

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ANDRÉ LUIZ FREIRE

**MANUTENÇÃO E RETIRADA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
INVÁLIDOS**

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

SÃO PAULO

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ANDRÉ LUIZ FREIRE

**MANUTENÇÃO E RETIRADA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
INVÁLIDOS**

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sub-área Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

SÃO PAULO

2007

BANCA EXAMINADORA:

*À minha família:
Astrid, minha amada mãe,
Luciano,
Fernando e
Ana Carolina.*

*Ao amor da minha vida,
Camila.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido realizado sem que algumas pessoas tivessem colaborado de forma direta ou indireta na sua elaboração.

Em primeiro lugar, eu não poderia deixar de agradecer à minha família, pelo carinho e apoio incondicional que sempre me deram. Minha amada mãe Astrid, meu “paidrasto” Luciano, meu irmão Fernando e minha irmãzinha Ana Carolina foram fundamentais para que esta dissertação viesse a lume. Além deles, teria sido impossível enfrentar essa jornada sem o amor e a compreensão da minha Camila, que também foi uma criteriosa revisora do texto.

Também sou grato à Zênite Informação e Consultoria S/A, presidida pelo Dr. Renato Geraldo Mendes, que sempre me deu o suporte necessário à elaboração deste trabalho. Também sou muito grato a todos os colegas de trabalho.

Ademais, vários foram os amigos em Curitiba que me incentivaram e me auxiliaram de diversas maneiras. O mesmo pode ser dito em relação aos grandes amigos que fiz na Pós Graduação da PUC/SP e com quem muito aprendi. A todos fica o meu agradecimento.

Todavia, quanto aos amigos de São Paulo, não poderia deixar de fazer menção expressa a Bruno Pierin Furiati e a Paula Bogoni, na casa de quem sempre fui recebido como se minha fosse.

Há duas grandes professoras que me influenciaram de forma marcante e a quem devo agradecer: no Paraná, à Prof.^a Angela Cassia Costaldello, da Universidade Federal do Paraná, que muito me ajudou desde o início do Mestrado; em São Paulo, à Prof.^a Weida Zancaner, de quem tive o privilégio de ser assistente no curso de Direito da PUC/SP.

Por fim, agradeço especialmente ao insuperável mestre, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, que me deu a grande honra de orientar esta dissertação.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discorrer sobre as formas de manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos.

Ao se partir da premissa de que um contrato administrativo, tal como qualquer outro ato jurídico, introduz normas jurídicas no sistema jurídico-positivo, será preciso antes de tudo saber quando uma norma existe para o ordenamento jurídico, bem como quando ela será considerada válida ou inválida. Além disso, será importante apontar o sentido do termo “eficácia”.

Em seguida, indicar-se-á o conceito de contrato administrativo a ser adotado neste trabalho, procurando analisá-lo a partir dos elementos e pressupostos do ato administrativo, o que se revelará bastante útil ao se estudar a convalidação dos contratos administrativos inválidos.

Depois de se apresentar o conceito de invalidade e suas espécies no direito brasileiro, abordar-se-á as hipóteses de manutenção, no direito positivo, dos contratos administrativos inválidos, quais sejam, a convalidação, a conversão e o saneamento.

Ao final deste trabalho, a invalidação e a sustação dos contratos administrativos inválidos pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas — que são formas de retirada de contratos administrativos inválidos — serão objeto de estudo.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to argue about the ways to continue or terminate with the agreements executed by the Estate (or its companies) that were declared invalid (“Administrative Contracts”).

Starting from the premise that Administrative Contracts, as any other legal actions, insert normative rulings on the statutory law system, it is necessary to know whenever they will be considered valid or not valid. Therefore, it shall be important, under this work, to clarify the sense of the word ‘effectiveness’.

Afterwards, it will be stated the concept of Administrative Contract that is adopted herein, which is based on the principles and prerequisites of the public actions. This shall be useful for the discussion of the revalidation of the invalid Administrative Contract.

Once we present, according to the Brazilian law, the concept of the ‘invalidity’ and its varieties, it will broach the hypotheses for the maintenance of an invalid Administrative Contract on the statutory law, which are the revalidation, the conversion and the remedy.

At last, the invalidation and the suspension of the enforcement of an invalid Administrative Contract by the Legislative Branch and by the Public Finance Court – which both are means to cancel invalid Administrative Contracts – shall be object of our analysis.

SUMÁRIO

<i>Introdução</i>	XII
Capítulo I — Da existência, validade e eficácia das normas jurídicas	1
1. Considerações iniciais	1
2. Existência (pertinência) e validade das normas jurídicas	3
3. Critério de identificação das normas jurídicas	7
4. Eficácia das normas e dos fatos jurídicos	14
Capítulo II — Contrato administrativo: noções gerais	18
1. Considerações iniciais	18
2. Definição de ato administrativo bilateral	19
2.1. <i>Ato administrativo enquanto ato jurídico</i>	19
2.1.1. Ato jurídico e direito privado.....	19
2.1.2. Definição de ato jurídico.....	23
2.2. <i>Definição de ato administrativo</i>	27
2.3. <i>Ato administrativo unilateral e bilateral</i>	30
3. Definição de contrato administrativo	32
4. Elementos e pressupostos dos contratos administrativos	37
4.1. <i>Elementos do contrato administrativo</i>	38
4.2. <i>Pressupostos de existência do contrato administrativo</i>	40
4.3. <i>Pressupostos de validade do contrato administrativo</i>	42
4.3.1. Pressuposto subjetivo (sujeito).....	42
4.3.2. Pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais).....	43
4.3.3. Pressuposto teleológico (finalidade).....	46
4.3.4. Pressuposto lógico (causa).....	47
4.3.5. Pressuposto formalístico (formalização).....	48
Capítulo III — Da invalidade do ato e do contrato administrativo	50
1. Definição e tipos de invalidade	50
2. Definição de ato e contrato administrativo inválido	51

3. Espécies de atos e contratos administrativos inválidos e seu regime jurídico.....	52
3.1. Colocação do problema. Classificações existentes.....	55
3.2. Critério para a classificação dos atos inválidos.....	55
3.3. Classificação adotada.....	57
3.3.1. Ponto de partida.....	57
3.3.2. Atos inexistentes.....	59
3.3.3. Direito de resistência.....	62
3.3.4. Posicionamento adotado: atos nulos e anuláveis.....	65
4. Invalidade do ato e do contrato administrativo: plano abstrato e concreto.....	66
<i>Capítulo IV — Da manutenção dos contratos administrativos inválidos.....</i>	<i>71</i>
1. Hipóteses de manutenção dos atos e contratos administrativos inválidos.....	71
2. Fundamento do dever de manter os atos e contratos administrativos inválidos.....	73
3. Manutenção dos atos e contratos inválidos: ausência de discricionariedade.....	75
4. Da competência constitucional para disciplinar as formas de manutenção dos contratos administrativos inválidos.....	78
<i>Seção I — Da manutenção ativa: convalidação de contratos administrativos inválidos.....</i>	<i>81</i>
5. Definição de convalidação.....	81
6. Objeto da convalidação.....	83
7. Limites à convalidação.....	86
8. Contratos convalidáveis.....	90
8.1. Vício de sujeito.....	90
8.2. Vício de formalização.....	93
8.3. Vício de requisitos procedimentais.....	96
9. Contratos inconvalidáveis.....	97
9.1. Vício de motivo.....	98
9.2. Vício de conteúdo e de objeto.....	99

9.3. Vício de finalidade.....	101
9.4. Vício de causa.....	101
Seção II – Da manutenção ativa: conversão de contratos administrativos	
inválidos.....	102
10. Conversão: definição e cabimento.....	102
Seção III — Da manutenção passiva: saneamento de contratos administrativos	
inválidos.....	105
11. Definição de saneamento.....	105
12. Saneamento: hipóteses.....	107
12.1. Manifestação do destinatário do ato.....	107
12.2. Decadência.....	109
12.3. Prejuízo com a retirada superior ao gerado pela manutenção do ato	
inválido.....	115
Capítulo V — Da retirada dos contratos administrativos inválidos.....	123
1. Hipóteses de extinção dos atos e contratos administrativos inválidos.....	123
Seção I – Da invalidação dos contratos administrativos.....	127
2. Definição de invalidação. A invalidação dos contratos administrativos.....	127
3. Fundamento do dever de invalidar e ausência de discricionariedade.....	128
4. Limites ao dever de invalidar.....	130
5. Invalidação: caráter constitutivo.....	132
6. Motivo da invalidação.....	134
7. Objeto da invalidação.....	135
8. Sujeitos da invalidação.....	137
9. Procedimento administrativo invalidador.....	138
10. Efeitos da invalidação dos contratos inválidos.....	141
10.1. Efeitos da invalidação.....	142
10.2. Efeitos patrimoniais do contrato inválido.....	145
10.2.1. Responsabilidade objetiva da Administração.....	145
10.2.2. Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.....	150
Seção II – Da sustação dos contratos inválidos pelo Poder Legislativo e pelos	

<i>Tribunais de Contas</i>	156
11. Considerações iniciais	156
12. Nota sobre a natureza jurídica do Tribunal de Contas	158
13. Controle de legalidade, legitimidade e economicidade	160
14. Competência para promover a sustação do contrato	164
15. Sustação pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas: ato de retirada?	169
16. Sustação e invalidação do contrato: semelhanças e diferenças	171
<i>Capítulo VI — Síntese conclusiva</i>	175
1. Da existência, validade e eficácia das normas jurídicas	175
2. Contrato administrativo: noções gerais	176
3. Da invalidade do ato e do contrato administrativo	179
4. Da manutenção dos contratos administrativos inválidos	181
5. Da retirada dos contratos administrativos inválidos	186
<i>Referências bibliográficas</i>	195

INTRODUÇÃO

Um assunto que não tem sido objeto de estudo pelos juristas é o relativo às formas de manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos. No que se refere à conservação de contratos, quando muito, há escassas referências doutrinárias acerca da possibilidade de convalidação. No que tange à retirada, são poucos os trabalhos que abordam a questão de forma mais aprofundada.

De modo geral, a doutrina costuma enfrentar o problema apenas sob o ponto de vista do ato administrativo unilateral, principalmente no que se refere à invalidação e à convalidação. Aliás, há valiosos estudos nesse sentido.

É possível que essa escassa produção científica sobre o tema aplicado aos contratos inválidos se afigure estranha para o leitor, tendo em vista a grande relevância prática que possui. Não há dúvidas de que o encerramento prematuro do contrato pode resultar em graves prejuízos para o interesse público. Além do gasto com a nova licitação, não haverá o desfrute, dentro do prazo inicialmente estipulado, dos benefícios que seriam obtidos com o contrato inválido. Aliás, essa é a opção otimista, pois não raro (principalmente em obras públicas) o objeto contratual fica inacabado.

Por outro lado, a invalidação do ajuste traz sérios problemas para o contratado. Infelizmente, não é incomum encontrar casos em que a Administração se nega a pagar o particular sob o argumento de que o ato inválido não surte efeitos, sendo incabível qualquer indenização.

É possível que essa ausência de obras científicas específicas tenha uma razão específica: a dificuldade do tema. O jurista, ao enfrentar o assunto, deverá antes ter passado pela teoria geral do direito e pela teoria dos atos administrativos, o que não é tarefa das mais fáceis, tendo em vista a complexidade dessas matérias. Depois, deverá voltar os olhos para a realidade contratual, que apresenta algumas peculiaridades se comparado com os atos unilaterais.

Neste estudo, busca-se justamente refletir sobre o tema. Pretende-se discorrer acerca das hipóteses em que o contrato inválido deverá ser mantido no sistema

jurídico-positivo, quando deverá ser retirado e as conseqüências dessas condutas.

Para realizar tal empreitada, faz-se necessário entrar, inicialmente, no terreno da teoria geral do direito. Por tal razão, o Capítulo I aborda a questão da existência, da validade e da eficácia das normas jurídicas.

No Capítulo II, será apresentado o conceito de contrato administrativo com o qual se trabalhará. Neste momento, serão estipulados os conceitos de ato jurídico e ato administrativo, bem como sua relação com o contrato administrativo. Este, por sua vez, será analisado a partir de seus elementos e pressupostos, o que permitirá melhor visualizar os vícios que o maculam.

Antes, porém, de entrar no tema da manutenção e retirada, será necessário dizer quando um contrato será inválido e quais são as espécies de invalidade. Aqui, faz-se referência à classificação dos atos inválidos em nulos e anuláveis e seu regime jurídico. Isso será enfrentado no Capítulo III.

Em seguida, no Capítulo IV, serão abordadas as formas de manutenção dos contratos inválidos, mais especificamente a convalidação, a conversão e o saneamento. Neste Capítulo, o objetivo será o de apresentar os fundamentos e as condições em que um contrato administrativo inválido poderá permanecer no sistema e qual a via adequada para tanto.

O objeto do Capítulo V será a retirada dos contratos inválidos. O aspecto principal será, sem dúvida, a invalidação dos contratos. Assim, dentre outros pontos, serão abordados os motivos, os sujeitos, o objeto e os efeitos da invalidação. Porém, tendo em vista o sistema constitucional brasileiro, será abordado outro tema, pouco mencionado pela doutrina: o da sustação dos contratos inválidos pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas.

No Capítulo VI, serão apresentadas as conclusões a que se chegou nesta dissertação e, ao final, nas Referências Bibliográficas, serão arroladas as obras dos juristas que foram citados ao longo do trabalho.

CAPÍTULO I — EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

1. Considerações iniciais

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas) que se relacionam entre si e cuja eficácia é assegurada por sanções institucionalizadas.¹ Em termos pragmáticos, o ordenamento jurídico tem como nota a *imperatividade*, ou seja, a possibilidade de se impor um comportamento aos destinatários das normas independentemente da sua vontade ou adesão espontânea.²

O sistema jurídico — além de ser *proposicional nomoempírico prescritivo*³ — é do tipo *dinâmico*: “as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou”.⁴ Uma norma é, ao mesmo tempo, o resultado da execução da norma superior e o fundamento para a criação de novas normas (excetuado o primeiro ato de criação e o último ato de mera execução jurídica).⁵ Ressalte-se que é o

¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 27 e ss.; ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 4. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 106.

² “Uma norma é vinculante ou tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do endereçado, portanto, a possibilidade de produzir efeitos *imediatos*, inclusive sem que a verificação da sua validade o impeça. Por exemplo, pode ocorrer, num caso extremo, um ato administrativo inválido (a expropriação estabelecida por uma autoridade absolutamente incompetente) que será impugnado pelo endereçado, mas, entretantes, o seu direito de propriedade fica extinto, não podendo ele gozar do bem expropriado, nem impedir modificações físicas, não cabendo à autoridade suportar os riscos eventuais se o bem perecer. Percebe-se que a imperatividade afeta imediatamente o problema da legitimidade do direito” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 134).

³ O sistema de direito positivo consiste num *sistema proposicional nomoempírico prescritivo*. É, portanto, composto por proposições (o que pressupõe linguagem), e não por objetos extralingüísticos, reais e sociais (diferindo, portanto, dos sistemas reais). Por ser sistema nomoempírico, suas proposições fazem referência aos dados da experiência, e não a entes ideais (como ocorre nos sistemas nomológicos). Por fim, o sistema de direito positivo tem função prescritiva, “porque, ao contrário dos sistemas nomoempíricos descritivos, o ordenamento jurídico é não apenas aberto aos dados da experiência e por eles condicionado, mas exerce também a função principal de controlá-los e dirigi-los diretamente” (NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16).

⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 72.

⁵ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 261.

sistema jurídico-positivo que estabelece as normas que fundamentam a validade de outras e o modo como elas são produzidas.

O ordenamento jurídico, por ser sistema dinâmico, está estruturado hierarquicamente, repousando sua unidade (que é sintática, formal⁶) no complexo normativo originário, para adotar a terminologia de MARCELO NEVES.⁷ Este autor aponta que, tendo em vista a dinamicidade do sistema jurídico-positivo, é possível que nele convivam normas válidas e inválidas, até que uma delas (ou ambas) seja expulsa do sistema. Logo, a consistência e a coerência não são condições necessárias para a existência do ordenamento jurídico.⁸

Os contratos administrativos são normas jurídicas.⁹ Normas individuais e concretas produzidas pela Administração Pública e terceiros, mas normas jurídicas. Dessa forma, as prescrições contratuais — uma vez observadas as regras de admissão previstas pela ordem jurídica — fazem parte desse sistema dinâmico (que não é, pois, consistente e coerente). Isso significa que o ordenamento jurídico pode abrigar normas contratuais válidas e inválidas. Aliás, por serem dotados de imperatividade, os contratos inválidos ainda não expulsos do ordenamento jurídico serão fontes de efeitos

⁶ “Do ponto de vista semiótico, a unidade do ordenamento jurídico é puramente sintática, ou seja, decorre da vinculação, direta ou indireta, de todas as normas do sistema ao núcleo normativo originário (institui os órgãos e/ou fatos costumeiros básicos de produção jurídica), sendo irrelevantes o conteúdo das mensagens normativas e os fins dos seus emitentes-destinatários. A diversidade de matérias reguladas pelo ordenamento impossibilita-lhe a unidade semântica: há uma pluralidade semântica decorrente da heterogeneidade de conteúdos normativos. Também inexistente unidade do ponto de vista pragmático, o que resulta da pluralidade de interesses e fins entre emitentes e destinatários. Do lado dos emitentes, os vários órgãos do Estado (Legislativos, Executivos e Judiciários), principalmente na estrutura liberal da ‘divisão’ de poderes, são motivados por ideologias e interesses os mais diversos, muitas vezes divergentes ou conflituosos. Do lado dos destinatários, o âmbito pessoal de vigência das normas diversifica-se e, além disso, em virtude da desuniformidade de situação social (*lato sensu*), as suas atitudes são as mais díspares, observando-se desde a contestação radical à aprovação absoluta, assim como a indiferença. É inegável, porém, que a unidade do ordenamento, enquanto propriedade sintática, respalda-se em uma característica pragmática das normas jurídicas: a imperatividade” (NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 26).

⁷ “A unidade [do ordenamento jurídico] é conferida pelo núcleo normativo que institui os órgãos e/ou fatos (costumeiros) básicos de produção jurídica. Isto é, a unidade resulta da possibilidade de qualquer norma do ordenamento derivar, regular ou irregularmente, deste núcleo” (*idem*, p. 23).

⁸ Aliás, seguindo a lição do autor (*idem*, p. 34), convém acrescentar que, sendo sistema nomempírico prescritivo (e não teórico, como no caso da ciência do direito), não há a necessidade de se observar a lei lógica da não-contradição.

⁹ Em verdade, os contratos administrativos são instrumentos introdutores de normas jurídicas, tal como a Constituição é veículo introdutor de normas constitucionais, e a lei, de normas legais. Logo, o contrato administrativo (como qualquer ato jurídico) não é a própria norma jurídica. Essa idéia será melhor desenvolvida no Capítulo II. Por enquanto, a fim de facilitar a exposição do tema, a expressão “contrato administrativo” será utilizada como sinônimo de “norma contratual”.

jurídicos.

Em vista das considerações acima realizadas, o leitor já deve ter percebido que, sendo o contrato administrativo uma norma jurídica, o estudo das conseqüências jurídicas decorrentes da sua invalidade passa, necessariamente, pelo campo da teoria geral do direito. Não há como abordar o assunto objeto desta dissertação sem o socorro de alguns dos conceitos fundamentais fornecidos por esse setor do conhecimento jurídico.

