

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**DEVER DE DILIGÊNCIA NO CONTROLE DA LEGALIDADE E DA REGULARIDADE
DA CONTRATAÇÃO PELO PARTICULAR QUE CONTRATA COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA – LIMITES E
CONSEQUÊNCIAS**

Wilson Chaves de França

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 10.07.2019

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

O problema que se propõe é: existe, juridicamente, um dever de diligência e de colaboração no controle da licitude e da regularidade das contratações públicas para quem contrata com o poder público? Quais os efeitos de seu descumprimento em caso de declaração de nulidade?

O cenário fático que dá relevância à questão é aquele em que se vislumbra potenciais declarações de nulidade ou de revisão de contratos e de aditivos firmados, em decorrência de vícios. É que, diante desses cenários, dentre os argumentos surgem: **(i)** a boa-fé subjetiva, arguida pelo particular visando a garantir a indenização (art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93); e **(ii)** a boa-fé objetiva, como uma forma de preservação do negócio, por força da proteção à confiança e da proibição do *venire contra factum proprium*, o que atualmente é fortalecido pela Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB e que impõe um juízo consequencialista prévio à decretação de invalidade.

A reflexão sobre a boa-fé objetiva – que juridiciza deveres éticos e objetiva a apuração da correção de comportamentos – no âmbito do Direito Administrativo sempre me pareceu restrita. Usa-se apenas uma de suas facetas, que é a corretiva, a impedir o *venire contra factum proprium*. As perspectivas de interpretação e de integração não são, em regra, consideradas ou estudadas.

Da incidência boa-fé objetiva – sob a perspectiva da integração – e da implementação de um Estado consensual, parece surgir para os potenciais contratantes mais do que uma mera faculdade de impugnar os atos; é possível que nasça um certo ônus de discutir a legalidade do agir da Administração, da formação de sua vontade e a própria adequação do conteúdo das cláusulas contratuais para o atingimento das finalidades perseguidas pelo contrato que pretende firmar.

A premissa é de que as consequências a que se refere a LINDB para análise prévia à decretação de invalidade não são apenas aquelas de ordem financeira e econômica. O ordenamento jurídico privilegia diversos valores que, a despeito de custosos sob uma perspectiva monetária, devem prevalecer, pois o seu sacrifício seria social e eticamente mais danoso.

A compreensão pode, hipoteticamente, ser a de que o cumprimento desses deveres anexos, que decorrem da boa-fé objetiva e que positivam o comportamento ético das partes ao longo do contrato, deve ser ponderado, podendo-se chegar a situações em que financeiramente seria melhor manter-se o contrato, todavia, no extremo oposto, e sem prejuízo de soluções medianas que se

mostrem cabíveis, a anulação poderá ser a medida mais adequada, pois a estabilização poderia funcionar com um incentivo à prática comportamentos contrários à eticidade esperada nas relações.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

2.1 Quais são as hipóteses mais frequentes de nulidade de contrato administrativo?

A fonte de pesquisa para a análise das hipóteses mais frequentes de nulidade de contratos administrativos, em princípio, é a partir da jurisprudência, tanto do Judiciário como dos Tribunais de Contas, de onde é possível captar não só uma amostra do que é mais frequente, como, ainda, dos argumentos comumente lançados pelos interessados. Há, ainda, as situações que se restringem ao âmbito interno da Administração, que, pela experiência, aparentam ser mais ricas e oferecer maior possibilidade de percepção dos reais motivos, mas que são de mais difícil acesso, daí porque a opção pela jurisprudência, que pode ser acessada por consulta aos *sites* dos tribunais, sem prejuízo de, ao longo da pesquisa, identificar eventuais casos internos no âmbito da Administração Municipal.

2.2 Em que medida o(s) caso(s) hipotético(s) refletem realidade sobre a boa-fé pelos particulares nos casos de nulidade de contratos administrativos e qual a resposta oferecida pela Administração e o que tem sido considerado pela Administração para imputar a nulidade ao particular?

O enfrentamento desse aspecto se dará mediante a análise comparativa das situações hipotéticas, adaptadas de casos reais para servirem de laboratório e tomadas como referência, com aquelas encontradas na jurisprudência e/ou na prática para responder à questão anterior.

