por fundamento o princípio da lealdade comunitária, segundo o qual o regime jurídico nacional não só não pode destoar da Ordem Jurídica Comunitária, como também os Tribunais, quando a aplicar, no âmbito dos Estados-Membros, não podem, pelos meios processuais disponíveis, tornar impossível ou excessivamente difícil sua efetivação.

Assim, sem olvidar-se da autonomia dos Estados-Membros, admitindo, por exemplo, que a apreciação do direito de indenização ficasse condicionada à anulação do ato pela instância competente, a Diretiva nº 89/665/CEE assegurou o acesso à Justiça a todos os que tivessem interesse na celebração de um contrato público ou que fossem lesados em decorrência disso.

Objetivando reforçar a garantia jurisdicional dos interessados, a Diretiva nº 2007/66/CEE promoveu alterações no bojo daquela norma. Percebendo-se, a partir das decisões proferidas no Tribunal de Justiça da União (*leading case* Alcatel Áustria), que as entidades adjudicantes apressavam-se em celebrar o contrato - com o propósito de tornar irreversível qualquer decisão judicial que viesse a ser obtida

[3] OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 185.
[4] OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. op. cit., p. 190.
[5] SASTRE, Silvia Díez. **La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 39.
[6] SASTRE, Silvia Díez. op. cit., p. 59.

para corrigir as irregularidades no procedimento ou na adjudicação[7] - a Diretiva passou a prever um tempo de espera mínimo entre a adjudicação e o aperfeiçoamento do contrato (*standstill*), objetivando, na dicção do Considerando nº 5, "proporcionar aos proponentes interessados tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem da oportunidade de interpor recurso". Ademais, a Diretiva tornou sem efeito os contratos celebrados que não observem esse prazo suspensivo e, ainda, as regras comunitárias.

Noutra perspectiva, observando que, na prática, os órgãos públicos europeus somente notificavam os licitantes do teor da decisão de adjudicação após a assinatura do contrato, a Diretiva nº 2007/66/CEE estabeleceu que os licitantes devem ser intimados da decisão de adjudicação com todas as informações necessárias para que possam decidir tempestivamente sobre o uso ou não de um recurso eficaz. O acesso à adequada informação traduz-se no respeito ao direito à ampla defesa.

Ainda de acordo com a Diretiva nº 2007/66/CEE, o direito interno poderá prever a anulação retroativa de todas as obrigações (*ex tunc*) ou limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas (*ex nunc*). Se for constatada ilegalidade, é possível sua permanência, em caráter excepcional, se existirem "razões imperiosas de interesse geral", assim consideradas aquelas cuja privação de efeitos possa ocasionar "consequências desproporcionadas"[8]. A decisão de não restituir o *status quo ante* pode ter respaldo em princípios jurídicos como a proporcionalidade, a segurança jurídica, a boa fé e a confiança legítima[9]. Todavia, se as obrigações já tiverem sido cumpridas, sanções rigorosas devem ser aplicadas.

Em comparação com a Diretiva nº 89/665/CEE, antes da revisão promovida pela Diretiva nº 2007/66/CEE, foi, de fato, a Diretiva nº 92/13/CEE que ofereceu disposições mais precisas[10]. Embora se dirija aos setores da água, energia, transportes e serviços postais, a norma em referência se aplica genericamente a todos os procedimentos adjudicatórios.

O preceptivo de maior destaque na Diretiva nº 92/13/CEE é o artigo 2º, nº 07, que consagra a modulação da responsabilidade. Para fins de indenização por gastos despendidos na elaboração da proposta e na participação em um procedimento pré-contratual, a licitante preterida não está obrigada a provar que seria a escolhida se não houvesse ocorrido a ilegalidade. Contudo, deve evidenciar a "possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato"[11], isto é, que sua proposta observa os parâmetros fixados no Caderno de Encargos e não se posiciona dentre as últimas classificadas. Há aqui uma flexibilidade do nexo causal. O juízo de probabilidade aí é algo que medeia entre a evidência de que o licitante atende a todos os requisitos e que, portanto, seria selecionado, e a de que seria o vencedor do certame. Na dicção da Diretiva, o interessado não precisa provar que seria o contratado pela Administração, mas que se encontra numa posição que lhe permite inferir haver a possibilidade de ser agraciado, o que não significa, portanto, estar em primeiro lugar. A demonstração disso é difícil e cabe ao lesado. É claro que este grau de probabilidade somente pode ser aferido em cada caso concreto, dependendo, acresce Mealha, "do teor do acto em causa, do momento do

[7] SASTRE, Silvia Díez. op. cit., p. 120.
[8] UNIÃO EUROPÉIA. **DIRETIVA Nº 2007/66/CEE**. Disponível em http://eur-lex.europa.eu.
[9] SASTRE, Silvia Díez. op. cit., p. 76.
[10] MEALHA, Esperança. **Responsabilidade Civil nos Procedimentos de Adjudicação dos Contratos Públicos (Notas ao artigo 7º/2 da Lei º 67/2007, de 31 de dezembro). p. 7.** Disponível em julgaronline nº 5.pdf.
[11] UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA Nº 92/13/CEE**. Disponível http://eur-ex.europa.eu

procedimento em que foi praticado, dos fundamentos da sua invalidade e do tipo de danos invocados"[12].

2. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO REGIME PORTUGUÊS.

Dentre os portugueses, a responsabilidade pré-contratual pública foi reconhecida, pela primeira vez, no Parecer nº 138/79, da Procuradoria-Geral da República. Todavia, o Código de Procedimento Administrativo e o Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, eram silentes a seu respeito. Foi no artigo 7º, nº 2, a Lei nº 67/2007, que a responsabilidade pré-contratual pública mereceu disposição legal especial. Entretanto, embora houvesse contemplado o direito à indenização por quem sofresse lesão, reportou-se, em sua redação original, à disciplina da responsabilidade civil extracontratual, fulcrada na presunção de culpa leve pela prática de atos ilícitos (artigo 10, nº 2), no que foi objeto de censura pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão de 14 de outubro de 2004. Na ocasião, a Corte decidiu que a subsunção do pleito do particular à prova de culpa administrativa, num processo particularmente dinâmico como o pré-contratual público, significava - ainda que fosse possível realizar a prova - dificultar-lhe o acesso à Justiça para a reparação do direito violado, ou na dicção do Acórdão, tornar "impossível ou excessivamente difícil sua efetivação", ofendendo o artigo 2º, nº 1, *c*, da Diretiva nº 89/665/CEE.