Assim, antes de tratar das formas de manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos, é preciso saber: (a) qual o sentido dos vocábulos “existência” e “validade”; (b) quando uma norma passa a integrar o sistema jurídico-positivo (e também quando deixa de fazer parte dele); e, (c) o que é eficácia jurídica. Esses assuntos serão abordados neste Capítulo.

2. Existência (pertinência) e validade das normas jurídicas

Um dos temas mais debatidos pelos cientistas do direito é o da *validade* das normas jurídicas. Dentre os problemas que envolvem a questão, há aquele relativo ao uso diversificado que se faz desse termo.

É conhecida a posição de KELSEN, para quem validade significa a existência específica das normas jurídicas. “Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou — o que redundaria no mesmo — pressupomos que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula”.¹⁰ A norma, por sua vez, será válida se for possível fundamentar sua existência na norma fundamental pressuposta no sistema.¹¹

Nessa linha, aponta PAULO DE BARROS CARVALHO que validade

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43. Também é essa a linha seguida por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “No plano normativo, a existência se confunde com a própria validade da norma. Uma norma será jurídica enquanto juridicamente vale. Conseqüentemente, a afirmação de que uma norma jurídica só existe enquanto é válida equivale à afirmação de que, juridicamente, a existência da norma se define pela sua validade. Existência e validade da norma jurídica são, assim, termos equivalentes” (BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 62).

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 163.

expressa uma relação entre uma norma e o sistema. Nas palavras do autor:

“A validade não deve ser tida como predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’ a norma ‘n’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’. Ser norma é pertencer ao sistema, o ‘existir jurídico específico’ a que alude Kelsen”.¹²

Assim, se uma norma pertencer ao sistema de direito positivo, conforme os critérios de admissão previstos para tanto, então ela será *válida*, ela existirá para o direito positivo. Validade é, nessa linha, uma *relação de pertinência* com o sistema jurídico-positivo.

Há autores, por outro lado, que conferem à expressão “validade” um sentido diverso, qual seja, a relação de conformidade da norma inferior com a norma superior.¹³ Afirmar que uma norma é *válida* importa reconhecer que o seu conteúdo se encontra adequado às normas superiores, bem como que as normas disciplinadoras do seu processo de produção foram observadas. Norma jurídica *inválida*, por seu turno, é aquela produzida em desconformidade com as normas superiores, tanto no aspecto formal como no material. Por conseguinte, validade, aqui, exprime *relação de compatibilidade entre normas jurídicas que se encontram em planos hierárquicos diversos*.

Essa noção de validade pressupõe que as normas pertençam ao ordenamento jurídico. Justamente por isso, diz-se que somente serão válidas ou inválidas normas jurídicas que *existam* no sistema.

É conhecida a separação — feita por PONTES DE MIRANDA — do mundo jurídico (que é aquele formado pelos fatos jurídicos) em três planos: *existência*, *validade* e *eficácia*. No plano da existência, que é o plano do “ser”, encontram-se

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

¹³ Por todos, vide CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. 6. reimp. atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1997, t. I, p. 465 e ss.

todos os fatos jurídicos (lícitos e ilícitos). No plano da validade, há os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, os quais poderão ser válidos ou inválidos (conforme o suporte fático seja ou não eficiente). Por fim, o plano da eficácia é o setor do mundo jurídico em que os fatos jurídicos produzem efeitos (direitos, deveres, pretensões etc.). Somente os atos jurídicos que existem no mundo jurídico é que podem ser válidos ou inválidos; do mesmo modo, somente fatos jurídicos existentes podem produzir efeitos.¹⁴

MARCELO NEVES, embora adote os elementos teóricos da distinção de PONTES DE MIRANDA em *existência* e *validade*, procura reinterpretá-los quando da sua aplicação às normas jurídicas. Para o jurista, o conceito de existência em PONTES DE MIRANDA é um “índice de seus pressupostos naturalistas”. As normas jurídicas, enquanto proposições prescritivas, não se encontram no plano do ser; as normas são, em verdade, “estruturas de significação deontica (*dever ser*), condicionadas e condicionantes de um determinado contexto fático-ideológico. Apesar de fundadas na realidade e a ela dirigidas, não têm existência real, mas sim autoconsistência significativa”.¹⁵ Em virtude disso, prefere utilizar o termo *pertinência*, a fim de designar a norma que integrou (regular ou irregularmente) o sistema jurídico-positivo e que ainda não foi expulsa dele.

Caso se procure ser fiel aos termos adotados na lógica (deontica) formal, de fato, validade significará relação de pertinência com o sistema. As proposições são válidas ou inválidas, conforme pertençam ou não ao ordenamento jurídico. Norma jurídica válida é norma existente; norma inválida não é norma *jurídica*, mas sim norma que não faz parte do ordenamento jurídico.

Entretanto, adotar o termo “validade” com o sentido de pertinência ao sistema pode levar a confusões, as quais seriam contornáveis se fosse estipulada outra significação para o vocábulo.

¹⁴ “Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não-ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (...). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. IV, p. 15). No mesmo sentido, vide: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95 e ss.

Um exemplo desse inconveniente no âmbito do direito administrativo seria o de reconhecer que, na categoria dos atos administrativos inválidos, não se encontram apenas os atos com vícios de legalidade, mas também todos os atos administrativos que não pertencem mais ao sistema, o que pode ocorrer, por exemplo, pelo cumprimento dos seus efeitos ou pela revogação. Assim, um ato administrativo regularmente produzido e que cumpriu normalmente todos os seus efeitos seria, dentro dessa concepção, inválido. O mesmo se pode dizer do ato revogado. Se eles não existem mais para o direito positivo, então são inválidos — apesar da ausência de vício de legalidade.

A utilização do vocábulo “validade” como sinônimo de existência traz ainda outro incômodo. A doutrina aponta como motivo da invalidação dos atos administrativos a sua invalidade, no sentido de não compatibilidade com a norma legal. Dessa forma, seria necessário distinguir a invalidade enquanto não pertinência ao sistema (o que ocorreria após a invalidação) e a invalidade como incompatibilidade do ato com a norma superior (motivo da invalidação).

Pretende-se apenas afirmar que, se os termos da lógica deôntica forem trazidos para o direito, é verdade que validade significa pertinência ao sistema jurídico (seria possível até chamar tal relação de “validade lógica”). Todavia, *não parece ser útil, no âmbito do direito, atribuir ao termo “validade” esse conceito*.¹⁵ Tal uso pode levar, repita-se, a confusões tão-somente semânticas, que seriam eliminadas se fossem utilizados termos distintos. Lembre-se que qualquer proposta de classificação deve se orientar pela sua utilidade para os fins cognoscitivos a que se propõe o cientista. Assim, é melhor designar essa relação de pertinência da norma com o ordenamento por outra palavra, qual seja, “existência” (ou “pertinência”), reservando “validade” para a relação de conformidade entre normas superiores e inferiores.

No exemplo acima citado, basta dizer que, com o cumprimento dos seus efeitos e com a revogação, o ato administrativo (que era válido) não pertence mais ao

¹⁵ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 42.

¹⁶ Neste estudo, “conceito” e “noção” serão adotados indistintamente. Por “definição”, entende-se, aqui, a indicação da significação de uma palavra. Assim, o sujeito, ao definir, aponta o conceito do termo *definiendum*.

ordenamento, ele não mais existe juridicamente. Já o ato produzido de forma inválida (ou seja, em desconformidade com a norma superior) será objeto de invalidação, momento em que deixará de existir no sistema.

Em razão do exposto, neste trabalho, *existência* e *pertinência* têm o mesmo sentido, qual seja, *a relação de pertinência de uma norma com o sistema jurídico-positivo. Validade, por seu turno, quer significar a relação de conformidade de norma inferior com a norma superior.* Assim, somente serão inválidas as normas jurídicas que, existentes no sistema, forem incompatíveis com as normas que lhes são superiores. Entretanto, as normas inválidas (portanto, existentes) permanecem no sistema até que sejam expulsas, de acordo com os critérios nele previstos para tanto.¹⁷

3. Critério de identificação das normas jurídicas

Estipulado o sentido dos vocábulos “existência” e “validade”, cabe agora perguntar: quando uma norma jurídica poderá ser considerada *existente*? Ou seja, quais são os critérios necessários para identificar uma norma como pertencente ao sistema jurídico?

O tema não é puramente acadêmico; muito pelo contrário, tem relevância prática. Isso porque somente normas pertinentes ao sistema (ainda que inválidas) são fontes de efeitos jurídicos. Norma inexistente juridicamente é incapaz de gerar qualquer efeito. Logo, é preciso saber quando uma norma será considerada como pertencente ao sistema, pois somente ela será fonte de efeitos.

Cf. GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 3. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2004, p. 35 e ss.

¹⁷ Alguns doutrinadores do direito administrativo adotam ainda o termo “perfeição” no sentido de “existência” (cf. PONDÉ, Lafayette. O ato administrativo, sua perfeição e eficácia. *Revista de direito administrativo*, nº 29. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/setembro, 1952, p. 16-21). ODETE MEDAUAR (In: *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140) expõe que *perfeito* é “o ato administrativo que resultou do cumprimento de todas as fases relativas a sua formação, podendo, então, ingressar no mundo jurídico”. Vale frisar que os atos administrativos perfeitos podem ser válidos ou inválidos. Neste estudo, não será utilizado o vocábulo “perfeição”. Concorde-se com CARLOS ARI SUNDFELD quando aponta que a idéia de “perfeição” invoca um padrão de confronto, de modo que só se pode saber se um ato é perfeito em relação a um dado modelo. “Se tomarmos como padrão o da lei, teremos que só serão perfeitos os atos legais, e perfeição se confundirá com validade” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 19). Assim, para evitar possível confusão, simplesmente se afasta o termo “perfeição”.

ALCHOURRÓN e BULYGIN ensinam que, para selecionar as normas que pertencem ao sistema jurídico-positivo, os juristas adotam certos critérios, denominados *critérios de identificação*. Estes são os requisitos que uma norma deve reunir para que possa ser considerada pertencente ao sistema (advirta-se que esses autores adotam o termo “validade” no sentido de pertinência).¹⁸

Os critérios de identificação compreendem duas classes de regras: (a) *regras de admissão*, as quais prevêem as condições a serem preenchidas por uma norma para que venha a pertencer ao sistema; (b) *regras de rechaço*, que estabelecem os requisitos para que uma norma deixe de ser elemento desse sistema.

Essas regras de admissão e rechaço (ou *regras de exclusão*) são — segundo os autores citados — *regras conceituais*. São, portanto, definições que assumem a forma de *definições recursivas*: isto é, a partir da aplicação sucessiva de tais regras será possível identificar se uma norma é ou não válida (no sentido de existente).

ALCHOURRÓN e BULYGIN esclarecem que essas regras de admissão e de exclusão não se confundem com as normas de conduta e tampouco com as normas de estrutura. “*Las reglas conceptuales, en cambio, se limitan a regular el uso de un concepto (o de un término), pero no prohíben ni permiten nada*”.¹⁹

Como se pode perceber, os autores entendem que, por não se confundirem com as normas que compõem o sistema jurídico-positivo, cabe ao cientista do direito a escolha dos critérios de identificação (regras de admissão e exclusão) das normas jurídicas.²⁰

Não se concorda com os autores citados de que as regras de admissão e exclusão não sejam prescrições pertencentes ao sistema de direito positivo, que não

¹⁸ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 118 e ss.

¹⁹ *Idem*, p. 120.

²⁰ Na lição de GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI, por ser a ciência do direito uma metalinguagem descritiva de normas (a qual é a linguagem-objeto), cabe aos juristas identificar as normas que são válidas (no sentido de pertinência ao sistema), por meio de determinados critérios de reconhecimento. Logo, “*podría afirmarse que el mismo concepto de validez pertenece al metalenguaje*”. Para demonstrar isso, esses autores ainda fazem um paralelo da paródia do mentiroso, chamando-a de “paródia do invalidante”. “*Supongamos que una ley cualquiera incluyese un artículo con el siguiente texto: ‘La presente ley no debe considerarse válida’. En tal caso la validez de la ley traería aparejada su invalidez*” (GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*, p. 29).

tenham função normativa.²¹ Não cabe à ciência do direito ser a fonte em que os órgãos competentes irão se socorrer para identificar as normas existentes. Cabe à doutrina, com certeza, apontar que existem no sistema regras de admissão e rechaço e indicar qual o seu conteúdo. Nesse sentido, auxiliam a tarefa dos órgãos responsáveis por aplicar o direito. Mas, aquelas regras são jurídicas, fazem parte do sistema. Os órgãos competentes, portanto, buscam no próprio ordenamento os elementos para identificar a norma existente.

Entretanto, quais são essas regras de admissão e exclusão? Qual o seu fundamento jurídico?

CARLOS ARI SUNDFELD, ao abordar a questão quando do seu estudo sobre a invalidade do ato administrativo, escreve que uma norma jurídica é existente: “a) em primeiro lugar, porque é válida, isto é, conforme as disposições do sistema, que estabelecem as condições de sua produção. Neste caso, a juridicidade do ato decorrerá do sistema jurídico; b) em segundo lugar, porque, embora inadmitida pelo sistema, uma ordem é socialmente reconhecida como norma jurídica. Nesta hipótese, a juridicidade decorrerá da efetividade”.²²

Com efeito, para a análise da regra de admissão no sistema, há que se diferenciar as duas situações: a da norma válida e a da norma inválida.

No primeiro caso, não há muito que se comentar. Se a norma observou regularmente o seu processo de produção (normativamente disciplinado), então ela é existente, ela faz parte do sistema. Está apta para incidir sobre os fatos sociais e surtir os efeitos que lhe são próprios. Sob o ponto de vista pragmático, ninguém questiona sua *imperatividade*: já se sabe que, ante seu descumprimento, poderá ser aplicada uma

²¹ MARCELO NEVES (*In: Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 45) também entende que as regras de admissão e rechaço têm função prescritiva, “embora de forma indireta”.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 16. O posicionamento desse autor relativo à recognoscibilidade social da prescrição não deixa de se aproximar um pouco ao de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL (*In: Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 24 e ss.). A diferença é que, para CINTRA DO AMARAL, é a declaração estatal que, para existir (para ser perfeita), demanda o reconhecimento social, e não a norma jurídica (que é o sentido normativo objetivo conferido pela ordem jurídica à declaração estatal). Falar em norma jurídica (válida ou inválida) pressupõe a existência de uma declaração estatal (portanto, socialmente reconhecível como tal). O critério para se saber se uma declaração estatal é reconhecível como tal não é, segundo o próprio autor, jurídico.

sanção prevista no ordenamento.

O problema se coloca em relação à norma inválida. O critério adotado por CARLOS ARI SUNDFELD é pragmático: se ela for socialmente reconhecida pelos seus destinatários (o que inclui os agentes públicos, e não só os administrados) como *jurídica*, sendo, pois, acatada, então será norma existente no sistema. Para esse jurista, a existência da norma inválida repousa na *efetividade*.

Na lição do autor, a maioria dos problemas relativos à existência de atos inválidos é resolvida com fundamento no princípio da presunção da legitimidade dos atos do Poder Público. Entretanto, quando não for possível aplicar esse princípio (como no caso do usurpador de função), a existência terá como fundamento tão-somente a efetividade da norma.²³

De fato, não há como se afastar um critério pragmático para se considerar uma norma como existente. Os destinatários das normas (inclusive os agentes públicos), por considerarem a proposição prescritiva como *imperativa* (pois ela tem uma *aparência de norma jurídica válida*), observam os seus termos, o que leva à produção de efeitos jurídicos.

Entretanto, ao contrário do que se possa pensar, não se está fundamentando a existência da norma jurídica, que é um “dever ser”, a partir de um juízo da ordem do “ser”. Como frisou KELSEN, do “fato de algo *ser* não pode seguir-se que *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*”.²⁴

Em verdade, é a própria idéia de *direito* que leva a essa conclusão, na medida em que consagra o *princípio da segurança jurídica*.²⁵ Na lição de CELSO ANTÔNIO

Até mesmo por pressupor a existência (perfeição) da declaração estatal, CINTRA DO AMARAL considera a noção de “perfeição” supérflua para o estudo da invalidez do ato administrativo, pois o problema da validade só se põe quando houver uma declaração estatal assim reconhecida pela sociedade.

²³ “Na hipótese de decisão emanada de uma autoridade regularmente investida, a questão da existência poderia ser resolvida de modo mais simples. Bastaria dizer que toda decisão por ela proferida, pelo fato de emanar de autoridade investida em função pública, goza de presunção de validade, de modo que, por esta cláusula, o Direito antecipadamente confere existência a atos produzidos ilegalmente, propiciando, em seguida, por meios adequados, a oportunidade de revisão. Este enfoque explica a existência na maioria dos casos de invalidez no Direito Administrativo, de modo que pode ser utilizado — como o é, correntemente — para a solução de uma gama importante de problemas. A efetividade, porém, haverá necessariamente de ser considerada nas demais hipóteses” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 21).

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 215.

²⁵ “O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade,

BANDEIRA DE MELLO:

“O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. (...)”

Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente — e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso —, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”.²⁶

O princípio da segurança jurídica, principalmente na sua feição subjetiva de *proteção à confiança*²⁷, impede que se considere como inexistente norma cumprida pelos seus destinatários, que atuaram tal como se ela fosse válida, gerando, por conseguinte, efeitos. É esse princípio — que se relaciona diretamente com os princípios republicano²⁸ e do Estado Democrático de Direito²⁹ (art. 1º, *caput*, da

tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 2. tir. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 184). No mesmo sentido: CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 36.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 119-120.

²⁷ ALMIRO DO COUTO E SILVA expõe que o princípio da segurança jurídica tem uma natureza objetiva e subjetiva. No primeiro caso, o princípio envolve a questão da irretroatividade dos atos do Estado (inclusive legislativos), dizendo respeito, pois, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. O aspecto subjetivo da segurança jurídica “concerne à **proteção à confiança** das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, abril/maio/junho, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2007).

²⁸ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 182.

Constituição de 1988) — que justifica considerar como *existentes* normas emitidas, por exemplo, pelo usurpador de função.

Assim, não é a mera efetividade que confere existência às normas inválidas, mas sim *a efetividade enquanto suporte fático da incidência do princípio da segurança jurídica*, cujo efeito é a inserção dessa norma no sistema (ainda que invalidamente).

O princípio da legitimidade dos atos do Poder Público, citado por CARLOS ARI SUNDFELD, nada mais é do que uma decorrência desse princípio. Ademais, a segurança jurídica melhor fundamenta a existência das normas inválidas, tendo em vista que — ao contrário do princípio da legitimidade dos atos do Poder Público, que é restrito ao campo do direito público — ele é um princípio geral do direito, aplicável a qualquer ramo jurídico.

Portanto, uma norma será considerada existente no sistema (*regra de admissão*) se satisfeita uma das seguintes condições: (a) se ela for produzida em conformidade com as normas de estrutura previstas no sistema, ou seja, se ela for produzida validamente; (b) em se tratando de norma inválida, quando os seus destinatários, considerando-a imperativa (por ter aparência de norma válida), efetivamente observam o seu conteúdo, produzindo, assim, efeitos jurídicos. Neste caso, a regra de admissão se fundamenta no princípio da segurança jurídica.

Como ressaltado acima, os critérios de identificação de uma norma jurídica não se restringem às regras de admissão; há também as regras de rechaço.