2.3 Existe, juridicamente, um dever de diligência e de colaboração no controle da licitude e da regularidade das contratações públicas para quem contrata com o poder público?

- Existem previsões legais desse dever de diligência?

A fonte de pesquisa inicial para responder à questão é a consulta à legislação especializada e geral, bem como à doutrina e à jurisprudência, a fim de que se possa compreender os limites da interpretação e de seu alcance.

2.4 A exigência do dever de diligência depende lei?

- É possível afirmar que esse dever de diligência advém da boa-fé objetiva?
- Se positivo, qual a extensão desse dever de diligência quando se trata de contratação com a Administração Pública e quais consequências em caso de inobservância?
- Quais os efeitos de seu descumprimento em caso de declaração de nulidade?

A resposta a tais questões pode ser obtida mediante consulta à doutrina e à jurisprudência, com aplicação aos casos adotados como referência, a fim de identificar se é possível concluir que há necessidade de norma específica ou se é possível que esse potencial dever de diligência decorra da boa-fé objetiva, em especial de sua função integrativa, incida sobre situações concretas, e, em caso de conclusão positiva, qual a sua extensão desse dever e os potenciais efeitos de seu descumprimento.

2.5 Que cautelas deve o particular adotar para assegurar a preservação dos efeitos do contrato mesmo na hipótese de sua nulidade?

A indicação das cautelas a serem recomendadas aos particulares decorrerá das conclusões obtidas no quesito anterior, pois é quando restará esclarecido se o dever de diligência existe, a sua extensão e as consequências, a fim de que se possa oferecer uma recomendação concreta acerca das cautelas a serem adotadas por aquele que pretende contratar com a Administração Pública e ver-se mais protegido contra investidas para anulação do negócio jurídico.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O tema, na prática, interessa à Administração e aos particulares, pois a existência, ou não, do dever, bem como sua eventual extensão, traz implicações tanto para a aferição da imputabilidade da nulidade quanto para a realização do sopesamento das consequências da decretação de invalidez exigido pela lei. Além disso, servirá para orientar as práticas preventivas e repressivas.

Os contratos captam realidades fáticas e econômicas, inserindo-os no mundo jurídico, criando deveres e obrigações positivados no instrumento, com a finalidade de garantir estabilidade e segurança às partes.

No âmbito das contratações públicas há uma tendente redução das prerrogativas da Administração, com indicações de maior aproximação entre os regimes público e privado. A boa-fé objetiva é princípio amplamente aplicado aos contratos privados (art. 422, CC/02), com funções interpretativa, integrativa e corretiva, que também incide sobre as contratações públicas, mas que é pouco explorado nesta seara.

Da boa-fé objetiva, como norma que é, decorrem – de sua função integrativa – deveres anexos (cooperação, lealdade contratual, informativos, de proteção, etc.), que, embora indeterminados, são determináveis caso a caso, tanto na fase pré-contratual (a licitação, no caso das contratações públicas) quanto no momento da execução e do encerramento, tanto para o contratante quanto para o contratado.

No âmbito do contrato administrativo, o estudo e a aplicação da boa-fé tem se restringido à função corretiva, de proteção à confiança e proibição ao *venire contra factum proprium*, seja para impedir o exercício de prerrogativas pelo poder público ou para inviabilizar o exercício de direitos pelo particular que se manteve inerte ou que adotou comportamento contrário a esta pretensão. Além disso, mesmo nos contratos, seu tratamento e aplicação dá-se, em grande parte, com base na lógica do ato administrativo unilateral, como decorrência do princípio da moralidade administrativa ou do disposto na Lei Federal de Processo Administrativo.

O dever de diligência do particular é previsto expressamente em ao menos dois dispositivos legais: **(i)** o art. 33, *caput* e § 1º, da LRF prevê que a instituição financeira que contratar operação de crédito com ente da federação “*deverá exigir a comprovação de que a operação atende às condições e limites estabelecidos*”; **(ii)** o art. 25, § 2º, prevê que o particular contratado sob inexigibilidade responde solidariamente pelo superfaturamento. Sob a égide da boa-fé subjetiva, com bastante restrições, Marçal Justen Filho já apontava para um dever do particular de manifestar-se sobre as nulidades que não tenha concorrido, quando conhecesse ou tivesse um dever conhecer.