Posteriormente, a Comissão Europeia denunciou a República Portuguesa, por não ter, em sua interpretação, dado cumprimento ao Acórdão de 14 de outubro de 2004[13]. Em 10 de janeiro de 2008, a Corte Europeia infligiu coima ao Estado Português, por haver entrado em rota de colisão com a norma comunitária ao não revogar o Decreto-Lei nº 48.051/67[14]. De conseguinte, restou consagrada a responsabilidade objetiva do Estado.

Em observância à decisão sancionadora, Portugal revogou o Decreto-Lei nº 48.051/67, e editou, em 17 de julho de 2008, a Lei nº 31, que alterou o artigo 7º, nº 2, da Lei nº 67/2007, para o fim de remeter a matéria de responsabilidade estatal pré-contratual às normas comunitárias[15], alinhando-a, então, à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Por força dessa alteração, foram reformados os artigos 100 a 103 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, os quais instituíram o processo urgente de impugnação e a possibilidade de adoção das medidas provisórias a fim de reparar as ilegalidades ocorridas no procedimento, oportunizando ao licitante ilicitamente excluído a reparação tempestiva do direito violado. Porém, quem sofre a lesão deve impugnar previamente o ato administrativo pré-contratual, sob pena de se operar a preclusão consumativa[16].

Com efeito, com o novo regime, a responsabilização objetivou-se, prescindindo da demonstração de culpa pelo interessado, sem prejuízo de haver direito de regresso em havendo culpa grave ou dolo do funcionário público causador do dano, consoante o artigo 8º, nº 4, da Lei nº 67/2007.

Reportando-se aos contratos disciplinados pelo artigo 100 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o regime de responsabilidade previsto no

---

[12] MEALHA, Esperança. op. cit, p. 14.
[13] UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão de 10.01.2008**. (Processo nº C-70/06). Disponível em http://curia.europa.eu
[14] UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão de 14.10.2004**. Disponível em http://curia.europa.eu
[15] PORTUGAL. **Lei 67/2007**. Disponível em http://dre.pt.
[16] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 162.

artigo 7º, nº 2, retroaludido, restringiu-se às empreitadas e às concessões de obras públicas, à prestação de serviços e ao fornecimento de bens, alcançando-se os mesmos contratos nos setores de água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. De fora, as concessões de serviços públicos e a concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público[17], o que não implica, todavia, em deixar indene de reparação os prejuízos sofridos nesse âmbito[18].

2.1. A DECISÃO DE CONTRATAR E O DIREITO AO CONTRATO.

Inaugura o procedimento pré-contratual português a decisão de contratar, definida por Sérvulo Correia como o "acto inicial e propulsivo do procedimento pré-contratual"[19]. Pode ou não ser formalizada expressamente no procedimento, sendo sempre publicada, ocasião em que se leva ao conhecimento dos interessados a intenção administrativa de selecioná-los com vistas à celebração de um contrato administrativo. Por força da garantia constitucional de impugnação dos atos administrativos, consagrada no artigo 268º, nº 4, da Constituição Portuguesa, além das disposições legais que estatuem a possibilidade de impugnação autônoma dos atos unilaterais pré-contratuais, predomina a "teoria da destacabilidade", segundo a qual os aludidos atos são destacáveis do contrato propriamente dito[20]. É, assim, a decisão de contratar ato administrativo unilateral, aplicando-se o regime de invalidade dos atos administrativos[21].

Tradicionalmente, a doutrina portuguesa sempre se inclinou pela ausência de um compromisso administrativo em, uma vez tornado público, prosseguir com o procedimento pré-contratual até o seu deslinde e, de conseguinte, de dever adjudicar o seu objeto ao candidato vencedor. Haveria aí tão-apenas um "mero convite a apresentar propostas" [22]. Mais recentemente, porém, com o advento, o crescimento e a consolidação da normatização europeia, a doutrina passou a perfilhar outra posição.

Consoante Sérvulo Correia, é a decisão de contratar "uma liberdade de determinar-se ao negócio", compreendendo uma proposta ao público. Ao deflagrar o procedimento, o Estado formula uma proposta de contratação: vincula-se "(…) 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"[23].

Devendo se conduzir com seriedade, na medida em que está jungida à lei e à prossecução do interesse público, a Administração, ao abrir uma licitação, "se obriga, nos exactos 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", consoante Margarida Olazabal Cabral[24].

---

[17] GONÇALVES, Pedro. **Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual.** Cadernos de Justiça Administrativa, nº 62, p. 6.
[18] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 163.
[19] CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 657.
[20] SOUZA, Marcelo Rebelo de. **O concurso público na formação do contrato administrativo**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994. p. 339.
[21] CORREIA, Sérvulo. op. cit., p. 658 e 659.
[22] CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**.V. I. 10ª ed. Coimbra: 2005, p. 596 e 597.
[23] CORREIA, Sérvulo. op. cit., p. 656 e 657.
[24] CABRAL, Margarida Olazabal. **O Concurso Público nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 219, 220 e 233.

Congregando os dois pontos de vista, Marcelo Rebelo de Sousa afirma que "simultaneamente com uma proposta contratual da espécie oferta ao público contém a abertura do concurso um convite a contratar concernente ao contrato administrativo final"[25].

Não discrepa da linha vinculativa Ruy Cardona, para quem se trata de ""uma promessa pública, enquanto acto através do qual o declarante se obriga unilateralmente à realização de uma prestação – no caso, uma prestação de facto jurídico, que consiste na celebração do contrato objeto do concurso - perante um leque indeterminado de destinatários"[26].

Prevalece, assim, na atualidade, a concepção de que há um direito de contratar de quem oferta a melhor proposta e uma expectativa de direito de quem concorre, porque, na contrapartida, a Administração promete-lhe um contrato na abertura do procedimento. E, nessa linha de intelecção, consoante o artigo 76, nº 1, do Código de Contratos Públicos, é a adjudicação "um dever jurídico da entidade adjudicante" e os licitantes selecionados possuem o direito de vê-la proferida. Após a adjudicação, ficam vinculados a contratar, nos termos da proposta e do caderno de encargos, a entidade adjudicante e o adjudicatário. Como ato administrativo constitutivo de direitos - ápice do processo – a adjudicação somente pode deixar de ser proferida caso concorra uma causa de invalidação ou de revogação[27]. O liame que aí se constitui firma-se em face dos princípios da boa-fé e da estabilidade, resguardando este último não só o direito à celebração do contrato, como também a ampla concorrência[28].