Note-se que uma norma será considerada existente no sistema de direito positivo *até que seja dele expulsa*. MARCELO NEVES explica essa situação sob o ponto de vista semiótico:

“A plurivocidade significativa da linguagem jurídica (problema semântico), utilizada pelos diversos órgãos que exercem o poder e também pelos destinatários do poder (problema pragmático), implica a exigência prática de que a norma permaneça no sistema enquanto não seja desconstituída por órgão

²⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*, nº 84. São Paulo: Revista dos Tribunais,

competente, caracterizando-se presunção *juris tantum* de validade das normas emanadas de órgãos do sistema (pertinentes ao ordenamento), pois a hipótese contrária (presunção de invalidade) conduziria ao não-funcionamento do sistema, por haver interpretações as mais divergentes entre os utentes das normas”.³⁰

É possível dizer que uma norma não mais será considerada existente no sistema (*regras de rechaço*) sempre que: (a) uma nova norma tenha como objeto justamente a sua eliminação; ou, (b) quando for impossível a produção dos seus efeitos.

O primeiro caso é de simples visualização. Parece intuitivo que uma norma pode retirar outra (observadas as relações de subordinação e de coordenação existentes no sistema). Basta lembrar da invalidação dos atos administrativos: diante da invalidade de um ato abstrato, o órgão competente (seja a Administração, seja o Poder Judiciário) emite outro cujo conteúdo é a eliminação desse ato inválido.

Da mesma forma, uma norma que não tem mais aptidão para ser fonte de efeitos deve ser considerada inexistente. A impossibilidade de incidência da norma sobre os fatos a que faz referência torna inútil a sua pertinência ao sistema.³¹ Nesse sentido, cite-se a suspensão da eficácia, pelo Senado Federal (art. 52, X, da Constituição), de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto. Esse ato do Senado leva à expulsão da norma inconstitucional, pois ela não pode mais incidir sobre os fatos. Outro exemplo: o cumprimento regular das normas contratuais extingue o ajuste, pois ele não pode mais vincular as partes, não tem mais como produzir efeitos.

Em suma, os *critérios de identificação* das normas jurídicas são compostos por regras de admissão e rechaço. Uma norma será considerada existente: (a) se for produzida validamente; (b) ainda que inválida, quando for efetivamente observada pelos seus destinatários (aplicação do princípio da segurança jurídica); e, (c) enquanto

outubro/dezembro, 1987, p. 46-63.

³⁰ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 46-47.

³¹ Nesse sentido, cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 81. Vide também NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 52.

não for expulsa do sistema, seja por força de outra norma, seja pela impossibilidade de cumprimento dos seus efeitos.

4. Eficácia das normas e dos fatos jurídicos

O vocábulo “eficácia”, tal como o termo “validade”, é utilizado pela doutrina em diferentes sentidos. Aliás, também aqui é comum que o cientista não especifique a significação dada à expressão. Entretanto, essa ambigüidade do conceito é apenas um dos problemas que envolvem o difícil tema da eficácia das normas e dos fatos jurídicos. Mas, esclarecer em que sentido se usa a expressão já é um primeiro passo, aliás, um passo necessário.

A proposição jurídico-prescritiva tem estrutura lógica implicacional: deve ser que se *F*, então *E*. No antecedente (ou hipótese), há a descrição de um fato do mundo (natural e social). No conseqüente (ou tese), há a prescrição de determinada conduta humana, a qual será qualificada como obrigatória, permitida ou proibida.³² Assim, uma vez verificado o fato que corresponde ao conceito descrito na hipótese normativa, deve ser a conseqüência delineada na proposição normativa.

Dessa forma, se ocorre um fato na realidade social que corresponde ao conceito contido na hipótese da norma, então esse, por assim dizer, “fato bruto” (também chamado de *suporte fático*), transforma-se em *fato jurídico*. Composto o fato jurídico, então deve ser a concretização da conseqüência normativa. Essa juridicização do fato — o que se faz pela subsunção do suporte fático ao conceito previsto no antecedente normativo — consiste no fenômeno da *incidência*.³³

MARCOS BERNARDES DE MELLO aponta, com acerto, que a incidência é “o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente

³² “Há três modais e somente três. O modal da permissão constitui-se ora da permissão de fazer ou omitir, ora da permissão de fazer e omitir, isto é, da *permissão unilateral* e da *permissão bilateral*” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 77).

³³ “A incidência é uma técnica do direito, é seu *modo de referir-se aos objetos e situações objetivas*, através do *pressupostos ou hipótese fática* da norma” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132).

depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica)”.³⁴ O autor chama a incidência da norma jurídica sobre os fatos de *eficácia normativa*, terminologia que aqui se adota.

Contudo, não se concorda com esse jurista quando ele assevera, apoiado em PONTES DE MIRANDA, que, uma vez configurado o suporte fático descrito na hipótese normativa, a incidência se dá incondicional e infalivelmente, ou seja, independentemente do querer das pessoas.³⁵

Em realidade, a norma *pode incidir* independentemente da colaboração dos seus destinatários, tendo em vista que ela é dotada de imperatividade. Todavia, não há necessidade lógica de imposição do conteúdo normativo, mas mera possibilidade. O órgão que tinha a obrigação de aplicar a norma (e que, portanto, era o responsável por subsumir o fato ao conceito descrito na hipótese normativa) pode se omitir. Embora a norma esteja apta para incidir, o sujeito que deveria aplicá-la descumpra esse dever jurídico. Nesse caso, a norma simplesmente não incidirá sobre o suporte fático. Por isso, PAULO DE BARROS CARVALHO tem razão ao asseverar que é preciso sempre a participação do ser humano no processo de subsunção do fato verificado na realidade social ao conceito descrito no antecedente normativo.³⁶ Não existe, portanto, incidência automática das normas jurídicas.

É importante ressaltar que o fato jurídico somente produz seus efeitos após a

³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 71.

³⁵ *Idem*, p. 72.

³⁶ “Agora, é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. As normas não incidem por força própria. Numa visão antropocêntrica, requerem o homem, como elemento intercalar, movimentando as estruturas do direito, extraíndo de normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas ou individuais e concretas e, com isso, imprimindo positividade ao sistema, quer dizer, impulsionando-o das normas superiores às regras de inferior hierarquia, até atingir o nível máximo de motivação das consciências e, dessa forma, tentando mexer na direção axiológica do comportamento intersubjetivo: quando a norma terminal fere a conduta, então o direito se realiza, cumprindo seu objetivo primordial, qual seja, regular os procedimentos interpessoais, para que se torne possível a vida em sociedade, já que a função do direito é realizar-se, não podendo ser direito o que não é realizável, como já denunciara Ihering. E essa participação humana no processo de positividade normativa se fez também com a linguagem, que certifica os acontecimentos factuais e expede novos comandos normativos sempre com a mesma compostura formal: um antecedente de cunho descritivo e um conseqüente de teor prescritivo” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 11-12).

incidência da norma sobre o suporte fático.³⁷ Assim, sem essa eficácia normativa, sem o fato jurídico, não há como se constituírem novas normas e relações jurídicas, com o seu conteúdo eficaz específico (direitos subjetivos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções).³⁸

Ao se falar em constituição de normas e relações jurídicas em razão da juridicização de fatos, percebe-se que já se está a tratar de outra espécie de eficácia. Neste momento, quer-se fazer referência aos efeitos que são propriedades de *fatos jurídicos*, e não de normas jurídicas (como é o caso da eficácia normativa). Trata-se da causalidade jurídica a que faz alusão LOURIVAL VILANOVA, ou seja, são os *efeitos decorrentes do fato jurídico*³⁹, denominada *eficácia jurídica*. Tais efeitos, que se produzem em virtude do fato jurídico, são aqueles previstos no conseqüente da norma jurídica. Por isso, pode-se dizer que a “eficácia é uma construção intra-sistêmica, normativa”.⁴⁰

Os efeitos jurídicos são de diversas ordens e dependem da compostura do direito positivo. O efeito do fato jurídico pode ser, por exemplo, a formação de um *status* pessoal (v. g., situação de eleitor). Também pode se dar a constituição, a modificação e a desconstituição de *relações jurídicas* (em sentido restrito⁴¹), as quais possuem um conteúdo específico (direitos subjetivos, deveres, pretensões, obrigações, dentre outros).⁴² Vale citar ainda os fatos jurídicos que implicam constituição,

³⁷ A incidência tem como pressuposto a *vigência* da norma jurídica. Por vigência, entende-se a aptidão da norma para incidir sobre o suporte fático a que faz referência. Assim, é comum que uma norma existente no sistema não tenha ainda eficácia normativa. O exemplo mais claro é o das normas legais já promulgadas e publicadas que se encontram na *vacatio legis*; a norma legal integra o sistema jurídico-positivo, mas não poderá ainda incidir. Se um fato que corresponde ao conceito descrito no antecedente ocorrer durante a *vacatio legis*, o órgão competente não estará autorizado a aplicar a norma; esta não poderá incidir.

³⁸ PONTES DE MIRANDA tem razão quando assevera que a incidência é um *prius* em relação à eficácia jurídica. “A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico. Incidência é *prius*; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático, sobre o qual ela *incida*. A eficácia é, pois, logicamente, *posterius*” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 3).

³⁹ “Temos sempre, para dar-se a causalidade jurídica, norma, fato e eficácia. Sem norma, um fato não adquire qualificação de *fato jurídico*. E sem fato jurídico, efeito (eficácia) nenhum advém. De onde se depreende *que os fatos jurídicos são internos a cada sistema. Não há fato jurídico ‘fora’ de sistema normativo*. É o sistema que decide que fatos são fatos jurídicos (juridicização do fático) e que fatos deixam de ser jurídicos (desjuridicização do fático)” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 54).

⁴⁰ *Idem*, p. 74.

⁴¹ *Idem*, p. 114 e ss.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 170 e ss.

modificação e desconstituição de *normas jurídicas*.⁴³

A eficácia jurídica pode se apresentar de modos diferentes, conforme seja o critério adotado. Assim, quanto ao momento em que surge, a eficácia poderá se irradiar de forma instantânea, sucessiva ou protraída no tempo. No que se refere à origem da eficácia, poderá ser própria do fato jurídico, anexa ou reflexa. Quando se tem em vista o modo de atuação, a eficácia será *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (não retroativos).⁴⁴

Os apontamentos feitos sobre a eficácia das normas e dos fatos jurídicos são de extrema relevância neste trabalho.⁴⁵ Para demonstrar isso, basta salientar que o contrato administrativo inválido — enquanto fato jurídico (ou seja, suporte fático sobre o qual incidiu norma jurídica) — surte efeitos jurídicos específicos. Em certos casos, a Administração estará obrigada a editar um ato administrativo de manutenção do contrato inválido (convalidação ou conversão); em outros, o ato será de retirada (invalidação). Por vezes, o efeito jurídico consistirá num dever de abstenção da Administração (saneamento). Em suma: convalidação, conversão, saneamento e invalidação nada mais são do que efeitos jurídicos decorrentes do fato jurídico da invalidade dos contratos administrativos.

⁴³ Cf. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 142-143.

⁴⁴ Vale mencionar que existem ainda outras modalidades de eficácia jurídica. Sobre o tema: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*, p. 38 e ss.; NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, nº 60. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril/junho, 1960, p. 16-26; e, *Revista de direito administrativo*, nº 61. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/setembro, 1960, p. 15-41.

⁴⁵ Em virtude dos fins deste estudo, não se fez menção a outros tipos de eficácia, como, por exemplo, a eficácia social (ou efetividade) e a eficácia técnica. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 58 e ss.

CAPÍTULO II — CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES GERAIS

1. Considerações iniciais

O contrato administrativo tem sido estudado por grande parte da doutrina do direito administrativo, sendo alvo de grandes debates.⁴⁶ A própria existência do contrato administrativo é discutida pelos juristas, havendo vozes de peso contrárias e outras a favor do instituto.⁴⁷

Esse e outros temas ligados ao contrato administrativo que têm sido objeto de preocupação dos juristas não serão tratados nesta dissertação. Para estudar as formas de manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos não é necessário discorrer, por exemplo, sobre o modelo contratual francês⁴⁸ e o modelo alemão.⁴⁹

Pretende-se aqui apresentar um *conceito operacional* de contrato administrativo, ou seja, uma noção que seja útil para os fins deste trabalho. Para tanto, o conceito de contrato administrativo será construído a partir da definição de ato administrativo. Nesse sentido, será feita uma abordagem do contrato administrativo pouco usual na doutrina, qual seja, a de que o contrato administrativo nada mais é do que um *ato administrativo bilateral*.

Com isso, fica claro desde já que o ato administrativo e o contrato administrativo têm um regime jurídico comum: o de direito administrativo, o qual é marcado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e pelo princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Esse enfoque permite concluir que as formas de manutenção e retirada dos

⁴⁶ Segundo RAMÓN PARADA (*In: Derecho administrativo*. 15. ed. Madri: Marcial Pons, 2004, v. I, p. 252), se por um lado a instituição contratual é comum em todos os sistemas jurídicos, por outro, não são coincidentes as classes de contratos e seus regimes jurídicos, fazendo com que “*el capítulo de los contratos sea uno de los más confusos en el Derecho administrativo comparado*”.

⁴⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, v. I, p. 670 e ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 341 e ss.

⁴⁸ Acerca do contrato administrativo no direito francês, vide: LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Piere. *Traité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1983; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Piere. *Droit administratif*. Paris: P.U.F., 1984, p. 369 e ss.; JÈZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949, t. III, p. 311 e ss.

contratos administrativos inválidos são as mesmas dos atos administrativos inválidos. Ademais, será possível analisar o contrato administrativo a partir dos elementos e pressupostos do ato administrativo, o que se revelará bastante útil quando do estudo da convalidação e da invalidação dos contratos inválidos.

Entretanto, antes de definir o contrato administrativo, é preciso indicar o sentido que se atribui à expressão “ato administrativo” e a diferença entre os atos unilaterais e bilaterais.

2. Definição de ato administrativo bilateral

2.1. Ato administrativo enquanto ato jurídico

2.1.1. Ato jurídico e direito privado

O ato administrativo é, antes de tudo, um *ato jurídico*. Por tal razão, importa apontar o sentido em que se utiliza essa expressão, que não pertence a qualquer domínio jurídico específico, mas sim à teoria geral do direito, por se tratar de um daqueles *conceitos jurídicos fundamentais* a que faz alusão LOURIVAL VILANOVA.⁵⁰

De maneira geral, os juristas definem o ato jurídico como sendo uma manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos, mesmo que não desejados.⁵¹ Dentro dessa concepção, percebe-se que o ato jurídico possui duas características: de um lado, trata-se de uma manifestação de vontade; de outro, é fonte produtora de efeitos jurídicos.⁵² Os juristas apontam ainda que, se essa manifestação buscar o estabelecimento de efeitos jurídicos admitidos pelo direito positivo, então haverá

⁴⁹ Sobre o modelo contratual alemão, cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 402 e ss.

⁵⁰ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 238-239.

⁵¹ Segundo MARCELLO CAETANO, o ato jurídico “será, pois, *toda conduta humana voluntária, quer consista em ação quer em omissão, que produza efeitos na Ordem jurídica, ainda que esses efeitos não tivessem sido queridos*” (CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, t. I, p. 422). Vide ainda, na doutrina brasileira: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 434.

negócio jurídico, o qual tem previsão no art. 104 e seguintes do Código Civil de 2002. Por outro lado, não existindo a intencionalidade na manifestação de vontade de produzir esses efeitos⁵³ (os quais se encontram plenamente delineados pela ordem jurídica), a figura será a do ato jurídico em sentido estrito.⁵⁴

O conceito acima apresentado retrata uma concepção privatista do ato jurídico. Isso fica evidente quando se destaca a *manifestação de vontade*.

Em razão da forte influência do direito privado sobre os demais setores jurídicos, é muito comum encontrar definições de ato administrativo fazendo alusão ao elemento “manifestação da vontade”. É o caso, por exemplo, de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, para quem o ato administrativo é toda “manifestação de vontade do Estado, por seus representantes e cuja execução é capaz de produzir conseqüências jurídicas”.⁵⁵

Aliás, para STASSINOPOULOS, à noção de ato administrativo se adaptam “quase inconscientemente” os princípios gerais relativos ao ato jurídico de direito privado. Segundo o autor, isso é uma conseqüência inevitável “*d’une longue familiarisation de la pensée juridique avec les institutions assez stables et les notions bien connues du droit privé*”.⁵⁶

Essa postura é compreensível. Afinal, o direito privado é mais antigo do que o direito público, tanto que sempre foi considerado o *direito comum*. Ora, por tal razão, é normal que os administrativistas tenham buscado nas lições do direito privado os

⁵² O Código Civil de 1916 prescrevia, em seu art. 81, que todo ato lícito, “que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

⁵³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. 11. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 355. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 279.

⁵⁴ Frise-se que, de acordo com o art. 185 do Código Civil de 2002, o regime jurídico dos negócios jurídicos é basicamente o mesmo dos atos jurídicos *stricto sensu*.

⁵⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 204.

Além desse autor, é possível mencionar também SEABRA FAGUNDES, HELY LOPES MEIRELLES e BONNARD, os quais também incluem a “manifestação de vontade” dentre os elementos do ato administrativo. Cf. FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 133; e, BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris: Sirey, 1926, p. 35.

⁵⁶ STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Atenas: Collection de L’Institut Français D’Athènes, 1954, p. 32.

fundamentos para a construção da teoria dos atos administrativos (inclusive no que se refere à teoria das invalidades), até mesmo porque sempre se considerou que se tratava de teoria geral do direito.⁵⁷

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR tem razão quando afirma que os “institutos de direito civil não podem ser elevados a categorias jurídicas, a modelos, a arquétipos, a matrizes da ciência do direito, para, partindo-se daí, pretender o estudioso captar a realidade específica do direito administrativo”.⁵⁸

Com efeito, o jurista deverá ter cautela ao ler um estudo sobre os atos administrativos fundado numa pretensa “teoria geral dos atos jurídicos”. É comum que essa “teoria geral” tenha como base essa concepção privatista de ato jurídico. Justamente por isso, freqüentemente são encontrados posicionamentos que são meras aplicações do direito privado ao direito administrativo, o que leva a resultados pouco úteis sob o ponto de vista prático e teórico.

Assim, se de um lado é verdadeiro que o ato administrativo é uma manifestação da Administração, por outro, não é adequado dizer que ela tem uma “vontade”, a qual seria produtora de efeitos jurídicos. A expressão “manifestação de vontade” contém, como bem anota GORDILLO, uma clara referência à vontade psíquica do indivíduo que edita o ato. O jurista argentino está certo ao afirmar que “*el acto administrativo no es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley y no sólo porque el funcionario lo haya querido*”.⁵⁹ Note-se que a discussão sobre a “vontade” nos atos administrativos pode levar a debates desnecessários, como o relativo ao vício da vontade do agente (ex.: dolo) na prática de ato administrativo vinculado que observou os ditames legais.⁶⁰

⁵⁷ É interessante transcrever a lição de MIGUEL REALE: “A teoria dos fatos e atos jurídicos é comum, quanto aos princípios gerais, a todos os domínios do Direito, sendo compreensível que a sua disciplina seja feita no Código Civil, por ser a sede do Direito comum, sem prejuízo, é claro, da existência de requisitos peculiares aos diversos setores de sua aplicação” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 201).

⁵⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 30.

⁵⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2002, t. 3, p. II-19.

⁶⁰ É bem verdade que se pode estipular o sentido da expressão “manifestação de vontade” de modo a não indicar a vontade psíquica dos indivíduos que atuam pela Administração Pública. É o que faz, por exemplo, MARÇAL JUSTEN FILHO (*In: Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190), ao

Outro inconveniente diz respeito à aplicação da teoria das invalidades do direito civil aos atos administrativos inválidos. Pode-se, eventualmente, adotar a terminologia nulidade/anulabilidade, mas não as mesmas conseqüências jurídicas previstas no Código Civil de 2002.