Um linha argumentativa é a de que, embora a fiscalização seja uma faculdade geral, se não houver previsão legal não se pode imputar o dever ao particular e tomar consequências em seu desfavor, especialmente porque os atos editados pela Administração Pública, inclusive o contrato, estes gozam de presunção de legalidade, o vale também em favor do administrado.

O dever de diligência não parece ser geral, pois não se pode transformar o particular em mais um controlador e não se desconhece que, reconhecido esse dever, o particular tenderá a precificá-lo. No entanto, é preciso admitir que, tal como ocorre nos contratos privados, do princípio da boa-fé objetiva, em sua finalidade integrativa, advém deveres que não ficam restritos à literalidade do contrato ou às hipóteses taxativas da legislação, dos quais decorrem algum dever de diligência e de colaboração no controle da legalidade e da regularidade.

Da incidência boa-fé objetiva e da implementação de um Estado consensual, parece surgir para os potenciais contratantes mais do que uma mera faculdade de impugnar os atos; parece nascer um certo ônus de discutir a legalidade e a própria adequação do conteúdo das cláusulas contratuais para o atingimento das finalidades perseguidas pelo contrato que pretende firmar.

Há situações extremas em que, apesar de não se poder imputar ao particular uma conduta dolosa ou de má-fé sob uma perspectiva subjetiva, resta evidenciado o descumprimento de um dever mínimo de diligência que, sob uma perspectiva ético-jurídica, permite a imputação de responsabilidade. Por exemplo: **(i)** a ausência manifesta de disponibilidade do Edital, que o próprio contratado arguiu, mas, ao final, foi relevada pelo pregoeiro em favor dele, adjudicando-lhe o contrato; **(ii)** a omissão de informação que, a despeito de exigida na literalidade do contrato, não poderia ser conhecida pela Administração e era essencial para a correta análise de reequilíbrio econômico concedido em percentual superior ao devido, com posterior identificação do ocorrido.

O caráter inovador e o potencial impacto para a prática jurídica parece ser a percepção de que o cumprimento desses deveres anexos, que decorrem da boa-fé objetiva e que positivam o comportamento ético esperado das partes ao longo da relação contratual, desde a fase prévia, pode e deve ser ponderado para aferir a imputabilidade ou não da nulidade ao contratado e as consequências de sua eventual desobediência, nos casos em que forem identificadas potenciais razões para decretação de nulidade.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Escolher um tema com base em familiaridade, pela minha experiência profissional, não é fácil, uma vez que há muito atuou no contencioso com as mais diversas matérias da área cível e administrativa, sem maior especialização.

A declaração de nulidade de contratos administrativos e aditivos pela Administração, especialmente após auditorias internas, e suas consequências, no entanto, é tema que já enfrentei algumas vezes, tanto no âmbito judicial quanto no consultivo da Procuradoria Geral do Município. Como advogado privado, também já me deparei com circunstâncias de licitações em que nulidades – inclusive o direcionamento da licitação para um concorrente – eram de tal modo evidentes que me questionei em que medida a empresa poderia se dizer de boa-fé em caso de posterior declaração de nulidade e quais as consequências daí adviriam.

5. Bibliografia preliminar

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Contratos Administrativos nos Dias Atuais”, em Revista Interesse Público, vol. 90, Belo Horizonte, Fórum, mar./abr. 2015, pp. 37-62.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>>. Acesso em: 10 Jul. 2019.

BITENCOURT NÓBREGA, F. F. Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise econômica da boa-fé objetiva. **Economic Analysis of Law Review**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 170, 2012. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com.sbproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=116702586&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BONFIM, Daniela Santos. *A fundamentação jurídica da oponibilidade dos contratos perante Terceiros* [Tese de Doutorado]. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2018, p. 193.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

LIRA, Ricardo Pereira e CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A boa-fé objetiva administrativa e a interpretação dos contratos administrativos: a concretização da função pública. **Quaestio Iuris (QI)**, [s. l.], v. 8, p. 2670, 2015. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com.sbproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=113314546&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

ORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>>. Acesso em: 10 Jul. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES, Pedro Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. "A Banalização do Instituto do Convalidação no âmbito dos Contratos Administrativos." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 49, 2006, pp. 101.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>>. Acesso em: 10 Jul. 2019.

SILVA, Clovis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

6. Cronograma de execução