Com efeito, em cada fase do iter procedimental, situações diversas podem ocorrer, lícitas e ilícitas, que, sustando ou não o procedimento, acarretam o direito à indenização ao particular. Enquanto antes da adjudicação podem ocorrer causas lícitas impeditivas do curso do processo, como a revogação por motivo de interesse público, entre a adjudicação e a assinatura do contrato, pode ocorrer a exigência ilícita de obrigações novas, a exclusão de direitos, a exigência de cláusulas ilegais, levando à desistência do licitante, ou mesmo a anulação do contrato por falha da Administração. Pode ocorrer ainda a outorga extemporânea do contrato ou, após sua outorga ou assinatura, alterações contratuais em desconformidade com a lei. Todas essas situações ensejam responsabilidade estatal, se provocarem prejuízos.

2.2. A MEDIDA DA INDENIZAÇÃO.

Em matéria de indenização, dois conceitos relevantes são o de interesse contratual negativo (dano de confiança) e o de interesse contratual positivo (dano de cumprimento). Ambos transitam tanto no direito privado como no direito público pré-contratual.

A lesão que não teria ocorrido se não fosse frustrada a expectativa contratual concerne ao interesse contratual negativo (dano de confiança), ao passo que o benefício ou a vantagem econômica que a contratação traria ao prejudicado corresponde ao interesse contratual positivo (dano de cumprimento), o qual é cabível apenas, de forma excepcional, quando o contrato não for consumado por culpa da

[25] SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O concurso público na formação do contrato administrativo**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994. p. 48.
[26] FERREIRA, Rui Cardona. **Indenmnização do interesse contratual positivo e perda de chance (Em especial, na contratação pública).** Coimbra: Coimbra, 2011. p. 53.
[27] OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. op. cit., p. 1008 e 1041.
[28] SOUSA, Marcelo Rabelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa.** Parte III. Lisboa: D. Quixote, 2006. p. 313.

Administração, ou, como diz Cadilha, "a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio"[29].

O conceito de interesse contratual negativo abarca o dano emergente, que compreende os encargos com a elaboração e a apresentação das propostas que restaram infrutíferas, e os lucros cessantes, concernentes à perda de outras oportunidades[30]. A respeito destes, no Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, o Tribunal de Justiça da União Europeia deliberou "a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do direito comunitário"[31].

Para que faça jus à indenização do interesse negativo, o prejudicado deve provar que não teria concorrido, nem realizado as despesas com a participação, se não fosse a expectativa de formalizar a avença com o Estado. Já no interesse positivo, caso o objeto seja adjudicado a outrem de forma ilegal ou haja revogação ilícita, o lesado necessita demonstrar que possuía a melhor proposta[32]. Para tanto, o critério de adjudicação deve ser exato e não envolver nenhuma margem de livre apreciação[33]. É sempre excepcional.

Na anulação do procedimento, não há espaço para a indenização do interesse positivo, sequer de quem estava em condições de vencê-lo, porque não há uma preterição, mas apenas a expectativa de ser proferida uma decisão final. Cabível a indenização do interesse negativo, correspondente aos custos na elaboração da proposta e a eventuais oportunidades que tenha perdido[34]. Doutro tanto, se a Administração recusa-se a contratar ou contrata outrem, cabível a indenização do interesse positivo, uma vez que, aberto o procedimento, a adjudicação se impõe à melhor proposta, salvo se provier anulação ou desistência lícita.

Em que pese reconhecer o direito indenizatório, a jurisprudência portuguesa não caminha plenamente sintonizada com a doutrina.

O dano da confiança tem sido reconhecido, na sua dimensão dano emergente, decidindo-se pela concessão do ressarcimento das despesas com a participação no certame. Contudo, em algumas decisões, não se reconhece inserido na responsabilidade pré-contratual o lucro da contratação que ele deixou de obter, ou seja, o dano do cumprimento (interesse positivo)[35]. No Acórdão de 7 de outubro de 2009 (Processo nº 833/2008), admite-se a possibilidade, mas o candidato não logrou provar que seria o adjudicatário[36]. Do mesmo modo, no Acórdão de 29 de outubro de 2009 (Processo nº 229/2009)[37]. Quando o desfazimento do quase

---

[29] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 102.

[30] Segundo ANTUNES VARELA, o interesse contratual negativo é definido como "a perda patrimonial que não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato frustrado ou a vantagem que não alcançou por causa da mesma expectativa gorada (teria vendido por melhor preço ou teria comprado por melhor preço a terceiro.) (VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. v. 1, 10ª ed, Almedina, 2011. p. 271).

[31] UNIÃO EUROPÉIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 5.03.1996**. Disponível em http://eur-lex.europa.eu.

[32] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 109.

[33] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 105.

[34] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 109.

[35] **C**ADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 103.

[36] PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 07.10.2009**. Rel. João Belchior. Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/324b30523390852d8025764f0047ea8b?OpenDocument&Highlight=0,interesse,contratual,positivo.

[37] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 103.

negócio ocorre após a adjudicação, encontra-se decisão que exclui as despesas concernentes ao preparo das propostas do cômputo da indenização[38].

No que tange, ainda, ao cálculo da indenização, o artigo 4º da Lei nº 67/2007 prescreve a modulação do grau de culpabilidade do lesado na ocorrência do dano, ou no seu agravamento, por "não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo"[39]. Se era evidente a ilegalidade do ato e, mesmo assim, deixou o lesado que ele produzisse efeitos, sem impugná-lo judicialmente, auferindo dele vantagens (ou não), não poderá, passado certo lapso temporal, requerer sua dissolução e consequente indenização, porque concorreu, em certa medida, para a produção dos prejuízos que tenha sofrido.

3. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL PUBLICISTA NO BRASIL.

Não se dá, no Brasil, o mesmo realce que em Portugal ao ato pelo qual a autoridade administrativa abre o procedimento licitatório[40]. O exame doutrinário dos direitos dos licitantes e do adjudicatário ganha espaço nos comentários à adjudicação, até porque é quase sempre na iminência de se encerrar o procedimento que são descobertos vícios que levam à sua invalidação ou são declaradas as inconveniências que o atingem.

Diz Hely que é a "adjudicação o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato"[41]. Já Adilson Dallari afirma ser o ato adjudicatório aquele pelo qual se confere ao licitante o direito de contratar com a Administração, "quando esta quiser contratar e se ela quiser contratar". E acrescenta ser seu objetivo "declarar a proposta, em princípio, aceitável pela Administração e, com isso, obrigar a Administração a praticar os atos de controle necessários à integração do procedimento"[42].