O jurista deve sempre estar atento para o fato de que o direito público e o direito privado têm fundamentos distintos. Enquanto os institutos de direito público são construídos a partir do conceito de *função pública*⁶¹, no direito privado preside o princípio da *autonomia da vontade*. Na clássica lição de RUY CIRNE LIMA, a relação de administração “se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” e que na “administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”.⁶²

Ora, com pressupostos totalmente distintos, fica evidente que é inadequado simplesmente transplantar a teoria dos atos de direito privado para o direito público. O estudioso do direito administrativo não deve aceitar determinadas assertivas de que se trata de “teoria geral do direito”, sem realmente verificar se o conceito utilizado é um daqueles *conceitos jurídicos fundamentais*.⁶³

Em razão disso, não se pode aceitar a conclusão de que, por estar a matéria dos atos jurídicos regulada no Código Civil, este se aplica, ainda que com adaptações, ao ato administrativo. Questiona-se: a partir de que norma da Constituição de 1988 se pode concluir que o Código Civil é o instrumento que regula *todos* os atos jurídicos, públicos ou privados? Responde-se: nenhuma. Aliás, no direito brasileiro, em função

escrever que “vontade administrativa” significa “a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo as imposições de uma democracia republicana”. Todavia, a fim de evitar possíveis confusões, tal como aquela apresentada no corpo do texto, neste estudo se opta por omitir o termo “vontade”. É suficiente trabalhar com a idéia de *manifestação*.

⁶¹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO escreve que, no direito público, “não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela idéia de *função*, de dever de atendimento do interesse público” (*In: Curso de direito administrativo*, p. 27).

⁶² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 51-52.

⁶³ Sobre o objeto da teoria geral do direito, concorda-se com JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES de que se trata do estudo formal das categorias jurídicas. Os conceitos pertencentes à teoria geral do direito não são formais em sentido absoluto, ou seja, não são conceitos formais-lógicos (embora contenha algumas considerações lógicas). São conceitos formais em sentido relativo, “ou seja, na sua relação, enquanto conceitos fundamentais, com os conceitos obtidos a partir de uma ordem jurídica positiva, conceitos de conteúdo jurídico, tais como o de obrigação tributária. Assim sendo, o conceito de relação jurídica nada adianta sobre o conteúdo normativo da ordem jurídica vigente. Por isso, é pertinente à Teoria Geral” (BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*, p. 30).

do princípio federativo, cada entidade política tem competência para legislar sobre os atos administrativos que venha a editar, o que só vem a corroborar com tal assertiva.

A ciência do direito administrativo deve construir a teoria dos atos administrativos tão-somente a partir da teoria geral do direito. É evidente que a doutrina de direito privado contribuiu de forma marcante para a elaboração da teoria dos atos jurídicos e, por conseqüência, dos atos administrativos. Contudo, isso não significa que ela seja a teoria geral do direito. A aplicação do direito privado no campo dos atos administrativos é subsidiária, podendo ocorrer somente na ausência de previsão específica no direito público e, ainda assim, se for compatível com os fundamentos juspublicistas. Do contrário, as noções de direito privado devem ser afastadas.

2.1.2. Definição de ato jurídico

Feitas essas considerações, deve-se agora indicar o conceito de *ato jurídico* adotado neste trabalho.

No Capítulo I (tópico 1), ficou assentado que o direito positivo é um sistema proposicional nomoempírico prescritivo. Isso significa que o ordenamento jurídico é formado por proposições prescritivas, as normas jurídicas. Vale aqui acrescentar que essas normas jurídicas podem ser, sob o ponto de vista do sujeito, gerais ou individuais. Já quanto à conduta disciplinada, as normas serão abstratas ou concretas.

Ao se falar que o direito é um conjunto de proposições⁶⁴ prescritivas, pretende-se com isso consignar que a norma é a significação conferida pelo intérprete a uma determinada *manifestação humana*. Essa manifestação é um texto, na medida

⁶⁴ PAULO DE BARROS CARVALHO (In: *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 22) diferencia os termos “enunciado” e “proposição”: “Emprego aqui a voz ‘enunciado’ como o produto da atividade psicofísica de enunciação. Apresenta-se como um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação. Outrossim, ‘oração’, ‘sentença’ e ‘asserção’ podem servir-lhe de equivalentes nominais, mas o vocábulo ‘proposição’ convém seja tomado com a carga semântica de conteúdo significativo que o enunciado, sentença, oração ou asserção exprimem. Há possibilidade de vários enunciados expressarem a mesma proposição, como proposições diferentes corresponderem ao mesmo enunciado”.

em que pode ser verbalizada (trata-se, nesse caso, de uma concepção ampla de texto⁶⁵). Uma manifestação pode consistir, por exemplo, em meros gestos (como os feitos por um guarda de trânsito). Também se diz que uma manifestação qualificada⁶⁶ é uma declaração, normalmente um texto *escrito* em certo sentido (ex.: uma sentença judicial). Neste trabalho, os termos “manifestação” e “declaração” serão utilizados indistintamente.

Convém anotar que tal manifestação é sempre o fruto de uma decisão. Esta, por sua vez, será considerada uma *decisão normativa* se do seu resultado (a manifestação) for possível construir, mediante interpretação, normas jurídicas.⁶⁷ A decisão normativa decorre de uma atividade dos agentes legitimados pelo sistema jurídico-positivo (são os denominados *atos de produção jurídica*⁶⁸). O resultado do processo legislativo é a lei; do processo judicial, a sentença; do processo administrativo, o ato administrativo; da atividade privada contratual, o contrato privado. Lei, sentença, ato administrativo e contrato privado são manifestações, são *documentos normativos* (agregado de disposições) sobre os quais o intérprete produzirá — dentro de certo contexto normativo — a norma jurídica (proposição jurídica). Nesse sentido, diz-se que tais documentos veiculam normas jurídicas, encerram normas jurídicas. Por tal razão, são *fontes do direito*.⁶⁹

⁶⁵ GREGORIO ROBLES escreve que, “também é texto o texto não escrito, mas manifestado oralmente. Pela simples razão de que a conversação, o discurso, o sermão, a sentença e o contrato verbal são suscetíveis de transcrição. A *verbalização*, por conseguinte, é característica inequívoca do texto” (ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p. 21).

⁶⁶ Vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 139.

⁶⁷ Sobre a norma enquanto produto da interpretação, cf. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23 e ss.

⁶⁸ “Os chamados ‘atos de produção de normas’ são fatos (ou condutas) que se qualificam pelas normas objetivas que deles provêm e neles retroincidem, conferindo-lhes *sentido objetivo*, inserindo-os no interior do sistema” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 300).

⁶⁹ Com isso, afirma-se que não existem “normas implícitas”. Toda norma decorre da interpretação que se faz de uma disposição ou de um conjunto de disposições (nesse sentido, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 23). O princípio constitucional da razoabilidade, por exemplo, é o resultado da interpretação do art. 1º da Constituição da República, que consagra a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, e também do art. 5º, LIV, que prevê o devido processo legal. É equivocado interpretar tendo em vista apenas um texto normativo, sem considerar as demais disposições. Nessa atribuição de sentido aos textos, o intérprete deverá levar em conta as relações de subordinação e coordenação existentes entre os elementos do sistema jurídico-positivo. Assim, uma disposição legal somente poderá ser interpretada em vista das normas constitucionais. Como consequência, a interpretação de um texto legal pode ter significação diversa daquela que se faz da mesma disposição legal, mas a partir das

Na lição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

“A lei, vista sob certo ângulo, representa o texto na sua dimensão de veículo de prescrições jurídicas. Constituição, emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, resoluções, decretos, sentenças, acórdãos, contratos e atos administrativos, enquanto suportes materiais de linguagem prescritiva, *no seu feitio documental*, pertencem à plataforma da expressão dos textos prescritivos e, como tais, são veículos introdutórios de enunciados e de normas jurídicas, constituindo a base empírica do conhecimento do direito posto.

Por outro giro, a norma jurídica é juízo implicacional produzido pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Daí, não há que se confundir norma, como complexo de significações enunciativas, unificadas em forma lógica determinada (juízo implicacional) e a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem, quando isoladamente considerados”.⁷⁰

Os atos jurídicos são essas declarações que introduzem normas jurídicas, são *manifestações jurídicas*.⁷¹ Há o ato jurídico legislativo, o ato jurídico judicial, o ato jurídico administrativo e o ato jurídico privado. Também se pode falar do ato jurídico de governo.⁷² Da interpretação dessas manifestações jurídicas (desses atos) resulta a norma jurídica (norma jurídica legal, norma jurídica judicial etc.).⁷³

normas constitucionais. A técnica da interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, é um exemplo claro disso que se afirma.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 65.

⁷¹ A *manifestação jurídica* (ou declaração jurídica) difere da mera *manifestação* (ou mera declaração) pelo fato de que apenas daquela é possível produzir normas jurídicas, ou seja, somente a declaração jurídica é fonte do direito. Assim, o pedido do administrado feito perante a Administração é uma manifestação. Entretanto, dela não é possível obter qualquer norma jurídica. É evidente que tal manifestação (o pedido) é regulado por normas jurídicas e, nesse sentido, ela também seria “jurídica”. Contudo, a fim de diferenciar dois fenômenos diferentes, estipula-se que o sentido de “manifestação jurídica” é diverso daquele utilizado para o termo “manifestação”.

⁷² Em verdade, o direito brasileiro não abriga apenas três funções estatais, mas sim quatro. Além das tradicionais funções legislativa, administrativa e jurisdicional, existe também a função de governo (ou política).

⁷³ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR escreve que os atos jurídicos são “condutas que positivam o direito e que são executadas por diferentes centros emanadores dotados do poder jurídico de fazê-lo, como o Estado e seus órgãos, a própria sociedade, os indivíduos autonomamente considerados etc. O direito afirma-se, emana destes atos, que passam a ser considerados teoricamente sua única fonte. Conforme sua origem e sua força de imposição, eles diferenciam-se em diversos centros irradiadores hierarquizados, constituindo leis, decretos

Desse modo, *o ato jurídico nada mais é do que a manifestação sobre o qual o intérprete (levando em conta o contexto normativo) produz a(s) norma(s) jurídica(s); é a declaração jurídica.* Ato jurídico e norma, embora relacionados, não se confundem.

Por isso, o ato administrativo, enquanto ato jurídico, não é *a* norma jurídica, mas sim *o instrumento introdutor de normas jurídicas.* Logo, de um ato administrativo é possível obter uma só norma ou várias normas jurídicas. Estas normas podem ser gerais ou individuais (sob o ponto de vista do destinatário) e abstratas ou concretas (quanto à conduta disciplinada). Uma instrução normativa editada por dado Ministério é um bom exemplo de ato administrativo que veicula mais de uma norma e, como regra, normas gerais e abstratas.⁷⁴⁻⁷⁵ Dos contratos, por sua vez, também se obtêm várias normas, as quais são individuais e concretas.

Quando se diz que o ato jurídico é uma manifestação que serve de suporte para

regulamentadores, sentenças, contratos etc. Isso, obviamente, não elimina totalmente o problema dos elementos substanciais, posto que o ato jurídico não deixa de ser uma abstração que tem por base condutas reais de seres humanos com todas as suas condicionalidades. Não obstante, a concepção formal do próprio ato jurídico, como ato autorizado (ato de um sujeito capaz ou competente) conforme normas de competência, permite um modelo hierárquico do ordenamento que chega a prescindir (ou, pelo menos, a escondê-los) de critérios substanciais (como a *força* de impositividade do poder emanador), distinguindo-se, assim, nos atos, os atos jurídicos estatais produtores de normas gerais (leis, decretos etc.), depois atos jurisdicionais (sentenças), atos estatutários (estatutos de sociedades civis e comerciais), atos negociais (contratos, doações etc.)” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 225).

⁷⁴ A partir dessa concepção, percebe-se que todo ato jurídico é “normativo”, porquanto instrumento introdutor de normas jurídicas. Em realidade, quando se diz que um ato administrativo é um *ato normativo*, deseja-se, com isso, diferenciar os atos administrativos que veiculam normas gerais e abstratas (como o regulamento) dos atos administrativos introdutórios de normas individuais e concretas.

Dentro dessa linha, conclui-se ainda que os chamados “atos puros” ou “meros atos administrativos” não são atos administrativos. Tais atos — como, v.g., a emissão de uma certidão — não veiculam normas jurídicas. Uma certidão nada obriga, permite ou proíbe. São apenas manifestações administrativas legalmente disciplinadas. O mesmo se pode dizer do voto de um agente que faz parte de órgão colegiado. Entretanto, esse voto é necessário à configuração do fato jurídico que possibilita a produção do ato administrativo (ex.: resolução). Em suma, esses “meros atos administrativos” não são atos administrativos, pelo menos não na acepção aqui adotada. Eles são elementos de fatos jurídicos.

⁷⁵ Ao se apontar que o ato administrativo é ato jurídico, fica claro que ele não se confunde com o chamado *fato administrativo.* Este nada mais é do que o suporte fático sobre o qual incide norma jurídica de direito administrativo, ou seja, trata-se de *fato jurídico.* Desse modo, o fato jurídico, enquanto tal, não veicula normas jurídicas (ao contrário do ato jurídico-administrativo). É mero fato (da natureza ou social) ao qual a ordem jurídica *imputa* efeitos. Assim, a lei pode estabelecer que a não manifestação da Administração em 30 dias sobre o requerimento feito pelo administrado leva ao não deferimento do pedido. Quando se estiver diante do silêncio da Administração, o que levará à negativa do pedido, não haverá ato administrativo tácito. Haverá apenas a imputação legal de efeitos ao silêncio da Administração. A negativa do pedido é um efeito previsto na norma legal, uma vez verificado o fato jurídico-administrativo do silêncio, e não de um suposto ato administrativo tácito.

a produção de normas jurídicas, implicitamente se faz referência aos efeitos jurídicos. Isso porque o efeito jurídico nada mais é do que a decorrência da incidência da norma sobre o fato a que faz referência. Ou seja, é consequência do fato jurídico, tal como já apontado no Capítulo anterior (item 4).

2.2. Definição de ato administrativo

Foi mencionado acima que o ato administrativo é um ato jurídico. A isso se pode agregar que se trata de um ato jurídico *público*, porquanto produto de uma atividade estatal. Essa característica coloca o ato administrativo na mesma classe da lei, da sentença e dos atos de governo; todos são atos jurídicos públicos. Mas, há uma nota que os diferencia: cada um é editado no exercício de uma função estatal diversa.

Portanto, a lei resulta do desempenho da função legislativa; a sentença, da função jurisdicional; o ato de governo, da função política; o ato administrativo, da função administrativa.

Como se pode perceber, diferenciar o ato administrativo dos demais atos de direito público é tarefa simples. Como todos são atos jurídicos públicos, para identificar o ato administrativo se deve fazer referência à função estatal respectiva. Assim, *ato administrativo é o ato jurídico praticado no exercício de função administrativa.*

Desse modo, o problema da definição do ato administrativo se desloca para a estipulação do conceito de *função administrativa*.

Ao contrário do que se possa supor, definir função administrativa não é fácil. Há grande discussão sobre o tema. Não é objeto deste estudo tratar desse debate. Basta, aqui, apontar, a partir de um critério formal (jurídico), que função administrativa consiste na *atividade em que o Estado (ou quem lhe faça as vezes) edita — no seio de uma estrutura e regime hierárquicos — atos jurídicos complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição, os quais estão sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.*

A partir dessa definição de função administrativa, percebe-se que o ato

administrativo está submetido a um determinado regime jurídico, que o distingue dos demais atos jurídicos de direito público.

Por ser ato complementar à lei (bem como, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição), a produção e o conteúdo do ato administrativo se sujeitam ao *princípio da legalidade*, o qual está delineado pelos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 87, IV, da Constituição de 1988.

O princípio constitucional da legalidade⁷⁶ implica *o dever da Administração de atuar em conformidade (formal e material) com as normas jurídicas veiculadas por meio de lei (ato legislativo⁷⁷)*. Assim, os atos administrativos que lhe seguirem não poderão ultrapassar os limites traçados pelas normas legais. Por isso, RENATO ALESSI tem total razão quando assevera que a atividade administrativa consiste na emanção de atos de produção jurídica *complementares* à lei.⁷⁸

Outro componente importante do regime jurídico do ato administrativo reside na hierarquia. Os atos administrativos são emitidos “*na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos*”.⁷⁹ Desse modo, no âmbito da estrutura administrativa existe uma relação hierárquica. Isso traz conseqüências jurídicas importantes, como, por exemplo,

⁷⁶ Convém salientar que parcela da doutrina prefere o termo “juridicidade” em vez de “legalidade” (Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-70; COSTALDELLO, Angela Cassia. Entidades privadas que recebem recursos públicos: necessidade de licitar. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 82, Curitiba: Zênite, dezembro, 2000, p. 989). Com isso, o princípio da legalidade seria entendido em sentido amplo, representando a submissão da atividade administrativa a todo o direito (principalmente à Constituição), e não só à lei.

Em verdade, é desnecessário alterar a denominação de princípio da legalidade para juridicidade (ou legalidade em sentido amplo). Como já se ressaltou, a norma jurídica é a significação dos textos normativos (Constituição, leis, decretos etc.). Essa significação é atribuída a partir da interpretação que se faz daqueles documentos. Daí se falar que a norma jurídica é o resultado da interpretação. Ora, *a interpretação dos atos legislativos deverá ser sempre conforme a Constituição*. Assim, ao se construir (por meio da interpretação) a norma legal, pressupõe-se que ela está adequada aos preceitos constitucionais (trata-se, evidentemente, de presunção relativa). Logo, ao se dizer que a Administração está submetida às normas legais já importa sublinhar a compatibilidade dessas com as normas constitucionais. Um texto legislativo não pode ser interpretado de forma isolada, sem que se observe a totalidade do sistema jurídico.

Por conseguinte, adota-se aqui o posicionamento de que o princípio da legalidade significa a submissão às normas jurídicas introduzidas por atos legislativos. Afirmar isso não implica submissão cega da Administração às normas legais, tomadas isoladamente, sem levar em consideração as normas constitucionais, notadamente os princípios norteadores do regime jurídico-administrativo.

⁷⁷ Atribui-se aos termos “lei” e “ato legislativo” o mesmo sentido. Por ato legislativo se entende todo ato jurídico editado no exercício da função legislativa. No direito brasileiro, os atos legislativos são aqueles previstos no art. 59 da Constituição da República.

⁷⁸ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: BOSCH, 1970, t. I, p. 8.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 36.

a possibilidade de anular e revogar os atos dos agentes *hierarquicamente inferiores*, o que já não ocorre, por exemplo, no âmbito da função legislativa.⁸⁰

Também não se pode deixar de citar que os atos administrativos estão sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário. Esse controle não é hierárquico, mas sim puramente jurídico. O Poder Judiciário controla a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos, não podendo, contudo, adentrar em seu mérito. Assim, se o Poder Executivo emitir decretos autônomos, sem qualquer fundamento na lei, serão eles declarados inconstitucionais; se extrapolarem o conteúdo de lei preexistente, haverá invalidação por ilegalidade.

Como o parâmetro do controle jurisdicional é tanto a Constituição como os atos legislativos, prefere-se dizer que o Poder Judiciário controla a *juridicidade* dos atos da Administração, do que tão-somente a sua legalidade.

No âmbito dos atos administrativos, a questão do controle jurisdicional é fundamental. É justamente a partir dela que várias noções são construídas. Pode-se asseverar, inclusive, que a própria idéia de mérito do ato só tem sentido em função do controle jurisdicional (o mérito é, por assim dizer, o aspecto do ato não sujeito a controle pelo Poder Judiciário). A própria identificação dos elementos e pressupostos do ato tem em vista o controle: quanto mais elementos e pressupostos, melhor se consegue visualizar os vícios que o ato possui, aumentando o campo do controle jurisdicional.

Quanto ao sujeito emissor do ato administrativo, será sempre o Estado ou quem lhe faça as vezes (ex.: concessionárias de serviços públicos), desde que no exercício de função administrativa. É importante frisar que, dentro da noção aqui delineada, a formação do ato administrativo pode demandar a manifestação de um outro sujeito de direito que figure como parte diversa, quando, então, poderá ser um ato bilateral.

Convém frisar ainda que não se pode inserir, no conceito de ato administrativo, a nota da *executoriedade*. Nem todos os atos administrativos têm esse

⁸⁰ Sobre o tema, vide MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 05. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em

atributo, mas somente os atos administrativos *restritivos da situação jurídica dos administrados*.⁸¹

Em vista do exposto, define-se o ato administrativo como sendo *o ato jurídico complementar à lei — e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição — editado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no âmbito de uma estrutura e regime hierárquicos, sujeito a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário. De forma mais simples, ato administrativo é o ato jurídico emitido no exercício da função administrativa.*

Como se pode perceber, o conceito de ato administrativo apresentado é amplo. Ele engloba tanto os atos unilaterais gerais (ex.: o regulamento) como os atos bilaterais concretos (ex.: o contrato). Essa concepção ampla de ato administrativo, embora não seja a mais adotada pela doutrina⁸², é bastante útil para os fins deste estudo, tendo em vista que ela revela um regime jurídico comum a esses atos.

2.3. Ato administrativo unilateral e bilateral

Afirmou-se acima que o ato administrativo pode ser unilateral ou bilateral. Esta classificação não tem em vista o número de autores (sujeitos) requeridos para a produção do ato⁸³, mas sim a quantidade de *partes*.

Como bem anota EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *parte* significa direção “adotada pelo interesse ou interesses que motivam a declaração de vontade”.⁸⁴ Uma parte se compõe pela manifestação de um ou mais sujeitos de direito, desde que os interesses sejam paralelos, formando um só grupo.⁸⁵

Assim, quando o fato jurídico que autoriza a produção do ato administrativo

<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25, de julho de 2006.

⁸¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

⁸² Como regra, os juristas identificam o ato administrativo como sendo o ato individual e concreto. Por todos, cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56-57.

⁸³ CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001, t. 1, p. 491.

⁸⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 443.

⁸⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, p. 387.

demandar uma só parte, o ato será *unilateral*.⁸⁶ Exemplo: uma licença para construir.

De outro lado, se a produção do ato administrativo exigir a manifestação de duas partes, ele será *bilateral*.⁸⁷ Há duas manifestações que se fundem para a produção de uma só *declaração jurídica*. É o caso do contrato administrativo.

É preciso, neste ponto, fazer duas observações.

A primeira delas diz respeito à impossibilidade de se confundir o ato bilateral com o ato complexo. Este consiste no ato administrativo unilateral (ou seja, uma só parte) cuja produção exige a manifestação de mais de um órgão ou sujeito. Na lição de EGON BOCKMANN MOREIRA, “todas as manifestações dos vários agentes possuem somente uma mesma finalidade, mediata ou imediata: a prática do ato administrativo oriundo da fusão competencial”.⁸⁸ O ato bilateral, por seu turno, exige duas partes, ou seja, dois centros de interesses diversos, cuja manifestação é necessária para a formação do ato.

A segunda observação se refere à participação do particular na formação do ato administrativo. Com inspiração nas lições de STASSINOPOULOS⁸⁹, pode-se indicar três situações:

(a) Atos administrativos unilaterais que não demandam qualquer manifestação dos particulares para que sejam válidos ou eficazes. É o caso, *v.g.*, dos atos administrativos que veiculam normas gerais e abstratas (*ex.*: regulamentos).

(b) Atos administrativos unilaterais em que a participação do particular é necessária: (b.1) para a validade do ato, funcionando como verdadeiro pressuposto para a sua edição (atos que só são editados com base em requerimento do interessado; *ex.*: exoneração “a pedido”); (b.2) para a eficácia do ato (nomeação, que exige a aceitação em determinado prazo).

(c) Atos administrativos bilaterais, como os convênios e os contratos.

⁸⁶ Quando o ato unilateral demandar a manifestação de mais de um sujeito, ele será *plúrimo*.

⁸⁷ É possível ainda falar em atos plurilaterais, para cuja produção participariam mais de duas partes. No âmbito privado, há os contratos de constituição de sociedade. No direito administrativo, a pluralidade de partes pode ocorrer, por exemplo, na celebração de convênios. Em vista dos objetivos deste estudo, será feita referência apenas aos contratos enquanto atos jurídicos bilaterais.

⁸⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 3. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 63.

⁸⁹ STASSINOPOULOS, Michel. D. *Traité des actes administratifs*, p. 57-58.

A diferença fundamental entre as figuras “b” e “c” reside na *titularidade* para a edição do ato administrativo. Em “b” há apenas uma parte legítima para produzir o ato; somente ela pode, juridicamente, editar o ato administrativo. No caso do ato bilateral, a titularidade para a sua formação é conjunta.⁹⁰

Uma licença para construir, apesar de demandar o pedido do particular, não é ato bilateral, porque a ordem jurídica atribuiu a sua produção apenas à Administração Pública. Se eventualmente não houver requerimento do administrado e, apesar disso, a Administração declara que certa pessoa poderá construir em dado local, haverá invalidade da norma jurídica obtida a partir dessa manifestação estatal. Contudo, existirá norma jurídica. Tanto isso é verdadeiro que a manifestação posterior do administrado pode sanear o vício, preservando os efeitos até então produzidos.

No caso do ato bilateral, uma das partes não pode, sozinha, produzir o ato. Sequer é possível falar de ato bilateral editado por apenas uma delas. Não existe contrato se não houver *qualquer* tipo de manifestação do particular nesse sentido. A titularidade para produzir o contrato é conjunta. Sem as duas partes não será possível dizer que há normas *contratuais*.

3. Definição de contrato administrativo

O contrato é uma figura jurídica que pertence à teoria geral do direito.⁹¹ Portanto, a definição de contrato possui propriedades que também estão presentes nas definições do contrato privado e do contrato administrativo.

⁹⁰ “Seja como for, não parece difícil distinguir no plano teórico os contratos administrativos daqueles actos administrativos cuja prática ou cuja eficácia dependam da solicitação ou da aceitação do destinatário. No contrato, é a conjugação da vontade das partes que possui a virtualidade de produzir os efeitos de direito que lhe são próprios. A conformação de uma situação jurídica depende directa e necessariamente da conjugação das vontades da Administração e do particular. Só conjuntamente eles dispõem do ‘poder conformador’ (*Gestaltungsrecht*). Em contrapartida, no acto administrativo, o poder assiste unicamente à Administração. Só ela pode definir constitutivamente a situação jurídico-administrativa. A conduta do particular apenas servirá para criar os requisitos legais do exercício do poder pela Administração ou da transposição para o plano externo dos efeitos jurídicos já contidos em acto perfeito” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 346-347).

⁹¹ Apesar de ser essa a posição dominante, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE e PIERE DELVOLVÉ (*In: Traité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1983, t. I, p. 28) apontam que, para PÉQUIGNOT, a noção de contrato administrativo é totalmente diversa do conceito de contrato civil, tendo em vista que aquele é marcado por uma certa “unilateralidade”, a qual lhe confere originalidade.

Em primeiro lugar, o contrato é um *ato jurídico bilateral*. Portanto, trata-se de uma declaração jurídica que é o resultado do encontro da manifestação de duas partes.

Costuma-se dizer que se trata de um “acordo de vontades” (consentimento). Essa expressão leva intuitivamente à idéia de autonomia da vontade. Essa autonomia, no âmbito do contrato administrativo, só existe em relação ao particular que irá contratar com a Administração Pública. Somente aquele tem liberdade para decidir se firma ou não o contrato.⁹² O Poder Público — por exercer função administrativa — só atua dentro dos parâmetros traçados pelas normas legais e constitucionais. Tanto isso é verdadeiro que a “vontade administrativa” de firmar o contrato é formada no âmbito de um processo administrativo (licitatório ou de contratação direta) disciplinado em lei.

Como se procurou afastar o termo “vontade” das manifestações administrativas, prefere-se simplesmente fazer menção a *ato jurídico bilateral*, a qual já passa a idéia de que há uma “dupla legitimação”⁹³ para a celebração do contrato, seja ele privado ou administrativo.

Além disso, ao se falar em “ato jurídico bilateral”, fica evidente a função do contrato de introduzir normas jurídicas. Essas, por sua vez, têm natureza infralegal e serão individuais e concretas. Por meio do contrato, as partes procuram estabelecer a si próprias normas jurídicas, cuja incidência leva à produção de efeitos, ou seja, à instauração da relação jurídica obrigacional.⁹⁴

⁹² “Por outro lado, temos de frisar como um dos traços definidores do contrato administrativo a *autonomia da vontade do particular*, relacionada, pelo menos, à formação do vínculo. Se o particular não desejar formar o vínculo, à Administração não caberá constrangê-lo” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 525).

⁹³ “A característica do contrato reside na atribuição, pelo Ordenamento Jurídico, de dupla legitimação a sujeitos, cuja atuação não identifica-se com o exercício do poder legiferante estatal. A dupla legitimação caracteriza-se como *poder* para realizar não apenas um ato apto a produzir efeitos jurídicos como também para editar regras jurídicas que disciplinarão sua conduta futura, complementando e especificando mandamento normativo emitido pelo Estado.

Ao produzir disciplina jurídica da conduta futura, o contrato dispõe sobre faculdades, obrigatoriedades e (ou) proibições relativas à conduta das partes” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 152-153).

⁹⁴ SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA (In: *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3, p. 32) explica que o contrato tem a finalidade de “constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial entre as partes”.

A segunda característica dos contratos reside na autoridade do vínculo contratual⁹⁵, ou seja, na sua *força obrigatória (pacta sunt servanda)*. Costuma-se salientar que o contrato “faz lei entre as partes”, estando esse princípio na base do direito contratual.⁹⁶

No âmbito dos contratos privados, da força obrigatória deriva o *princípio da intangibilidade do contrato*. Nenhuma das partes pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem mesmo o Poder Judiciário. Contudo, vale frisar que essa é a regra, havendo exceções.⁹⁷

Em relação aos contratos administrativos, sempre foi discutida a presença do princípio da força obrigatória, tendo em vista as impropriamente chamadas “cláusulas exorbitantes”, notadamente a prerrogativa administrativa de alteração unilateral do contrato (*ius variandi*).

Entretanto, esse dever-poder de modificação unilateral não desnatura o princípio do *pacta sunt servanda*. MARÇAL JUSTEN FILHO tem razão ao afirmar que “o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem. Há uma espécie de *organicidade interna* ou *sistematicidade* nos contratos administrativos. Isso significa que a alteração de certa(s) cláusula(s) acarreta a modificação necessária de outra(s). Não se modifica unilateralmente o núcleo econômico do contrato administrativo”.⁹⁸

De fato, o contrato administrativo deve ser fielmente cumprido pelas partes.⁹⁹ A inobservância das cláusulas contratuais pela Administração implica inadimplemento contratual. E, por seu turno, o dever-poder de alteração unilateral (que é manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado) está submetido a

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 683.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006, p. 372.

⁹⁷ “Existe, contudo, exceções ao princípio da intangibilidade ou inalterabilidade do contrato. Admite-se a modificação pelo Poder Judiciário por fato imprevisível que modifique o estado de fato contemporâneo à celebração do contrato e torne excessivamente oneroso o seu cumprimento (Teoria da Imprevisão, art. 478 e ss. Novo Código Civil), ou, nos contratos de consumo, por fatos supervenientes, mesmo previsíveis, que tornem as prestações excessivamente onerosas (oneriosidade excessiva)” (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil*, p. 37).

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 170.

restrições impostas pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Tais limitações se encontram previstas em lei, a qual prevê as condições para o exercício dessa competência. Dentre essas restrições, há a impossibilidade de se alterar a equação econômico-financeira.¹⁰⁰ Como bem anotou FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, o *ius variandi* não é título jurídico para que “a Administração deixe de honrar os compromissos contratuais contraídos”, sob pena de desvio de finalidade.¹⁰¹

O mesmo raciocínio se aplica, por exemplo, no que diz respeito ao fim do contrato por força da invalidação levada a cabo pela Administração Pública.¹⁰²

Com base no exposto, pode-se definir o *contrato como o ato jurídico bilateral introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional*.

A partir disso, para definir o contrato administrativo basta substituir a expressão “ato jurídico bilateral” por “ato *administrativo* bilateral”. A alteração é significativa, pois não se trata de um contrato qualquer, mas sim de um *contrato produzido no exercício de função administrativa*. Ora, isso implica submissão do contrato administrativo a um *regime jurídico de direito administrativo*, marcado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

A sujeição ao regime jurídico-administrativo explica, sem maiores dificuldades, a razão pela qual a Administração detém determinadas “prerrogativas” (que, em verdade, são competências), as quais sequer precisam estar previstas no contrato. Elas decorrem da ordem jurídica, mais precisamente da Constituição e das

⁹⁹ O art. 66 da Lei nº 8.666/93 prescreve que o “contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.

¹⁰⁰ Vide art. 58, § 2º, e art. 65, § 6º, da Lei nº 8.666/93.

¹⁰¹ Em outra passagem, o autor escreve que a possibilidade de alteração unilateral “não significa delegar à Administração o ‘apossamento’ sobre a relação contratual, de molde a ditar-lhe o sentido obrigacional. Não se reconhece no *ius variandi* qualquer autorização para a Administração inadimplir ou relativizar o cumprimento das prestações que lhe cabem, numa espécie de auto-regulamentação contratual. O contrato administrativo está informado pelo princípio *pacta sunt servanda*. As partes contraentes (Administração e particular) devem obediência aos termos pactuados, os quais produzem normas jurídicas que as vinculam” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 124-125).

¹⁰² O tema da invalidação dos contratos será objeto de análise na Seção I do Capítulo V.

leis. Assim, esses deveres-poderes somente podem exercidos com base e dentro dos limites traçados pelas normas constitucionais e legais.

Justamente por tal razão, concorda-se com os que defendem a inexistência, no direito brasileiro, de contratos privados da Administração Pública, em relação aos quais tais “prerrogativas” não incidiriam.¹⁰³ Na lição de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, “todas as avenças firmadas pela Administração Pública prostam-se submissas ao regime jurídico administrativo em maior ou menor intensidade”.¹⁰⁴ Ademais, a própria Lei nº 8.666/93 admite, em seu art. 62, § 3º, o exercício desses deveres-poderes em contratos em que há um maior influxo do direito privado.¹⁰⁵ Assim, independentemente do tipo contratual, a Administração poderá, v.g., sancionar o particular em caso de inadimplemento contratual.

Afirmar que o contrato administrativo é um ato administrativo bilateral traz ainda outra conseqüência (aliás, bastante relevante neste trabalho), qual seja: *o regime jurídico de manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos é basicamente o mesmo dos atos administrativos unilaterais inválidos*. Desse modo, a convalidação dos contratos inválidos, por exemplo, segue praticamente as mesmas normas referentes à convalidação dos atos administrativos unilaterais.

Além da pertinência à função administrativa, a caracterização do contrato administrativo exige que uma das partes seja uma entidade da Administração Pública direta ou indireta. Com isso, pretende-se excluir, ao menos para os fins deste trabalho,

¹⁰³ Sobre a origem da dicotomia contratos administrativos e contratos privados da Administração (cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2006, v. I, p. 688 e ss.; ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 22 e ss.). Além de os chamados “contratos privados da Administração” serem atos administrativos bilaterais, também se pode agregar que, em países como o Brasil, onde não há dualidade de jurisdição, a distinção perde muito da sua relevância.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 184. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 524; SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 203.

¹⁰⁵ Num contrato de locação em que a Administração é locatária (em que há uma maior incidência de normas privadas), não é possível, por exemplo, o acréscimo de quantidade (art. 65, I, “b”, e § 1º, da Lei nº 8.666/93). Entretanto, não por ser contrato privado, mas sim porque o objeto não comporta um aumento de quantidades. Agora, num contrato de compra e venda, também considerado como sendo típico de direito privado, é perfeitamente possível a alteração unilateral quantitativa.

aqueles contratos celebrados por pessoas que estejam fora da estrutura administrativa, embora estejam eventualmente no desempenho de função administrativa.

Por conseguinte, *contrato administrativo é o ato administrativo bilateral introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes (sendo uma delas uma entidade da Administração Pública) e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional.*

4. Elementos e pressupostos dos contratos administrativos

Uma das vantagens do conceito acima apresentado consiste no fato de que, ao se apontar que o contrato administrativo é uma espécie de ato administrativo, é possível analisar aquele a partir da estrutura desse último.

O tema dos elementos e pressupostos do ato administrativo é bastante discutido na doutrina. De maneira geral, costuma-se apontar como elementos do ato administrativo o sujeito, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade. Há, nesse ponto, variações: em vez de sujeito, alguns preferem falar em “competência”; no lugar do objeto, outros adotam o vocábulo “conteúdo”. Além disso, discute-se acerca da terminologia para designá-los (elementos, requisitos, pressupostos, causas etc.).¹⁰⁶

Neste ponto, concorda-se com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando afirma que é irrelevante a discussão sobre nomes (elementos, pressupostos, causas etc.); relevante é a discussão sobre um “modelo de análise que leve em conta o conjunto de ‘objetos de pensamento’ úteis para ressaltar os diferentes aspectos a serem examinados quando se quer avaliar as condições de produção e validade do ato administrativo”. A atividade mental de dividir o ato administrativo em partes e de se identificar os seus pressupostos tem a função de melhor avaliar a validade material e

¹⁰⁶ MARCELLO CAETANO (In: *Manual de direito administrativo*, p. 429) difere elementos, requisitos e pressupostos. O *elemento* se encontra no ato, somente sendo dele separado por abstração; *requisitos*, por sua vez, são exigências legais que condicionam a validade ou a eficácia do ato, os quais podem depender de certas situações *pressupostas* na lei. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (In: *Princípios de direito administrativo*, v. I, p. 500 e ss.), por sua vez, fundado na filosofia aristotélico-tomista, entende que todos os elementos que, de modo essencial ou acidental, influem na existência do ato são suas *causas*. HELY LOPES MEIRELLES (In: *Direito administrativo brasileiro*, p. 134) adota o termo “requisitos”. Já MARÇAL JUSTEN

formal do ato administrativo. “Logo, a melhor sistematização do tema será aquela que de maneira coerente proponha um esquema mental capaz de realçar o maior número de pontos importantes para o exame da produção e validade do ato administrativo”.¹⁰⁷

O modelo que melhor atende a esses objetivos é o elaborado por esse jurista, cujas lições, neste ponto, adota-se de forma integral.¹⁰⁸

O autor diferencia os elementos dos pressupostos do ato administrativo. Por elemento, entende-se a parte componente de um todo. Nesse sentido, existem apenas dois elementos do ato administrativo: a *forma* e o *conteúdo*.

Já os pressupostos são aspectos exteriores ao ato, não são partes integrantes dele. Esses pressupostos ora serão condicionantes da sua existência (pressupostos de existência), ora condicionantes de sua validade (pressupostos de validade). São pressupostos de existência o *objeto* e a *pertinência à função administrativa*. Já os pressupostos de validade são os seguintes: (a) pressuposto subjetivo (*sujeito*); (b) pressupostos objetivos (*motivo e requisitos procedimentais*); (c) pressuposto teleológico (*finalidade*); (d) pressuposto lógico (*causa*); (e) pressuposto formalístico (*formalização*).