Pondo em relêvo que a homologação e a adjudicação são atos interligados e complementares, pois não se homologa sem adjudicar, nem se adjudica sem homologar, Marçal diverge do conceito de Hely e propõe ser a adjudicação a "proclamação final de que, além de ser vencedora, uma determinada proposta atende às conveniências e necessidades da Administração e que a contratação administrativa será realizada com o adjudicatário"[43].

Segundo Carvalho Filho, homologado o procedimento, nasce o direito à adjudicação e ao contrato[44]. Igualmente Adilson Dallari, ao asseverar que "a licitação, no momento em que é aprovada, aperfeiçoa uma promessa de contrato, um compromisso de contratar, emergindo daí um direito ao contrato"[45]. "Terminado o procedimento, com a adjudicação, a Administração está obrigada a convocar o

---

[38] PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. **Acórdão de 07.03.2006.** 2ª Subsecção do CA. Relator Isabel Jovita. Processo 965/2003.

[39] PORTUGAL. **Lei nº 67/2007**. Disponível em http://dre.pt/pdf1s/2007/12/25100/0911709120.pdf.

[40] Ao comentar a norma, diz Marçal Justen Filho ser o ato de abertura praticado no exercício de competência vinculada e discricionária. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 485).

[41] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 274.

[42] DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 154.

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012. p. 698.

[44] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed, 2007. p. 261.

[45] DALLARI, Adilson Abreu. op. cit., p. 186.

interessado para assinar o contrato", diz Di Pietro[46]. Num viés vanguardista, Carlos Ari Sundfeld aduz que "o primeiro classificado no certame, cuja proposta já foi considerada aceitável antes do julgamento, tem direito à adjudicação do objeto posto em disputa"[47].

A intelecção desenvolvida pela doutrina acima colacionada parte do pressuposto de ser a homologação, ato da autoridade que certifica a regularidade jurídica do processo, precedente à adjudicação, regime este prescrito na Lei nº 8.666/93. Hoje, na modalidade preferencial de pregão, regulada pela Lei nº 10.520, de 17.07.2002, o pregoeiro adjudica e, posteriormente, a autoridade homologa. Uma vez que estão imbricados, a alteração da ordem, de acordo com a modalidade licitatória em causa, não é relevante ao quanto aqui se expõe.

Destarte, mesmo no universo da Lei nº 8.666/93, diz Marçal que o adjudicatário tem "mera expectativa de direito a contratar". E isto porque, parece claro, mesmo após a homologação, nas modalidades convencionais, podem sobrevir motivos que ensejem a anulação ou a revogação, que não eram conhecidos ou não existiam.

De toda sorte, os horizontes acerca dos direitos dos participantes nas licitações são mais amplos e remontam à decisão de licitar, que, no Brasil, não chega a ser um ato administrativo destacado e, portanto, acaba por ter sua relevância jurídica ignorada. Os atos vinculativos internos, consoante a Lei nº 8.666/93, são o parecer jurídico que aprova o edital de licitação e o ato da autoridade que aprova o projeto básico ou o termo de referência, os quais não são divulgados. Divulga-se apenas o ato convocatório, em cujo bojo encontra-se, em anexo, o projeto básico ou o termo de referência, onde deve estar consignada a justificativa da necessidade da contratação. Ora, a motivação discricionária da abertura da licitação, assim divulgada, vincula a autoridade na condução do procedimento licitatório. Todavia, a realidade jurídica brasileira ainda não evoluiu para tornar a autoridade administrativa jungida às suas decisões discricionárias. Nem ela se sente adstrita às razões que invoca, nem o Judiciário a compele a tanto. Como exercer, então, o controle sobre as decisões que afirmam a superveniência de fatos que tornam a continuidade do certame público inconveniente ou inoportuno?

Com efeito, se vigora no Brasil o princípio do devido processo legal e se a Administração Pública está adistrita aos princípios da legalidade, da motivação e da impessoalidade, iniciado o processo licitatório, deve a autoridade prosseguir até o seu regular desfecho, de maneira que a desistência em seu curso exige ato fundamentado, quer em ilegalidade, quer em interesse público superveniente ou de conhecimento superveniente. Indispensável, pois, que seja o procedimento concluído na forma da lei.

Em verdade, antes de ser adjudicatário, o licitante tem o direito de ter sua proposta apreciada em julgamento imparcial e conclusivo, ainda que não logre ser o vencedor e sequer tenha chance disso. E não só: faz jus a um pronunciamento estatal que adjudique o objeto, anule ou revogue a licitação[48]. Isto é reflexo do respeito ao princípio da boa-fé. Se o licitante está obrigado a portar-se com honestidade, ofertando proposta séria e exequível para o objeto licitado, o Estado também tem o dever de portar-se com seriedade e respeito aos participantes, desde

[46] PIETRO, Maria Silvia Zanella di. Adjudicação. Direito do licitante vencedor à adjudicação e à assinatura do contrato. In: **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros , 2001. p. 268.
[47] SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24 e 27.
[48] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 703.

a abertura do procedimento. Quando assim não age, deve responder pelos danos que seu comportamento leviano ocasionar.

Pois bem. A anulação e a revogação são atos administrativos vinculados, porquanto prescreve a Lei seus pressupostos, de modo que não prospera falar em discricionariedade em sua prolação. Esta se faz presente apenas na valoração dos motivos da revogação, os quais devem existir e ser indicados expressamente pelo gestor.

Em seu § 1º, o artigo 49 da Lei de Licitações estatui: "A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar". As despesas feitas com a apresentação das propostas são consideradas risco de investimento.

Quem admite a legitimidade do artigo precitado o faz ao argumento de não poder o ato nulo produzir efeitos, nem originar direitos, em consonância com a Súmula nº 473, do STF, de 03 de dezembro de 1969, do seguinte teor: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"[49].

Abalizada doutrina juspublicista, entretanto, opõe-se a esse entendimento.

Marçal afirma a inconstitucionalidade daquela norma por ofender o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, cujos "contornos são amplos". Embora o particular não possa exigir a permanência do ato ilegal, pode exigir o ressarcimento dos prejuízos que o ato administrativo eivado de vício lhe provocou[50]. Reconduz Marçal a responsabilidade pré-contratual pública à hipótese de responsabilidade extracontratual, inclusive, invocando a responsabilidade objetiva. Evidentemente, devem ser demonstrados o dano e o nexo de causalidade, alcançando, em sua concepção, os danos emergentes e os lucros cessantes[51].

No mesmo sentido da inconstitucionalidade Almiro Couto e Silva. Diz o jurista: 'quando a Constituição não dispõe exaustiva ou suficientemente sobre qualquer matéria, costuma usar a cláusula "na forma da lei"' ou semelhante', o que não ocorreu no artigo 37, § 6º, da Constituição Cidadã, razão pela qual a responsabilidade estatal "não pode ser excluída ou mesmo restringida por norma jurídica infra-constitucional, sob pena de lesão à regra hierarquicamente superior, incorrendo, assim, na censura de inconstitucionalidade". O ressarcimento devido aos que sofrerem prejuízos por atos administrativos ilegais não se fulcra no contrato eivado de vício, mas na noção que veda o enriquecimento sem causa. O jurista, em largos horizontes, alcança a perda de chance[52].

Sustenta igualmente a inconstitucionalidade do artigo 49, § 2º, da Lei de Licitações, Celso Antônio, para quem o artigo 37, § 6º, do Estatuto Político, não estabelece "qualquer disceptação entre danos oriundos de atos ilícitos e danos provenientes de atos lícitos". Se a anulação foi proferida antes que se conheça o detentor da melhor proposta, e ainda que seja legítima, enseja a indenização pelos gastos realizados por quem dela participou, desde que esteja de boa fé e não tenha

[49] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18.06.2013.
[50] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 629 e 630.
[51] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 629 e 630.
[52] SILVA, Almiro Couto e. **Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa in Contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Nº 57. Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, 2004. p. 174 e 176. Disponível em www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf.

concorrido para o vício. Entretanto, em sua opinião, se a invalidação ocorrer após a escolha do vencedor, somente este fará jus à indenização, pois os demais teriam incorrido do mesmo modo nas despesas efetuadas. E "a menos que o vício determinante da invalidação haja interferido de maneira a causar para algum participante um risco anômalo radicado no ato viciado, não lhe assistirá pleitear ressarcimento de despesas que de qualquer sorte restariam desacobertadas"[53].

Igualmente defende ser "absolutamente irrecusável" a responsabilidade da administração em hipótese de anulação Adilson Dallari[54]. Afirma haver locupletamento ilícito do Estado se a responsabilidade não for admitida Carvalho Filho[55]. Hely também conclui pela possibilidade de responsabilização se a ilegalidade houver sido provocada pela Administração, embora, a princípio, diga que a anulação com justa causa não sujeita a Administração a qualquer indenização[56].

Já quanto à revogação do procedimento licitatório, esta tem lugar quando há "razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta", na dicção do artigo 49, *caput*, da Lei de Licitações[57]. Decorre, assim, de ato lícito, com efeitos *ex nunc*. Passível de ocorrer em qualquer fase do procedimento, bastando que o interesse público o exija. Silencia a Lei, contudo, acerca do direito de indenização do particular, o que gera certa incerteza jurídica, prevalecendo doutrinariamente sua admissibilidade.

Hely defende que o concorrente, caso o ato de revogação não seja motivado, pode obter judicialmente o seu desfazimento ou a possibilidade de indenização[58]. Aqui, a indenização decorre de uma revogação ilícita, o que faz presumir que, em sua concepção, sendo lícita, isto é, fundamentada, não caberia o ressarcimento dos prejuízos causados.

Adilson Dallari explicita, por sua vez, que tanto os atos ilícitos como os lícitos podem ensejar a indenização, se, provocados pela Administração, causarem danos aos particulares. Invoca, ainda, Antônio Chaves, para quem a anulação e a revogação do procedimento sem amparo legal podem caracterizar "recusa injustificada de contratar", tal como ocorre no âmbito do direito civil[59]. De igual modo, Lúcia do Valle Figueiredo, que aduz: "estaríamos diante, destarte, da responsabilidade administrativa por ato lícito, em franco atendimento, pois, ao postulado constitucional contido no artigo 37, § 6º, do Diploma Básico, que não perquire para esse efeito – a licitude da conduta administrativa"[60].

No particular da revogação, diz Celso Antônio: "se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público, deixar de atuar com seriedade e honrar a firmeza da convocação que fez."[61] Logo, cumpre à Administração ressarcir os prejuízos de quem concorreu ao certame e, com muito mais razão, se a revogação for ilícita.

---

[53] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 604 e 605.
[54] DALLARI, Adilson Abreu. op. cit., p. 183.
[55] CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 263.
[56] MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: 1990, p. 142
[57] BRASIL. **LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.
[58] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. op. cit., p. 277.
[59] DALLARI, Adilson Abreu. op. cit. p., 183 e 184.
[60] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 169.
[61] MELLO, Celso Antônio Bandeira. op. cit., p. 603.

Embora a doutrina já venha de há algum tempo se inclinando pela responsabilização do Estado em licitações, seja por atos lícitos, seja por atos ilícitos, a jurisprudência brasileira não a acompanhou: ainda não admite a responsabilidade estatal em hipótese de anulação, em face do óbice legal, e, no tocante à revogação, apenas algumas decisões a admitem. À guisa de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: "Na anulação, não há direito algum para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas" [62]. Enquanto isso, outros Tribunais Federais posicionam-se contrariamente, como o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *in verbis*: "A revogação, situando-se no âmbito dos poderes administrativos, é conduta lícita da Administração que não enseja qualquer indenização aos licitantes, nem particularmente ao vencedor, que tem expectativa na celebração do contrato, mas não é titular do direito subjetivo"[63].

Há muito, pois, a ser descortinado e consolidado pela Justiça Brasileira ao derredor do tema.

4. A PERDA DE CHANCE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA LUSO-BRASILEIRA.

O gérmen da concepção do que comumente se conhece como perda de uma chance no direito civil teve origem em acórdão da Corte de Cassação francesa, de 17 de julho de 1889, no qual foi reconhecida a perda de possibilidade de acesso à Justiça e, assim, da obtenção de uma sentença favorável. Daí em diante, iniciou-se a construção jurisprudencial francesa em torno da chamada perda de chance em diversas direções.