Os contratos administrativos, por serem atos administrativos bilaterais, também podem ser estruturados desse modo, ou seja, em elementos e pressupostos. Essa análise é útil, porquanto, conforme seja o vício específico do contrato administrativo, a conseqüência para a invalidade será diversa.¹⁰⁹ Justamente por tal razão, convém abordar, ainda que sumariamente, tais elementos e pressupostos.

4.1. Elementos do contrato administrativo

Como já mencionado, são elementos do ato administrativo (unilateral ou

FILHO (In: *Curso de direito administrativo*, p. 200) prefere a expressão “aspectos”, pois assim se deixa claro que o ato administrativo “apresenta diversas facetas, as quais estão ligadas entre si de modo indissociável”.

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 375. Não se concorda com AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ (In: A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, nº 6. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, outubro, 1946, p. 54), para quem a separação do ato em elementos acaba por “obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo”.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 372 e ss.

bilateral) a forma e o conteúdo.

Forma é a exteriorização do ato administrativo. Não há ato jurídico sem que ele assuma uma forma, pois o direito não se ocupa de pensamentos ou de intenções não exteriorizadas. Frise-se que a forma não precisa ser escrita; o agente pode se manifestar oralmente ou por gestos. O importante é que exista uma *manifestação* (ou declaração), pois, sem ela, não há texto (em sentido amplo) a ser interpretado, ou seja, não há como produzir normas jurídicas.

Quando a Administração e um particular decidem verbalmente se obrigar, o último a entregar dada mercadoria, por exemplo, e aquela a pagar o preço quando do adimplemento, haverá contrato administrativo. Poderá haver um vício de formalização, tendo em vista que, em regra, os contratos administrativos têm que ser celebrados por escrito.¹¹⁰ Mas, não há dúvidas de que há uma manifestação jurídica formada por duas partes.

Por sua vez, o *conteúdo* “é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o *próprio ato*, em sua essência”.¹¹¹ Como se pode perceber, o conteúdo se identifica com as normas jurídicas que a declaração jurídica veicula.

No âmbito dos contratos administrativos, o conteúdo é basicamente representado pelas normas que obrigam o contratado a cumprir a prestação de determinado modo e pela norma que impõe à Administração o dever de, uma vez executado objeto pelo contratado, efetuar o pagamento num prazo específico. Pode-se dizer que essas são as normas que tratam da obrigação principal, sendo certo que também existem normas que dispõem sobre as obrigações acessórias.¹¹²

¹⁰⁹ Exemplo: o vício de conteúdo leva à invalidação do contrato, sendo impossível a sua convalidação; por outro lado, o vício de sujeito possibilita a convalidação.

¹¹⁰ Nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93: “É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea ‘a’ desta Lei, feitas em regime de adiantamento”.

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 376.

¹¹² Anote-se que a Lei nº 8.666/93 estabelece as cláusulas que deverão fazer parte do contrato, notadamente em seu art. 55. No mesmo sentido, convém citar o art. 23 da Lei 8.987/95, quanto aos contratos de concessão de serviço público, bem como o art. 5º da Lei nº 11.079/04, no que tange aos contratos de parceria público-privada.

Em suma, o conteúdo do contrato administrativo se identifica com as normas (individuais e concretas) que disciplinam a relação jurídica obrigacional que liga a Administração e o terceiro.

4.2. Pressupostos de existência do contrato administrativo

Dois são os pressupostos de existência do ato administrativo: objeto e pertinência à função administrativa.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO escreve que o conteúdo do ato administrativo não se confunde com o seu objeto, o qual seria pressuposto de existência do ato. O objeto seria aquilo acerca do qual o conteúdo se refere. “É certo que, se o conteúdo fala sobre algo, é porque este algo constitui-se em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra”.¹¹³

Aliás, esse posicionamento do autor — que antes considerava o objeto absorvido no conteúdo — se funda nas lições de WEIDA ZANCANER sobre o assunto, para quem é necessário distinguir o objeto do conteúdo, tendo em vista que há objetos que não podem ser suportes para a emanção de uma declaração jurídica, quais sejam, aqueles fática e juridicamente impossíveis.¹¹⁴

O objeto dos contratos administrativos consiste na relação jurídica obrigacional. São as prestações (de dar, fazer ou não-fazer) que a Administração e a outra parte se obrigaram a cumprir. O objeto mediato do contrato é o bem jurídico

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 377.

¹¹⁴ “O conteúdo, realmente, tem que se referir a um objeto; todavia, nada obsta, lógica ou faticamente, que esse objeto possa inexistir ou ser impossível juridicamente.

A referibilidade a um objeto é condição inerente à existência do conteúdo de uma declaração, embora nem todo objeto possa ser referido em um conteúdo em se tratando de uma declaração jurídica.

Assim, se no mundo fenomênico o conteúdo sempre irá se referir a um objeto, seja este real ou ideal, existente ou não, nas declarações jurídicas não é qualquer objeto que serve como suporte para a manifestação de um conteúdo.

Destarte, a afirmação de que num conteúdo há implicitamente referência a um objeto não pode ser extrapolada para o Direito, pois há objetos que não servem de sustentáculo à emanção de uma declaração jurídica, e a análise da existência ou viabilidade jurídica do objeto refere-se ao plano da existência ou perfeição do ato e não, exclusivamente, como pretendem alguns, ao plano de sua validade” (ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 31-32).

sobre o qual versa a prestação.¹¹⁵

O objeto contratual deverá ser — além de lícito, pois é o que impõe o princípio da legalidade — determinado. Vale lembrar que, no âmbito da licitação, é necessário que o objeto da futura contratação seja descrito de forma precisa e suficiente no ato convocatório da licitação (art. 40, I, e § 2º, da Lei nº 8.666/93), a fim de propiciar uma competição adequada.¹¹⁶ Ademais, o art. 55, I, do mesmo diploma legal prevê expressamente que é cláusula essencial do contrato aquela que disponha sobre o objeto e suas especificações.

O contrato será inválido se o seu objeto não for, pelo menos, determinável.¹¹⁷ Assim, se a Administração celebra com terceiro um contrato para adquirir “canetas”, sem especificar o quantitativo desse produto, haverá contrato administrativo. Entretanto, ele será inválido em razão da indeterminação do objeto.

As alterações unilaterais qualitativas e quantitativas terão em vista o objeto mediato do contrato. No primeiro caso, haverá mudança no projeto ou nas especificações desse objeto (art. 65, I, “a”, da Lei nº 8.666/93); no segundo, aumento ou supressão de quantidades, limitadas a 25% ou 50%, conforme o caso (art. 65, I, “b”, e § 1º, da Lei de Licitações).

No que se refere ao segundo pressuposto de existência do contrato administrativo, remete-se o leitor aos itens 2.2 e 3 deste Capítulo. Com efeito, dentre os vários critérios elaborados pela doutrina¹¹⁸, o mais adequado para qualificar um contrato como administrativo só pode ser a sua *pertinência à função administrativa*, vista sob o ponto de vista formal (jurídico).¹¹⁹ Isso implica submissão desse tipo de

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 492.

¹¹⁶ Conforme o enunciado da Súmula 177 do Tribunal de Contas da União: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

¹¹⁷ Aqui, deve-se aplicar analogicamente o art. 104, II, do Código Civil de 2002.

¹¹⁸ Sobre os critérios adotados para a identificação do contrato administrativo, vide ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 71 e ss.

¹¹⁹ Esse posicionamento também é defendido por JUAN CARLOS CASSAGNE, embora o autor adote uma visão material de função administrativa. De todo modo, o jurista argentino tem razão ao asseverar que esse critério “*permite distinguir dicha función de la actividad industrial o comercial del Estado, también llamada*

ajuste a um regime jurídico de direito público. O fato de em determinados tipos de contratos incidirem normas de direito privado¹²⁰ não afasta por completo a aplicação daquele, e não o transforma em contrato privado da Administração.

4.3. Pressupostos de validade do contrato administrativo

4.3.1. Pressuposto subjetivo (sujeito)

Sujeito é aquele legitimado pelo sistema jurídico para produzir o ato administrativo. O sujeito não é elemento do ato, já que não o integra. “Evidentemente, quem produz um dado ser não se confunde nem total nem parcialmente com o ser produzido”.¹²¹

O sujeito será um ente no exercício de função administrativa. Segundo OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, em primeiro lugar, deve-se verificar a capacidade jurídica da pessoa que editará o ato, ou seja, se as atribuições que lhe foram conferidas possibilitam a produção do ato. Assim, o Município de São Paulo poderá praticar certo ato administrativo se a Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo e a Lei Orgânica do Município lhe conferiram essa atribuição.¹²²

Em seguida, há que se analisar a competência do órgão que atuará pela pessoa jurídica. Na lição desse jurista, capacidade é a aptidão para ter e exercer direitos, enquanto a competência do órgão é a medida dessa capacidade, ou seja, é a quantidade de poder que lhe cabe, entre as atribuições daquela pessoa. Tal competência se dá em razão da matéria objeto do ato, ou em função da organização do serviço, a qual tem em vista a hierarquia dos órgãos ou a região em que atuam.¹²³

Depois, deve-se apurar se o agente público se encontra regularmente investido

*gestión económica, donde la Administración acude a los principios y técnicas de la contratación privada (ej.: en la actividad del Banco Nación regida por el derecho mercantil)” (CASSAGNE, Juan Carlos. **El contrato administrativo**, p. 29-30).*

¹²⁰ Vide art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93.

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 369.

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 505.

nessa situação jurídica e se ele é o titular do órgão a quem compete praticar o ato.¹²⁴ Ademais, não pode haver óbices para a edição do ato administrativo em determinado caso concreto, como ocorre nas situações de impedimento e suspeição.

No contrato administrativo, como já foi mencionado, há uma dupla legitimação, porquanto são duas as partes necessárias para a elaboração da declaração jurídica. Num dos pólos, haverá sempre uma pessoa jurídica pertencente à Administração Pública, ou seja, alguém no desempenho de função administrativa.

No outro pólo contratual, deverá figurar uma outra pessoa, que poderá ser tanto uma outra entidade administrativa como uma pessoa privada, natural ou jurídica. Nesse último caso, a verificação da capacidade da parte contratual ocorrerá quando da fase de habilitação no processo administrativo pré-contratual (licitatório ou de contratação direta).

Saliente-se que em cada um dos pólos contratuais é possível haver mais de um sujeito, sem que o ato deixe de ser bilateral. Isso ocorre, por exemplo, quando a Administração contrata duas ou mais pessoas jurídicas que formam um consórcio.¹²⁵

Portanto, a conjugação da manifestação de duas partes resultará na formação de uma só declaração jurídica, qual seja, o contrato. Para que ele seja qualificado de “administrativo”, é preciso que uma delas esteja no exercício de função administrativa.

4.3.2. *Pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais)*

O *motivo* consiste no fato descrito na hipótese da norma legal que autoriza a prática do ato administrativo. Trata-se, portanto, do suporte fático sobre o qual a norma legal incide, ou seja, é o fato jurídico cujo efeito é a edição do ato.

O motivo que autoriza a Administração a contratar é a existência de uma necessidade pública a ser satisfeita. Ressalte-se que é a partir dessa necessidade que a Administração irá definir o objeto capaz de supri-la e os encargos que caberão ao contratado. Assim, se o Poder Público, para o desempenho de suas tarefas, precisa de

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 506.

¹²⁴ *Ibidem*.

um meio de transporte a ser utilizado pelos agentes públicos, ela poderá comprar veículos que tenham determinadas características ou locá-los. Feita a escolha, a Administração define o objeto da futura contratação, a qual irá suprir a necessidade pública.¹²⁶ Como se pode perceber, o motivo do contrato não se confunde com esse ato jurídico bilateral, razão pela qual não é elemento, mas sim pressuposto.

A verificação do motivo ganha destaque quando se tratar de contratação direta, porquanto, além da necessidade pública, é preciso que a situação fática se coadune com a hipótese legal. Desse modo, num contrato fundado no art. 24, V, da Lei nº 8.666/93 é preciso que a Administração demonstre que existia uma demanda pública a ser satisfeita, que foi realizada uma licitação que restou deserta, que não é possível repetir esse certame sem prejuízos e que as condições previstas no edital da licitação citada foram mantidas.

É importante frisar ainda que a Administração Pública deverá deixar bem claro, nos autos do processo administrativo pré-contratual, qual é o motivo da contratação. A ausência ou a ilegalidade dos motivos vicia o processo, podendo levar à invalidação do contrato administrativo.

Além da existência do motivo (que é fato jurídico), os atos administrativos também demandam, como pressuposto objetivo, atos jurídicos prévios à sua edição. São os chamados *requisitos procedimentais*.

Como regra, os contratos administrativos deverão ser precedidos de licitação pública, que é um processo administrativo que tem por objetivo selecionar de forma isonômica o futuro contratado. A licitação é um puro dever¹²⁷, o qual se encontra constitucionalmente previsto no art. 22, XXVII, art. 37, XXI, e no art. 175, *caput*,

¹²⁵ Cf. art. 33 da Lei nº 8.666/93 e art. 19 da Lei nº 8.987/95.

¹²⁶ Sobre o tema, cf. MENDES, Renato Geraldo. Aspectos fundamentais do contrato administrativo — relação entre encargos e remuneração. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 155, Curitiba: Zênite, janeiro, 2007, p. 5-18.

¹²⁷ Nas palavras do Ministro CARLOS AYRES BRITTO (*In: O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 58), esse puro dever “quer significar, assim, uma prática administrativa sem mistura, castiça, na medida em que tal prática não é imposta à Administração por simples e automática relação de inerência com um dado poder administrativo. É algo substancial em si mesmo, implicando, no caso, um tipo de atuação preparatória de outra, que é a celebração de um contrato pela própria Administração Pública. Um embargo ao ajuste direto”.

todos da Constituição da República.¹²⁸

A licitação pública é extremamente importante para a análise do contrato administrativo, sendo ela, segundo CARLOS ARI SUNDFELD, “a matriz de uma das mais importantes causas de ilegitimidade dos contratos da Administração”. Desse modo, ainda na lição do autor, serão inválidos os contratos celebrados: (a) sem licitação, salvo nos casos de dispensa ou inexigibilidade; (b) em decorrência de licitação inválida (art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93); (c) com preterição da ordem de classificação (art. 50 da Lei nº 8.666/93); (d) sem observância das condições previstas no edital de licitação (art. 54, § 1º, e art. 55, XI, da Lei nº 8.666/93).¹²⁹

Como é sabido, há situações em que a licitação pública não terá lugar, havendo uma contratação direta. Por vezes, o certame licitatório será inviável, por faltar um dos pressupostos da licitação¹³⁰; trata-se da inexigibilidade de licitação. Em outros casos, o processo licitatório será afastado em virtude de uma autorização legal, embora o certame seja possível; é a hipótese de dispensa de licitação.¹³¹

Apesar de a contratação não ser precedida de licitação, isso não significa que não seja necessário instaurar um processo administrativo pré-contratual, em que se apure, por exemplo, se o preço ofertado está em conformidade com o mercado, se o proponente atende os requisitos de habilitação, se há previsão de recursos orçamentários destinados a cobrir a despesa. O contrato não é celebrado de modo automático. “Ao contrário, a contratação direta *exige* um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível”.¹³²

Esse processo administrativo de dispensa ou inexigibilidade também influencia o contrato administrativo. Tanto isso é verdadeiro que o art. 54, § 2º, da Lei

¹²⁸ “O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação, e ao estabelecer essa obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios.

Vale a pena repetir: ainda que não haja um determinado dispositivo legal exigindo a licitação, mesmo assim a Administração Pública está obrigada a licitar. Essa obrigatoriedade decorre diretamente da Constituição, cujos princípios são indubitavelmente imperativos” (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33).

¹²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 218-219.

¹³⁰ Sobre os pressupostos da licitação, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Pressupostos da licitação. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 98, Curitiba: Zênite, abril, 2002, p. 236-241.

¹³¹ Sobre a dispensa e inexigibilidade, vide arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

de Licitações prevê que tais ajustes deverão atender aos termos do ato que autorizou a contratação direta. Aliás, isso é repetido no art. 55, XI, do mesmo diploma legal. Dessa forma, será inválido o contrato administrativo derivado de processo administrativo de dispensa ou inexigibilidade com vício de legalidade.

4.3.3. *Pressuposto teleológico (finalidade)*

Todo ato administrativo pressupõe uma *finalidade* a ser atendida com a sua edição. Com a prática do ato, a Administração procura alcançar um objetivo legalmente previsto. Disso decorre a sua tipicidade: para atingir um fim, o Poder Público deverá utilizar um ato determinado em lei.

Quando a Administração atua em desacordo com a finalidade legal, haverá desvio de finalidade (ou desvio de poder). Esse vício pode se manifestar de dois modos: (a) o agente busca finalidade estranha ao interesse público; (b) o sujeito, embora pratique o ato em vista da finalidade pública, utiliza categoria diversa da legalmente estipulada para tanto.¹³³ Neste último caso, dependendo das circunstâncias concretas, é possível haver a conversão do ato inválido.¹³⁴

Nos contratos administrativos, a finalidade será sempre a satisfação da necessidade pública. Conforme seja o fim, haverá um contrato específico a ser celebrado. Se a Administração precisa de materiais de escritório, deverá ela adquirir tais bens por meio de um contrato de compra e venda. Quando se pretender ceder o uso de espaço no edifício da Administração para que seja instalada uma lanchonete a ser usada pelos servidores e pelo público que frequenta o ambiente, deverá ser feito um contrato de concessão de uso de bem público. Em suma, para satisfazer a necessidade pública (finalidade), a Administração celebrará um contrato específico para tanto.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 228.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 389.

4.3.4. Pressuposto lógico (causa)

A noção de causa é bastante controvertida. Não é útil entrar nessa discussão, mas é possível afirmar que a confusão, por vezes, resulta da falta de estipulação do sentido com que o termo é usado por cada jurista.¹³⁵

Neste estudo, adota-se o conceito proposto por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem *causa* é a correlação lógica entre o motivo do ato e o seu conteúdo, tendo em vista a finalidade legal.¹³⁶

O conceito proposto por esse jurista tem fundamento nas lições de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, o qual defende que a causa, enquanto elemento essencial do ato administrativo, é a relação de adequação entre o motivo e o conteúdo.¹³⁷ Como se pode perceber, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acrescenta à noção de causa apresentada pelo autor português a *finalidade*, além de considerar a causa como pressuposto do ato. De fato, a causa não pode ser elemento, tendo em vista que é uma relação entre dois pressupostos (motivo e finalidade) e um elemento (conteúdo).

A partir disso, fica claro que a causa não tem o mesmo sentido de motivo. Enquanto esse é o fato jurídico que autoriza a prática do ato, a causa é a *relação* entre o motivo e o conteúdo, em função da finalidade buscada.

A análise do pressuposto lógico do contrato administrativo passa pelo exame da compatibilidade do conteúdo do contrato com a necessidade concreta da Administração a ser satisfeita, tendo em vista a finalidade legal.

Como regra, o vício de causa já se verifica quando do processo administrativo pré-contratual, pois é nesse momento em que a Administração define o conteúdo do futuro contrato. Vale lembrar que o Poder Público não poderá fazer quaisquer

¹³⁴ A conversão será estudada no Capítulo IV, Seção II.

¹³⁵ Sobre os diversos sentidos do termo “causa”, cf. PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 110 e ss.

¹³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 390.