Mesmo no âmbito da doutrina francesa e italiana, onde se divisa certa unanimidade, professa-se três correntes: uma, acomodando a perda de chance como um dano emergente autônomo, outra, no terreno da causalidade dos lucros cessantes e outra, como um dano final, que refoge aos parâmetros da causalidade. De maior ressonância a primeira, vista como "lesão a uma situação jurídica já integrada no patrimônio do lesado e traduzida na possibilidade de aquisição da vantagem a que se refere a própria chance"[64].

Evidencia-se a perda de chance quando já é impossível reconstituir a situação hipotética através da emissão de um novo ato em face de uma "causa legítima de inexecução". Indeniza-se pela "perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado"[65].

A construção teórica no cenário pré-contratual público é a mesma existente no âmbito privado: o dano se caracteriza na perda da oportunidade. O nexo de causalidade é difícil de ser evidenciado e a fixação do *quantum* indenizatório é feita de acordo com juízo de equidade, pois, sendo a possibidade de obtenção da vantagem incerta, ela não deve ser restituída em sua integralidade, mas na proporção do grau de probabilidade que havia de ser obtida. "*El vínculo causal entre el hecho lesivo y el daño es, por tanto, difuso*"[66].

---

[62] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão de 28.03.2007. Mandado de Segurança nº 12.047/DF, 1ª Seção, Relª Ministra Eliana Calmon, Diário da Justiça de 16.04.2007.

[63] BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Acórdão de 07.11.2007. Apelação Cível AC 411.495 AL 2006.80.00.002897-2. 3ª Turma. Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo. Disponível em www.jusbrasil.com.br.

[64] FERREIRA, Rui Cardona. op. cit., p. 12 e 13.

[65] PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão de 20.11.2012. Processo nº 949/2012. Rel. Alberto Augusto Oliveira. No mesmo sentido, Acórdão de 08.02.2011, Processo nº 891/2010, Rel. Alberto Augusto Oliveira.

[66] SASTRE, Silvia Díez. op. cit., p. 260.

Dilucida Luis Medina Alcoz que a teoria em causa pretende salvaguardar a vítima que se encontra, em certa medida, numa situação de desigualdade em relação ao agente, por haver sofrido um dano cuja prova do nexo de causalidade não consegue fazer, por carecer de conhecimentos e meios para tanto. Todavia, subsiste uma "*fuerte intuición, sospecha o certeza moral"* de que houve. Pretende-se evitar que a dificuldade de provar leve a exoneração da responsabilidade de quem pode ter causado o dano[67].

Cadilha realça, com pertinência, que não importa a perda de chance em dano eventual ou futuro, mas dano certo e atual, por corresponder a uma perda concreta – que já está incorporada ao patrimônio do lesado – de obter um resultado favorável. Conquanto não seja a perda de um resultado ou de uma vantagem, é a perda da probabilidade de obtê-la, que se constitui dano emergente e é indenizável, se imputável a outrem[68].

Parece assistir razão a Silvia Sastre, ao defender que a Diretiva nº 92/93/CEE agasalhou a teoria da perda de chance, ao considerar suficiente para a responsabilização estatal a prova de que a proposta do candidato tinha potencial para ser a vencedora. Com isso, o legislador comunitário assegurou o máximo de proteção jurídica possível (que corresponde aqui à garantia mínima), alcançando, no percurso, o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo. E mais: na medida em que o artigo 7º, nº 2, da Lei nº 67/2007, remete a responsabilidade pré-contratual do Estado à disciplina do direito comunitário, ousa-se afirmar que a perda de chance já está agasalhada no direito português.

No que tange à jurisprudência portuguesa, já despontam vários acórdãos, admitindo - quase sempre em tese, porque a prova é difícil - a teoria da perda de oportunidade tanto na esfera do direito privado como do direito público, destacando-se o Acórdão de 25 de fevereiro de 2009, proferido no Processo nº 47.472-A, do Supremo Tribunal Administrativo. [69]

O reconhecimento da teoria da perda de oportunidade ainda é incipiente no Brasil. Os primeiros acórdãos provieram do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Entretanto, a evolução jurisprudencial ainda é muito lenta. No Superior Tribunal de Justiça, são encontradas decisões onde a teoria foi aplicada em casos de responsabilidade de advogado e de médico, enquadrando a perda de chance em responsabilidade aquiliana[70].

A doutrina brasileira não destoa da portuguesa: compreende a perda de uma possibilidade de ganho ou de uma vantagem que a vítima esperava obter. Não há prova de existência de causalidade entre a perda da aposta e o ganho aspirado, pois há aleatoriedade na aposta e qualquer evento externo pode levar à perda do ganho. Não se sabe se a perda do ganho aspirado foi provocada pelo agente do ato

---

[67] ALCOZ, Luis Medina. **La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado.** Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. 79.

[68] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 99 e 100. Distingue Cadilha perda de chance de lucros cessantes, aduzindo ainda à p. 100: "(…) o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do facto lesivo, se frustrou. A prova do lucro cessante não incide propriamente sobre os ganhos que se deixaram de obter, mas sobre a titularidade da situação jurídica que permitiria obtê-los, podendo conjecturar-se, por isso, alguma relativa certeza sobre a ocorrência do dano. No caso da perda de chance, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho."

[69] CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. op. cit., p. 98 e 99.

[70] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 29.05.2012**. AgRgsp nº 153098/PE, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em www.stj.gov.br.

danoso. Em suma: "a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável"[71].

O que é interessante no contexto brasileiro é o fato de serem encontrados exemplos de situações que ensejariam a invocação da teoria e, até mesmo de decisões judiciais que cogitaram da sua aplicação ao procedimento licitatório, reveladas pela doutrina civilista.

Rafael Peteffi da Silva refere-se a hipótese que poderia ter ensejado a responsabilização pela perda de chance, concernente à suspensão de uma licitação para a compra de aviões que levou à queda das ações da Embraer na BOVESPA[72]. Noutro momento, cita um julgado do Ministro Ilmar Galvão, de 29 de outubro de 1990, no Superior Tribunal de Justiça, onde, embora não tenha sido provido o recurso pela ausência de prova nos autos do prejuízo, o Ministro admitiu ter a mera chance valor econômico[73]. Outro igualmente relevante foi o Recurso Especial nº 32.575, de 1º de setembro de 1997, da relatoria do Min. Ari Pargendler, onde a Companhia de Petróleo Ipiranga pleitava indenização contra o Estado de São Paulo pela concessão, sem licitação, à Petrobrás, de áreas de terreno para a implantação de centros de abastecimento e de serviços na Rodovia Presidente Castelo Branco. O juiz de primeiro grau decidiu pela impossibilidade jurídica do pedido, tendo sido sua decisão invalidada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que aventou a possibilidade de perda de chance e a devolveu para novo julgamento. Neste, o juiz concedeu a indenização a título de lucros cessantes, mantida pelo Tribunal de Justiça, que sugeriu a perda de chance ao se reportar ao fato de ter a distribuidora 11,113% do mercado nacional de combustíveis. O acórdão acabou reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, que manteve a primeira decisão[74].