¹³⁷ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, p. 122. Em realidade, o jurista português define a causa como “*relação entre os pressupostos do acto e o seu objecto*”. “Pressupostos do ato”, para o autor, são os motivos, e “objeto” tem o mesmo sentido de “conteúdo”.

exigências, mas somente as que sejam indispensáveis ao cumprimento da obrigação.¹³⁸ Aquelas que se mostrarem excessivas deverão ser reputadas ilícitas. Se fosse possível à Administração estabelecer as condições que bem entendesse, por mais excessivas que fossem, poderia haver eliminação da competição, com o favorecimento indevido de determinadas pessoas, o que seria ofensivo ao princípio da isonomia.

4.3.5. *Pressuposto formalístico (formalização)*

A *formalização* é o modo específico pelo qual o ato administrativo se exterioriza. Não se confunde com a forma, que é a manifestação, é a exteriorização do ato. A maneira pela qual se dá a exteriorização é a formalização. Um ato administrativo tem forma por ser uma declaração jurídica. Esta, por sua vez, pode ser formalizada oralmente ou por escrito.

Os contratos administrativos (e seus termos aditivos) são formalizados por escrito, devendo ser “lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas” (art. 60, *caput*, da Lei nº 8.666/93). O contrato administrativo verbal é ilícito, com exceção daqueles relativos a pequenas compras de pronto pagamento, quais sejam, as não superiores a 5% do valor previsto no art. 23, II, “a”, da Lei nº 8.666/93, feitas em regime de adiantamento (vide art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações).

Ademais, o instrumento contratual deverá conter determinadas cláusulas, as quais se encontram previstas no art. 55 da Lei de Licitações.¹³⁹ Segundo MARÇAL

¹³⁸ Nos termos do art. 37, XXI, parte final, da Constituição da República, são apenas permitidas “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

¹³⁹ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento

JUSTEN FILHO, somente as cláusulas previstas nos incisos I, II, III, IV e VII desse dispositivo legal são obrigatórias. “As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regras legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato”.¹⁴⁰

Em se tratando de contratações de valor superior ao limite previsto para tomada de preços (sejam elas decorrentes ou não de licitação) ou se houver obrigações futuras (independentemente do valor do contrato), o termo de contrato será obrigatório. Nas demais situações, esse termo poderá ser substituído por outros instrumentos, como a carta-contrato, a nota de empenho, dentre outros (art. 62, *caput*, e §§ 2º e 4º, da Lei nº 8.666/93).

dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 498. No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, p. 225.

CAPÍTULO III — DA INVALIDADE DO ATO E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Definição e tipos de invalidade

No Capítulo I (tópico 2), estipulou-se o conceito de *validade* como sendo a *relação de conformidade de norma inferior com a norma superior*. Uma norma jurídica é válida se o seu processo de produção e o seu conteúdo são compatíveis com as normas de superior hierarquia.

Invalidade é a relação de desconformidade de norma inferior com a norma superior. Há, pois, um defeito nessa relação. A norma inferior apresenta uma incompatibilidade com a norma superior, seja no que se refere ao seu conteúdo, seja no que tange ao seu processo de produção. Percebe-se, portanto, que o conceito de invalidade é *relacional*: expressa sempre um defeito na relação entre dois termos.¹⁴¹

A invalidade não admite graus. A norma jurídica é válida ou inválida.¹⁴² Entretanto, pode-se vislumbrar espécies de invalidade, conforme seja o parâmetro do controle. Assim, uma norma jurídica poderá ser inválida por *inconstitucionalidade* ou por *ilegalidade*. No primeiro caso, o defeito decorre da não observância às normas constitucionais; na ilegalidade, a norma jurídica não cumpre com os preceitos legais.¹⁴³

¹⁴¹ No mesmo sentido, JORGE MIRANDA (*In: Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 473) assevera que os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade são relacionais, na medida em que designam “a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”. Frise-se, contudo, que para o jurista português, um dos termos da relação de inconstitucionalidade é um comportamento, que pode ser uma ação (ex.: a lei) ou uma omissão.

A omissão não é uma norma jurídica. Logo, não se enquadra no conceito de invalidade proposto neste estudo. A “omissão inconstitucional” nada mais é do que uma conduta antijurídica do Poder Público, é um fato jurídico, é o descumprimento de um dever jurídico, que traz como consequência, no direito brasileiro, a possibilidade de se propor uma medida perante o Poder Judiciário (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão). A situação é ontologicamente idêntica a de um servidor que deixa de praticar um ato administrativo a que estava obrigado por lei. Tanto lá como aqui há uma omissão juridicamente relevante, um fato jurídico.

¹⁴² Na conhecida lição de HELY LOPES MEIRELLES (*In: Direito administrativo brasileiro*, p. 189): “O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido”.

¹⁴³ “A dicotomia *direito da constituição/direito da lei* continua a ser a pedra angular dos parâmetros de controlo de constitucionalidade e da legalidade. Nestes termos: (1) os actos normativos directamente violadores das normas e princípios da constituição estão feridos de *inconstitucionalidade* porque infringem o direito da constituição; (2) os actos normativos não directamente contrastantes com a constituição mas sim com outros

A distinção é útil, porque, conforme seja a natureza do vício, o regime jurídico de retirada da norma é diverso. Assim, se as normas contidas num decreto infringem *diretamente* as normas constitucionais (ex.: caso se trate de decreto autônomo, sem fundamento em lei), cabe ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, se a ofensa às normas constitucionais é *indireta* e, em relação às normas legais, é *direta*, a desconstituição da norma do decreto não pode se dar por meio de controle concentrado, mas somente pelo concreto. Em suma, no direito brasileiro, conforme seja o parâmetro de controle, as conseqüências para a invalidade serão distintas.

2. Definição de ato e contrato administrativo inválido

No âmbito do direito administrativo, a regra será a invalidade por ilegalidade, porquanto os atos administrativos (unilaterais ou bilaterais) são atos complementares à lei. Entretanto, poderá haver inconstitucionalidade do ato administrativo. Isso ocorrerá nos casos excepcionais em que o ato for vinculado à Constituição e quando houver ofensa direta às normas constitucionais (como no caso do decreto autônomo). Neste trabalho, por ser a lei o parâmetro de controle mais corrente em relação aos atos administrativos, será abordado o tema da invalidade tão-somente a partir do prisma ilegalidade.

Desse modo, o ato administrativo será inválido sempre que for portador de um vício de legalidade. Esse vício se traduz num “defeito na relação entre o ato e a ordem legal”.¹⁴⁴ Em suma, *o ato administrativo será inválido se for produzido e/ou se o seu*

parâmetros de natureza legislativa ordinária padecem de ilegalidade, dado violarem o direito da lei” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 917).

¹⁴⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, p. 59.

É importante ressaltar, seguindo a linha desse jurista, que o termo “vício” representa um defeito na relação de validade entre duas normas. Logo, não existe o chamado “vício de mérito”, o qual residiria nos atos que se tornaram inconvenientes e inoportunos; atos com esse tipo de “vício” seriam passíveis de revogação.

Como bem aponta CARLOS ARI SUNDFELD (*In: Ato administrativo inválido*, p. 34-35), não há vício de mérito que não se reduza a um vício de legalidade, pois “toda vez que se puder demonstrar que o ato é inconveniente ou inoportuno, haverá ilegalidade e, portanto, invalidade”.

*conteúdo estiver em desconformidade com a lei.*¹⁴⁵

Como o contrato administrativo nada mais é do que um ato administrativo bilateral, fica claro que ele *será inválido se estiver em desconformidade (formal e material) com a lei.*

Ao se escrever que o ato administrativo é inválido, pretende-se com isso afirmar que as normas jurídicas por ele introduzidas são inválidas. Mas, é bom frisar que determinadas normas introduzidas pelo ato podem ser inválidas, enquanto outras seriam válidas. Isso ocorre com maior frequência em relação aos decretos regulamentares, embora também possa ocorrer nos contratos administrativos. É comum apontar que certas cláusulas ilegais que não afetam a obrigação principal devem ser reputadas como “não escritas”. Em realidade, somente essas normas seriam inválidas; as normas que disciplinam a obrigação principal seriam lícitas.

3. Espécies de atos e contratos administrativos inválidos e seu regime jurídico

Uma das vantagens da perspectiva aqui adotada acerca da natureza do contrato administrativo¹⁴⁶ reside na possibilidade de aplicar, sem maiores problemas, a teoria das invalidades dos atos administrativos. “Como por detrás do contrato administrativo há um ato administrativo, que deve vir exercitado com legitimidade, os vícios que maculam os atos são os mesmos que maculam os contratos”.¹⁴⁷ Isso significa que a sistematização referente aos atos administrativos inválidos é a mesma para os contratos administrativos.

Dessa forma, o tema será abordado a partir da teoria dos atos administrativos inválidos. Logo, o que será exposto abaixo se aplica integralmente aos contratos administrativos portadores de vício de legalidade.

¹⁴⁵ ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL (*op. cit.*, p. 58) lembra que o ato administrativo também será inválido se a lei que lhe dá fundamento for inconstitucional.

¹⁴⁶ Vide Capítulo II, tópico 3.

¹⁴⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 112. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 85.

3.1. Colocação do problema. Classificações existentes

Um dos temas mais debatidos na doutrina diz respeito à classificação dos atos inválidos. O assunto é de grande relevância, tendo em vista que, conforme seja o tipo de invalidade do ato, a reação da ordem jurídica será diversa.¹⁴⁸

Não existe (e nunca existiu), no Brasil, uma unificação legislativa no que tange ao regime jurídico dos atos inválidos. A razão para isso reside na autonomia administrativa conferida pela Constituição a cada entidade federativa. É o princípio federativo que fundamenta a inexistência de uma legislação comum.¹⁴⁹ Isso sempre trouxe (e ainda traz) dificuldades para sistematizar a matéria.

Durante muito tempo, não havia qualquer legislação que fornecesse elementos seguros para a construção de uma teoria das invalidades dos atos administrativos. Em 1965 foi editada a Lei nº 4.717 (Lei da Ação Popular), a qual dispõe, em seus arts. 2º e 3º, sobre os atos nulos e anuláveis. Mas, como não conferiu tratamento jurídico diferenciado para essas figuras, ela não ajudou muito na tarefa de diferenciar os atos administrativos inválidos.¹⁵⁰

Talvez por força disso, alguns juristas se socorreram da teoria das invalidades dos atos de direito privado, adaptando-a ao direito administrativo, sob o argumento de que se tratava de teoria geral do direito. Essa foi a postura adotada, por exemplo, por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que diferenciou os atos inválidos

¹⁴⁸ “É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um *discrímen* entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 440-441).

¹⁴⁹ Atualmente, vige a Lei nº 9.784/99, aplicável à Administração Pública federal. Outras unidades da federação também dispõem de uma legislação sobre o tema, tal como Sergipe (Lei complementar nº 33/96), São Paulo (Lei nº 10.177/98) e Minas Gerais (Lei nº 14.184/02).

¹⁵⁰ A Lei da Ação Popular prevê, em seu art. 2º, que os atos administrativos lesivos ao patrimônio público serão nulos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. Já o art. 3º dispõe que os atos portadores de vícios diversos daqueles citados no art. 2º seriam anuláveis.

Acerca do tema, concorda-se com as observações de CARLOS ARI SUNDFELD (*In: Ato administrativo inválido*, p. 44). Escreve o autor: “Que significação haverá nessa dicotomia? Em verdade, nenhuma, porque a lei não estabeleceu qualquer diferença de tratamento — seja quanto à legitimação, à ação do juiz, ao prazo, à ratificação — entre os atos que chamou de nulos e anuláveis. Melhor seria se tivesse usado apenas a expressão *atos inválidos*, com o que evitaria que o intérprete se pusesse a tentar buscar no Código Civil alguma diferenciação”.

em nulos e anuláveis.¹⁵¹

Por outro lado, houve quem afastasse a aplicação integral da teoria das invalidades do direito privado aos atos administrativos. É o caso de SEABRA FAGUNDES, para quem a classificação do direito privado em atos nulos e anuláveis constante no Código Civil de 1916 não se ajusta ao direito administrativo, tendo em vista o princípio do interesse público.¹⁵²

Com base nesses pressupostos, SEABRA FAGUNDES classifica os atos inválidos em absolutamente insanáveis (nulos), relativamente inválidos (anuláveis) e atos irregulares. A distinção entre eles se funda na maior ou menor ofensa ao interesse público.¹⁵³

HELY LOPES MEIRELLES também afasta a classificação do direito privado. Na lição do jurista, nulidade e anulabilidade se fundam, respectivamente, no interesse público e no interesse privado na manutenção ou eliminação do ato inválido. Como não há, no direito público, ato editado no interesse privado, não existe a categoria dos atos administrativos anuláveis.¹⁵⁴ Para o autor, os atos administrativos inválidos serão sempre nulos.

Já CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sistematiza, conforme o

¹⁵¹ “A distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização pelos civilistas, não envolve matéria jurídica de direito privado, mas da teoria geral do direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente adaptável ao direito público, especialmente, ao direito administrativo. Não se trata, por conseguinte, de transplantação imprópria de teoria do direito privado para o direito público inconciliável com os princípios informadores do ato administrativo” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 656).

¹⁵² “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos. Por tudo isso, a aplicação dos princípios do direito privado aos atos administrativos tem de ser aceita, limitadamente, no tocante à sistematização geral e pela jurisprudência, no que respeita aos casos concretos, de modo a articulá-los com os princípios gerais e especiais do direito administrativo” (FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 53-54).

¹⁵³ *Idem*, p. 64 e ss.

¹⁵⁴ “Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares — o que só ocorre no Direito Privado — embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público — e tais são todos os atos administrativos — sua legalidade impõe-se como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 189).

regime jurídico aplicável, os atos inválidos em inexistentes, nulos e anuláveis. Os atos inexistentes seriam os que se encontram no campo do impossível jurídico, ou seja, aqueles cujo comportamento consiste na prática de crimes que ofendam os direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade. A diferença entre os atos nulos e anuláveis reside basicamente na possibilidade de convalidação, a qual só existe em relação aos atos anuláveis. Ademais, no curso de uma lide a argüição do vício dos atos nulos pode ser feita pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz; nos atos anuláveis, tal argüição somente pode ser feita pelo interessado.¹⁵⁵

Seria possível escrever páginas e páginas sobre as diversas classificações feitas pela doutrina, cada uma diversa da outra. Não é oportuno cansar o leitor com essa descrição. Convém agora discorrer sobre a classificação que parece ser a mais adequada em vista do sistema jurídico brasileiro, procurando afastar as conclusões dos autores acima ou acolhê-las, quando for o caso.

3.2. Critério para a classificação dos atos inválidos

Para se realizar qualquer classificação, o cientista deve, primeiramente, buscar um critério.

Como foi visto no tópico anterior, SEABRA FAGUNDES procedeu a uma classificação a partir do grau de ofensa ao interesse público. Conforme a intensidade da violação à ordem jurídica, o ato seria absolutamente insanável (nulo), relativamente insanável (anulável) ou irregular.

Ao se ler o trabalho do jurista, percebe-se que essa intensidade somente pode ser verificada diante de cada caso concreto, o que impede uma determinação *a priori* das conseqüências imputadas pelo ordenamento jurídico aos atos inválidos. Ou seja, o critério adotado por SEABRA FAGUNDES não é seguro para se classificar os atos inválidos, pois não nos permite saber quando um ato será absoluta ou relativamente

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 457 e ss.

insanável.¹⁵⁶ Ou seja, não há, de fato, um critério para esse fim.¹⁵⁷

Para encontrar um critério que seja apto a diferenciar as espécies de atos inválidos, o jurista deve se questionar: identificado um ato inválido, quais são os efeitos a ele imputados pela ordem jurídica? Que conseqüências estão previstas no direito positivo? Com base nessa linha, o cientista deverá agrupar numa mesma categoria os atos inválidos que trazem as mesmas conseqüências e diferenciar os que possuem efeitos distintos. O critério a ser adotado deve ser, portanto, o do regime jurídico.¹⁵⁸

A partir disso, há duas conclusões.

A primeira é a seguinte: caberá ao direito positivo determinar quais são aquelas conseqüências, *não havendo, portanto, uma regra geral que discipline a questão*. Cada sistema jurídico-positivo terá um regime jurídico específico sobre os atos administrativos inválidos. Justamente por isso, não se concorda com OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO quando ele assevera que a teoria das invalidades é própria da teoria geral do direito. Esta só se ocupa dos conceitos jurídicos fundamentais, os quais são aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico. Ocorre apenas que os diversos sistemas jurídicos, principalmente no direito privado, costumam adotar as mesmas conseqüências e talvez isso seja a causa da confusão. Mas, isso não significa que se trate de teoria geral do direito. Esta só se ocupa do conceito de invalidade, mas não dos conceitos de nulidade/anulabilidade e seus efeitos.

Em segundo lugar, até mesmo como decorrência da primeira conclusão, o direito positivo poderá, por meio de um ato de valoração do legislador, estabelecer as

¹⁵⁶ Os atos irregulares citados pelo autor são, em verdade, atos válidos, pois os seus defeitos são irrelevantes, sendo normalmente de formalização (FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 72).

¹⁵⁷ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 46-47.

¹⁵⁸ Não é outro o posicionamento de GORDILLO: “*El proceso de investigación que nos llevará al concepto y enunciación de las nulidades del acto administrativo, debe pues partir de algunos supuestos que corresponde analizar previamente: cuáles son las consecuencias jurídicas concretas que determinados hechos deben acarrear según el orden jurídico. Luego, la teoría de las nulidades estudia las consecuencias o sanciones que corresponden al acto administrativo antijurídico. Una vez elaborado ese punto de partida, debe tratarse de hallar los principales tipos y peculiaridades que se dan en las consecuencias jurídicas; y en base a los mismos se estudiará y reunirá las consecuencias jurídicas de un tenor similar, bajo un concepto común: si encontráramos que todas las consecuencias jurídicas son similares, entonces el concepto sería uno solo; si halláramos una enorme multiplicidad, tantos serían los diferentes tipos de invalidez*” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, p. XI-2).

mesmas ou diferentes conseqüências para os atos inválidos. Logo, é possível existir uma só categoria de atos inválidos, duas, três ou mais.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO está certo quando assevera existir, no direito administrativo brasileiro, “tratamentos díspares conforme o tipo de ilegitimidade”.¹⁵⁹ Por isso, afasta-se o posicionamento de HELY LOPES MEIRELLES.

Embora se concorde com aquele jurista quanto à existência de tratamentos jurídicos diferenciados conforme a espécie de ato inválido, entende-se diversamente quanto à sistematização por ele levada a cabo. Esse será o tema do próximo tópico.

3.3. Classificação adotada

3.3.1. Ponto de partida

A classificação feita por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é um ótimo ponto de partida para expor o posicionamento adotado neste trabalho, tendo em vista que o jurista apresentou as principais conseqüências jurídicas relacionadas aos atos inválidos. Como já afirmado, o autor diferencia os atos inválidos em inexistentes, nulos e anuláveis.

Os atos inexistentes consistem em “*condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados*”.¹⁶⁰ Justamente por isso, estão no campo da impossibilidade jurídica. É o caso da ordem para torturar preso, das instruções destinadas a regular o trabalho escravo, dentre outros.