No Superior Tribunal de Justiça, já se encontram alguns acórdãos que reconhecem a responsabilidade estatal por perda de chance nos concursos para provimento de cargos públicos. Foi o caso do aresto da relatoria de Teori Zavascki, de 21 de setembro de 2011, no qual se apreciou a nomeação tardia, mediante decisão judicial, de servidor aprovado em concurso público. A ementa reporta-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmando: "não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito a indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto,

---

[71] SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12, 13 e 14.

[72] 'Em 2001, o governo brasileiro promoveu uma licitação para a compra de aviões militares (caças), cujas propostas foram recebidas em 2002, sendo que uma delas provinha de um consórcio em que um dos integrantes era a Embraer. Depois das eleições de outubro de 2002, o governo federal eleito resolveu, em janeiro de 2003, suspender as atividades licitatórias sem previsão para a retomada dos trabalhos. A perda da possibilidade de ganhos futuros foi imediatamente sentida pelo mercado financeiro, fazendo com que as ações da Embraer "despencassem" logo após a notícia de suspensão da aludida licitação. Em rigor, a Embrear tinha apenas uma chance de auferir lucros, que seria uma possível vitória na licitação referida, mas o simples adiamento da licitação foi suficiente para diminuir o valor de mercado da companhia.' (SILVA, Rafael Peteffi da. op. cit., p. 14).

[73] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 29.10.1990**. Agravo Regimental nº 4364/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. www.stj.gov.br.

[74] "É claro que, não só a autora, como as distribuidoras d'outras bandeiras, - caso houvesse licitação – inscrever-se-iam, dada a manifesta lucratividade desse tipo de empreendimento. É razoável supor que as distribuidoras petrolíferas de maior poder de barganha, inclusive a PETROBRAS, tivessem maior possibilidade de ganho. Mas, à ausência de concorrências públicas, razoável o critério pericial, ou seja, pela parte ideal dentro do mercado distributivo." (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Acórdão de 5.02.1991**. Apelação Cível nº 133.316-1. Relator Des. Alfredo Migliore).

seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o candidato havia recebido no desempenho da atividade contratual"[75].

5. CONCLUSÃO.

Quanto mais a Administração avança rumo à contratação, mais cresce sua responsabilidade no tocante à eventual frustração dos participantes na celebração do contrato. Partindo das lições pré-contratuais privatísticas, onde as expectativas nascidas nas negociações preliminares são juridicamente protegidas desde o início do século passado, por iniciativa de Iering, passou-se a lançar olhos igualmente protetivos às negociações preliminares públicas, levadas a efeito pelo Estado. É a reverência ao princípio da boa-fé que deve permear as relações jurídicas contratuais públicas ou privadas.

Com o propósito de assegurar a efetividade dos princípios consagrados no Tratado de Roma - em especial, o livre comércio e a não discriminação - assim como os demais regramentos que informam os procedimentos de adjudicação e que daqueles decorrem, as Diretivas nºs 89/665/CCE e 92/13/CEE, alteradas posteriormente pela Diretiva nº 2007/66/CEE, passaram a impor, no cenário europeu, que os Estados-Membros criassem instrumentos processuais que tornassem efetivo o acesso à Justiça.

Percebendo-se que a ausência, nos direitos internos, de meios processuais assecuratórios da prolação de provimentos com celeridade não permitiam a correção tempestiva das ilegalidades cometidas no procedimento, as Diretivas obrigaram os Estados, além da criação dos sobreditos instrumentos, a aceitar a objetivação de sua responsabilidade. É que, sendo a prova de culpa extremamente difícil de ser realizada, exigi-la equivaleria, em última análise, a negar o acesso à Justiça.

As Diretivas passaram, ainda, a exigir a observância de um interregno mínimo entre a adjudicação e a convocação para a celebração do contrato, evitando a "corrida à assinatura", prática capciosa de Administrações que objetivavam burlar as exigências comunitárias, tornando prejudicada eventual decisão judicial corretiva. Ademais, as Diretivas asseguraram o ressarcimento na hipótese de não ser restituído o *status quo ante*, sendo bastante para tanto a prova de que havia a "possibilidade real" de ser conferido o contrato ao adjudicatário. Aqui agasalhou, em nosso modo de ver, o direito à indenização pela perda de chance, proteção jurídica máxima conferida aos candidatos, abrangendo, ainda, a admissibilidade do interesse contratual negativo e positivo.

Percorrendo a literatura portuguesa no terreno da tutela restituitória pública, remanesce consagrada a responsabilização estatal quer por atos ilícitos, quer por atos lícitos, da autoria do Estado, que ocasionem danos aos concorrentes de um certame público ou lhes impeça a obtenção de benefícios econômicos. Reconhece-se a possibilidade de indenização pelo interesse contratual negativo (danos emergentes e lucros cessantes), pelo interesse contratual positivo (quando o licitante provar que sua proposta seria a escolhida) e até pela perda de oportunidade. Já a jurisprudência portuguesa, tem reconhecido, sobretudo, a possibilidade de ressarcimento por danos emergentes e pela perda de chance.

Deflagrado o certame público, a entidade adjudicante tem o dever de adjudicar, desde que obtenha proposta que atenda aos requisitos estatuídos no caderno de encargos e que não sobrevenham motivos ensejadores de revogação ou

[75] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 21.09.2011**. EREsp 1117974/RS. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Relator para o Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Dje 19/12/2011. Disponível em www.stj.gov.br.

de anulação da decisão de contratar. Consagra, assim, a legislação europeia, de regra, a obrigação estatal de adjudicar, cujo nascedouro situa-se na deliberação de contratar da entidade adjudicante.

Ainda muito incipiente o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual pública no Brasil. Na prática administrativa brasileira, a despeito de abalizadas vozes doutrinárias em contrário, predomina a concepção de que a condução do procedimento licitatório é discricionária, porque a Administração somente contrai despesas e se vincula com a celebração do contrato. Assim, o seu curso pode ser sustado ao alvedrio do administrador, sem qualquer fundamentação. Presentes aqui vestígios de uma Administração que lê em sua supremacia contratual para a salvaguarda de interesses públicos a detenção de poderes arbitrários. Evidentemente que isto revela uma democracia ainda a caminho de consolidar-se.

A rigor, aberto o procedimento com a aprovação do projeto básico ou do termo de referência e sua publicação na forma da lei, os licitantes fazem jus ao devido processo administrativo legal, de molde a que seja levado até o seu deslinde, salvo se ocorrer um motivo superveniente ou de conhecimento superveniente que acarrete sua anulação ou sua revogação. Adjudicado o objeto e homologada a licitação, o licitante vencedor tem direito a ser convocado para firmar o contrato. Essa linha de intelecção deveria levar inescusavelmente ao ressarcimento dos prejuízos causados, quando a Administração sustasse o processo, quer licita, quer ilicitamente, antes ou após a adjudicação. Entretanto, esta perpectiva ainda não colhe o pleno beneplácito da jurisprudência no que tange à anulação. Tampouco da legislação. Os avanços existentes se fazem presentes apenas no campo da revogação, mas ainda oscilante.

Ainda que sua voz não tenha sido ouvida, quer pelo Poder Judiciário, quer pelo Poder Executivo, a doutrina juspublicista brasileira, em sua maioria, rechaça a irresponsabilidade estatal consagrada no artigo 49, § 2º, da Lei de Licitações, a sufragar a inconstitucionalidade da norma, seja por ir de encontro ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, seja por malferir o princípio da segurança jurídica, que não se compadece com a ideia de locupletamento ilícito, muito menos do Estado.

Desse modo, acredita-se que, na medida em que os tribunais brasileiros se defrontarem com pedidos de indenização por prejuízos advindos de atos da Administração na condução dos processos licitatórios, a responsabilidade pré-contratual estatal se concretizará. Por outro lado, a Administração Pública Brasileira somente se portará de forma responsável, quando os agentes públicos que praticarem os atos ilícitos, por dolo ou culpa, forem obrigados, a título de regresso, a devolver ao erário os prejuízos que advierem daqueles atos. Há, pois, um longo percurso ainda a ser trilhado no processo de democratização da gestão público-contratual brasileira.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALCOZ, Luís Medina. **La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado.** Pamplona: T. Civitas, 2007.

CABRAL, Margarida Olazabal. **O Concurso Público nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1997.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. v. I, 10ª ed. Coimbra: 2005.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª ed. Rio de Janeiro, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos.** Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. **Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise…** Cadernos de Justiça Administrativa. XIII Seminário de Justiça Administrativa. Nº 88. Julho/Agosto de 2011.

FERREIRA, Rui Cardona. **Indenmnização do interesse contratual positivo e perda de chance (Em especial, na contratação pública).** Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª ed.. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed.. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: 1990

GONÇALVES, Pedro. **Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual.** CJA.

MEALHA, Esperança. **Responsabilidade Civil nos Procedimentos de Adjudicação dos Contratos Públicos (Notas ao artigo 7º/2 da Lei ° 67/2007, de 31 de dezembro).** Disponível em www.julgaronline nº5.pdf .

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOLINA, José Antonio Moreno. **Derecho global de la Contratación pública**. Begonias, Mexico: Jovenes Administrativistas, AIDA, IDEA e UBIJUS, 2011.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública**. Coimbra: Almedina.

PIETRO, Maria Silvia Zanella di. Adjudicação. Direito do licitante vencedor à adjudicação e à assinatura do contrato. In: **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SASTRE, Silvia Díez. **La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SILVA, Almiro Couto e. **Responsabilidade Pré-Negocial e Culpa in Contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Nº 57. Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, 2004. Disponível em www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O concurso público na formação do contrato administrativo**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.

SOUSA, Marcelo Rabelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa.** Parte III. Lisboa: D. Quixote, 2006.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, 2011.

7. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.

BRASIL. **LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**. Disponível em http://www.planalto.gov.br

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SÚMULA Nº 473.** Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18.06.2013.

PORTUGAL. **LEI Nº 67, de 31.12.2007**. Disponível em http://dre.pt.

UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA Nº 92/13/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.02.1992**. Disponível em http://eur-ex.europa.eu

UNIÃO EUROPÉIA. **DIRETIVA Nº 2007/66/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007**. Disponível em http://eur-lex.europa.eu.

8. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. **Acórdão de 07.11.2007**. Apelação Cível AC 411.495 AL 2006.80.00.002897-2. 3ª Turma. Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo. Disponível em www.jusbrasil.com.br.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 21.09.2011**. EREsp 1117974/RS. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Relator para o Acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Dje 19/12/2011. Disponível em www.stj.gov.br.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental nº 4364/SP. **Acórdão de 29.10.1990**. Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em www.stj.gov.br.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Acórdão de 5.02.1991**. Apelação Cível nº 133.316-1. Rel. Des. Alfredo Migliore. Disponível em www.tjsp.jus.br.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 5.02.1981**. Processo nº 69.021. Revista da Relação do Porto. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. **Acórdão de 25.02.2009**. Processo nº 47.472-A. Disponível em www.dgsi.pt.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. **Acórdão de 20.11.2012**. Processo nº 949. 2ª Subsecção. Rel. Alberto Augusto Oliveira. Disponível em www.dgsi.pt.

PORTUGAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 29.05.2012**. AgRgsp nº 153098/PE, Rel. Ministro Humberto Martins. Disponível em www.dgsi.pt.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 17.01.2006. Processo nº 980/05**. Disponível em http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados.

PORTUGAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 07.10.2009**. Rel. João Belchior. Disponível em www.dgsi.pt.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. **Acórdão de 07.03.2006.** Processo 965/2003. 2ª Subsecção. Relª Isabel Jovita. Disponível em www.dgsi.pt.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. **Acórdão de 02.06.2010**. 1ª Subsecção. Rel. Costa Reis. Disponível em www.dgsi.pt.

UNIÃO EUROPÉIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão de 5.03.1996**. Disponível em http://eur-lex.europa.eu.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão de 10.01.2008**. (Processo nº C-70/06). Disponível em http://curia.europa.eu.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão de 14.10.2004**. (Processo nº C-275/03). Disponível em www. http://curia.europa.eu.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO PÚBLICO EUROPEU, PORTUGUÊS E BRASILEIRO. A necessidade de responsabilização estatal por prejuízos causados aos licitantes no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-39-JULHO-2014-MARTA-SANTIAGO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.