A esses atos correspondem as seguintes conseqüências jurídicas (e que os diferencia dos atos nulos e anuláveis): (a) são imprescritíveis; (b) não podem ser convalidados ou ser objeto de conversão; (c) cabe direito de resistência, inclusive

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 441.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 437.

manu militari; (d) em nenhuma hipótese são resguardados os efeitos pretéritos que hajam produzido.¹⁶¹

Já os atos nulos são aqueles desse modo qualificados por lei e os inconvalidáveis. Os atos anuláveis são os que a lei assim declarar e os que admitem convalidação.¹⁶² Além da possibilidade ou não de convalidação, os atos nulos diferem dos anuláveis pelo fato de que, em relação aos nulos, o vício pode ser argüido no curso de uma lide pelo Ministério Público ou, de ofício, pelo juiz; a ilegalidade dos atos anuláveis somente pode ser conhecida se o interessado a argüir. Quanto ao prazo decadencial e prescricional, o jurista não vê diferenças, salvo se houver disposição legal específica em sentido diverso.¹⁶³

Um aspecto comum aos atos nulos e anuláveis é o referente ao direito de resistência. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO explica que a resistência pode ser *manu militari* (ou ativa) e simples (ou passiva).¹⁶⁴

Na primeira, o particular utiliza força física para impedir a execução material do ato da Administração. Essa ação do particular causa uma verdadeira ruptura da ordem e paz social; tal conduta é em si mesma um elemento de perturbação dessa ordem. Em razão disso, só é admitida em relação aos atos inexistentes.

Já o direito de resistência simples consiste no descumprimento do contido no ato. Quando o administrado atua desse modo ele o faz por sua conta e risco; em verdade, o que ele faz é antecipar o juízo de legalidade sobre o ato a ser produzido pelo Poder Judiciário. Se o ato é constituído inválido, sua resistência será considerada legítima; do contrário, ilegítima, sofrendo ele as conseqüências de sua conduta indevida. Essa forma de resistência é aceita pelo jurista tanto em relação aos atos nulos como aos anuláveis.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO faz alusão aos atos irregulares, que são aqueles que possuem vícios irrelevantes, decorrentes normalmente de formalização defeituosa. Como as normas que disciplinam esses atos têm relevância

¹⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 462.

¹⁶² *Idem*, p. 457.

¹⁶³ O autor ressalta que a Lei federal nº 9.784/99 não fez, em seu art. 54, qualquer distinção a esse respeito, isto é, o prazo decadencial é o mesmo para os atos nulos e anuláveis (*idem*, p. 463).

apenas interna, sem qualquer repercussão sobre a segurança jurídica e as garantias dos administrados, sua ofensa não leva à invalidade do ato. Em suma, o autor deixa bem claro que os atos irregulares não são, em verdade, inválidos.¹⁶⁵

A partir dessas lições, serão feitos comentários a alguns aspectos levantados pelo jurista, sempre com o objetivo de se identificar um regime jurídico aplicável aos atos inválidos. De maneira geral, concorda-se com as colocações do autor. Porém, há dois aspectos em que se ousa discordar: a questão dos atos inexistentes e a do direito de resistência.

3.3.2. *Atos inexistentes*

De início, vale lembrar que o objetivo, aqui, é o de identificar o regime jurídico aplicável aos atos *inválidos*, portanto, atos jurídicos existentes no ordenamento jurídico. Ou melhor, a invalidade pressupõe a existência das normas introduzidas pelo ato jurídico.

Ademais, lembre-se que uma norma existirá no sistema em duas hipóteses (regras de admissão¹⁶⁶): (a) se for produzida validamente; (b) em se tratando de norma inválida, quando os seus destinatários, considerando-a obrigatória (*com aparência de norma válida*), efetivamente observam o seu conteúdo, gerando, assim, efeitos. Esta última regra de admissão se fundamenta no princípio da segurança jurídica.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os atos inexistentes dizem respeito ao impossível jurídico, porquanto consistem em condutas criminosas ofensivas aos direitos fundamentais.

Dentro dos pressupostos adotados neste trabalho, percebe-se que os chamados atos inexistentes não são atos *jurídicos*, não introduzem normas *jurídicas*. Sem dúvida, os atos inexistentes veiculam uma norma, um comando (afinal, as normas jurídicas nada mais são do que espécie do gênero *normas*). Entretanto, essa norma não chega a entrar no ordenamento jurídico, pois ela não obedece a qualquer das regras de

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 460-461.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 449-450.

admissão aqui enunciadas. Explica-se.

Que os atos inexistentes não foram produzidos validamente é algo evidente, razão pela qual não se deterá nesse ponto. Resta a segunda regra de admissão.

Os atos inexistentes introduzem normas que não serão aparentemente válidas. De modo geral, qualquer pessoa, com um mínimo de discernimento, não receberá o comando contido no ato inexistente como sendo algo aparentemente válido, pois, afinal de contas, elas representam o impossível jurídico, condutas criminosas atentatórias aos direitos fundamentais.

Por outro lado, pode-se argumentar que, a despeito disso, elas seriam observadas pelos seus destinatários, ou seja, seriam efetivas. Todavia, essa efetividade se deve, como regra, a dois fatores: o primeiro consiste no desejo do destinatário de se aproveitar desse ato administrativo delituoso, ou seja, na sua má-fé; o segundo, num temor referente às conseqüências da desobediência. Como exemplo da primeira hipótese é possível citar a do proprietário de uma casa de prostituição que se aproveita da licença para funcionamento concedida pelo Poder Público; aqui, com certeza tal pessoa sabe do caráter ilícito do ato praticado pelo agente público, mas dele se aproveita. Na segunda situação, pode-se citar o caso do agente policial que recebe a ordem de seu superior para torturar um preso; o policial tem, sem sombra de dúvida (afinal, fez concurso público), consciência da ordem manifestamente ilegal do seu superior; mas, por temor de que venha a ser prejudicado na carreira (ou até mesmo porque concorda com o conteúdo da ordem), observa os termos da norma. Assim, *a efetividade dessas prescrições não se deve à crença dos seus destinatários de que ela é (aparentemente) válida*; pelo contrário, eles têm consciência de que a norma veiculada pela declaração é qualquer coisa, menos válida. Portanto, a segurança jurídica, principalmente na sua feição subjetiva (proteção à confiança), não incide nessa hipótese.

Em suma, os atos inexistentes não introduzem normas *jurídicas*, eles realmente não existem no sistema jurídico-positivo como atos jurídicos; logo, não serão fontes de efeitos jurídicos (direitos, deveres, pretensões etc.). Ou seja, eles não

¹⁶⁶ Cf. Capítulo I, item 3.

são atos administrativos, não sendo possível cogitar sequer da sua invalidade (que, repita-se, pressupõe a existência).

Até mesmo por isso, sequer precisam ser retirados do mundo jurídico. Ao se deparar com um ato inexistente, o administrador não deverá invalidar o ato; basta registrar a sua ocorrência, comunicando os órgãos competentes (órgãos policiais, Ministério Público), para que esses adotem as medidas penais cabíveis. No âmbito administrativo, há ainda a responsabilização do servidor produtor do ato inexistente.

Em última análise, *o comportamento dos destinatários do ato inexistente e do agente que o produziu é um fato jurídico*. Convém ressaltar que o fato jurídico não é a norma veiculada pelo ato inexistente, pois ela, enquanto proposição prescritiva que é (apesar de não ser *jurídica*), pertence ao mundo do dever ser, e não ao mundo do ser. Ela em si não é o fato jurídico, mas sim a conduta ilícita do sujeito que editou o ato e do seu destinatário.

Eventualmente, numa situação limite, determinada proposição prescritiva pode vir a ser observada pelos seus destinatários, os quais acreditam que tal norma é legítima. Num país como o Brasil, de baixo nível cultural em vários pontos do território nacional, é possível que certas pessoas acabem sendo levadas a executar ações com base em normas atentatórias à dignidade da pessoa humana. É o que ocorreria se certo Município de uma região rural longínqua, por exemplo, tivesse produzido um ato cujo conteúdo consistisse na requisição de trabalhos forçados e não remunerados de determinadas pessoas, os quais deveriam ser executados, sob pena de tortura, na fazenda do “coronel” da localidade. Dada a ignorância de tais pessoas — que não receberam do Estado o mínimo de educação a que todo cidadão brasileiro tem direito e, portanto, não fazem idéia, *v.g.*, do que é uma Constituição —, é possível que elas recebam esse comando como sendo uma norma jurídica válida, pelo simples fato de ter sido emanada do ente público.

Pode-se levantar que, no caso citado, a norma seria considerada *jurídica*, pois incidiu o princípio da segurança jurídica. De fato, há acerto nisso. Nessa hipótese limite, a norma pertencerá ao sistema jurídico, embora seja manifestamente inválida, devendo ser expulsa do ordenamento, sem prejuízo à imposição das sanções de ordem

civil, penal e administrativa aos infratores. Em suma, aqui o ato não seria inexistente juridicamente. A norma por ele veiculada seria nula, por vício de conteúdo.

Em relação a este tópico, portanto, ousa-se discordar de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: o ato inexistente citado por ele não é, como regra, um ato jurídico, ou seja, não veicula normas *jurídicas* (apesar de veicular normas). Aqui, haverá um fato jurídico, consistente não propriamente *no* ato inexistente (na prescrição), mas sim na sua produção e no seu cumprimento por alguém. Enquanto situação indesejada pela ordem jurídica, a esse fato jurídico a ordem jurídica imputa efeitos (que não são próprios dos atos jurídicos, mas sim efeitos de índole penal, civil e administrativa).

Todavia, ressalve-se que — quando os destinatários do ato, em função da sua ignorância, cumprirem os termos da norma por ele introduzida por entenderem que ela é válida — tal ato existirá para a ordem jurídica; entretanto, será nulo por vício de conteúdo.

3.3.3. *Direito de resistência*

O jurista acima citado expõe que a resistência *manu militari* (ativa) só é admitida no caso dos atos inexistentes, sendo vedada em relação aos atos nulos e anuláveis. A resistência passiva é admitida em ambas as figuras.

No que se refere à resistência *manu militari*, não há dúvidas de que ela é plenamente admitida no caso dos atos inexistentes mencionados pelo autor. Aliás, pode-se dizer que ela corresponde à legítima defesa prevista no art. 25 do Código Penal¹⁶⁷, a qual exclui a ilicitude da conduta do particular.¹⁶⁸ Em verdade, há aqui uma conduta criminosa repelida legitimamente pela vítima.

O autor aponta que, em relação aos atos nulos e anuláveis, a resistência *manu militari* não pode ser admitida, já que ela, por si só, representa uma perturbação da ordem pública e da paz social, sendo, pois, ilegítima.

¹⁶⁷ “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Entretanto, questiona-se: caso alguém se oponha, com uso da força física, à execução de ato administrativo nulo ou anulável e, posteriormente, o Poder Judiciário promove a invalidação do ato, qual a consequência a ser imputada à conduta do particular?

Isso dependerá basicamente da intensidade da força utilizada. Isso porque, se o administrado usou moderadamente da força necessária para impedir a execução do ato, sua conduta terá sido legítima. Por outro lado, se ele se excedeu, responderá por esse excesso.

Para ilustrar melhor o caso, convém exemplificar: imagine-se que a Administração edite um ato administrativo com vício de objeto, determinando a demolição de certa casa. No dia e hora marcada, os agentes públicos comparecem ao local com os instrumentos necessários para executar o ato (tratores, marretas etc.). Contudo, a pessoa que mora no imóvel, utilizando uma arma de fogo, dispara contra os agentes públicos, ferindo-os; além disso, depreda o patrimônio público (v.g., destruição total dos tratores). Aqui, o uso da força foi excessivo, pois talvez tivesse sido suficiente que o particular tivesse afastado os servidores por meio de empurrões ou, dependendo da situação, até mesmo com alguns socos e ponta pés. Ao analisar o caso, o Poder Judiciário irá invalidar o ato de demolição; isso, contudo, não eliminará a conduta indevida do administrado, que atuou além da força necessária. Se a sua ação tivesse consistido nos empurrões, não haveria comportamento indevido do particular, que teria utilizado moderadamente os meios necessários, conforme as circunstâncias, para impedir a execução do ato viciado.

O que se defende, portanto, é que a resistência *manu militari*, mesmo em relação a atos nulos e anuláveis, *pode* ser considerada um ato de legítima defesa. Dentre os requisitos da legítima defesa, há a *moderação* no uso dos meios *necessários*¹⁶⁹ para repelir a conduta injusta (art. 25 do Código Penal).¹⁷⁰ Aliás, mesmo

¹⁶⁸ O art. 23 do Código Penal prescreve que, quando a conduta é praticada em legítima defesa, não há crime.

¹⁶⁹ “Necessários são os meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa. Se não houver outros meios, poderá ser considerado necessário o único meio disponível. Mas, nessa hipótese, a análise da moderação deverá ser mais exigente.

Mas, além de o meio utilizado ser o necessário para a repulsa eficaz, exige-se que o seu uso seja *moderado*. Essa circunstância deve ser determinada pela *intensidade* real da agressão e pela forma do emprego e uso dos meios

no caso dos atos inexistentes (caso se admita essa figura), se a resistência ativa vai além do requisitado para repelir a agressão, responderá o particular pelo excesso.

O que se pode argumentar é que a resistência ativa, por si só, representa uma ruptura na ordem social. Por tal razão, admitir o direito de resistência *manu militari* em relação aos atos nulos e anuláveis poderia levar a um quadro de quebra sistemática da ordem pública e, portanto, a um caso social.

Entretanto, é preciso ter em mente que o direito de resistência ativa não terá lugar sempre que for editado um ato nulo ou anulável. Ora, haverá casos em que, para repelir o ato inválido, não poderá ser utilizada a força física, pois não estará caracterizada a sua necessidade e moderação. Em suma, não caberá a legítima defesa prevista no art. 25 do Código Penal.

Suponha que a Administração instaure processo administrativo destinado a aplicar sanção de declaração de inidoneidade a um determinado contratado (art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93), sem que ele tenha cometido ato ilícito algum. Em tal situação, o particular não poderá utilizar a força física contra a autoridade competente, com o objetivo afastar a sanção administrativa. Esse não é o meio adequado, necessário e, muito menos, moderado para repelir o ato inválido. A defesa do particular, nesse caso, não terá sido legítima.

Contudo, em situações limite como aquela da demolição, talvez não exista outro modo de o particular evitar o ato inválido a não ser se utilizado da força física. Em última análise, tudo dependerá dos contornos de cada caso concreto.

Portanto, a conclusão a que se chega é que também em relação aos atos nulos e anuláveis é admitida, além da resistência passiva, a *manu militari*, desde que praticada dentro de certos limites.

utilizados. (...) Havendo disponibilidade de defesas, igualmente eficazes, deve-se escolher aquela que produza menor dano” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 398).

3.3.4. Posicionamento adotado: atos nulos e anuláveis

Neste trabalho, adota-se o entendimento de que os atos inválidos são apenas os nulos e os anuláveis. O direito brasileiro diferencia apenas dois regimes jurídicos relacionados aos atos jurídicos inválidos. Poderia ter fixado mais de dois regimes (o que corresponderia a mais de dois tipos de atos inválidos); mas, a ordem jurídica assim não procedeu.

Neste ponto, concorda-se em larga medida com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quanto ao regime jurídico dos atos nulos e anuláveis, havendo poucas divergências.¹⁷¹

Atos nulos e anuláveis se identificam nos seguintes aspectos: (a) *persistência de efeitos quanto aos terceiros de boa-fé, inclusive efeitos patrimoniais*; (b) *resistência (ativa ou passiva) dos administrados*; (c) *eliminação dos efeitos*; (d) *prazos decadenciais e prescricionais*.

O critério decisivo para distinguir os atos nulos dos anuláveis é a *possibilidade ou não de convalidação*. Somente os atos anuláveis podem ser convalidados; aqueles, conforme a situação concreta, poderão ser objeto de conversão.

Aliás, não haveria qualquer empecilho a que se abandonasse, tal como o faz ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL¹⁷², a terminologia *atos nulos/anuláveis* e se adotasse a expressão *atos convalidáveis/não convalidáveis*. Essa postura só não é adotada neste estudo, porque os juristas têm certa resistência em se desvincular daquelas expressões já consagradas no âmbito do direito privado. Dizer que um ato é nulo ou inconvalidável é a mesma coisa; entretanto, a tendência natural é afirmar que o

¹⁷⁰ O Código Civil de 2002 também prevê a legítima defesa como figura que afasta o caráter ilícito do ato jurídico privado (art. 188, I).

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 462-463.

¹⁷² “Note-se que, submetidos à apreciação jurisdicional, os atos administrativos de ambos os tipos são suscetíveis de anulação. O que os distingue não é o grau de invalidade ou a suscetibilidade ou não de anulação. O traço distintivo é a possibilidade de serem ou não convalidados. Os do primeiro tipo são convalidáveis. Os do segundo não o são. O serem convalidáveis não significa que *devam ser* convalidados. Significa, apenas, que o órgão estatal *tem competência* para evitar a atuação da sanção (anulação), corrigindo o vício existente (se bem que, em relação aos atos vinculados na produção, exista, a rigor, um *dever* de convalidar).

Adotamos, assim, posição dicotômica. Não utilizamos a terminologia usual (*nulos e anuláveis*) preferindo a de *convalidáveis e não convalidáveis*, porque expressa melhor a concepção ora exposta”. (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, p. 65-66.)

ato é nulo, embora não exista qualquer conseqüência jurídica diversa daquela já apontada (a impossibilidade de convalidação). E também — como nada impede a estipulação da definição de ato administrativo nulo como sendo o ato viciado cuja convalidação é impossível, e o anulável como aquele com vício passível de convalidação¹⁷³ — é mera *questão de preferência* dizer que o ato administrativo é nulo ou anulável, inconvalidável ou convalidável, respectivamente. Prefere-se adotar as expressões *ato nulo* e *ato anulável* apenas por ser a mais aceita pelos juristas; só por isso.

Cumpra ressaltar que somente os atos nulos são passíveis de invalidação *ex officio* pelo juiz no curso de um processo judicial. Segue-se, quanto a esse tema, os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.¹⁷⁴ Desse modo, os atos anuláveis somente poderão ser conhecidos se o interessado argüir o vício. Assim, imagine uma demanda judicial em que o particular discute o reequilíbrio econômico-financeiro não concedido pela Administração, referente a um contrato (ainda em execução) de prestação de serviços de limpeza. Ainda que o juiz perceba ter havido vício de formalização, por exemplo, não poderá ele, de ofício, retirar o contrato do mundo jurídico, tendo em vista que não é esse o objeto da lide. Contudo, se o contrato versava sobre a prestação de serviços de aplicação de sanções, o juiz deverá invalidar o ajuste, tendo em vista o vício de objeto.¹⁷⁵

4. Invalidade do ato e do contrato administrativo: plano abstrato e concreto

A norma jurídica — seja ela constitucional, legal ou infralegal — tem estrutura dúplice: hipótese e conseqüência, as quais estão ligadas por um vínculo de

¹⁷³ Esta estipulação do conceito de atos nulos e anuláveis é perfeitamente possível, pois não existe uma definição real de ato nulo e anulável. Não existe uma “essência” do ato nulo e uma “essência” do ato anulável. Ao se adotar uma concepção convencionalista da língua, fica claro que as palavras não têm uma “essência”, mas o seu significado é determinado arbitrariamente pelos seres humanos. Sobre o tema, vide: FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 34 e ss.

¹⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 463.

¹⁷⁵ Anote-se que, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*In: Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 252), a invalidação *ex officio* pelo juiz cabe tanto para os atos nulos como para os anuláveis. Já CARLOS ARI SUNDFELD (*In: Ato administrativo inválido*, p. 78) sustenta que tal invalidação é vedada pelo ordenamento jurídico.

implicação deôntica.

Na hipótese normativa, há a descrição de um possível estado de coisas. O órgão competente, por meio de um ato de valoração, seleciona determinadas propriedades da realidade social. Segundo LOURIVAL VILANOVA, “a hipótese apesar de sua descritividade, é *qualificadora normativa do fáctico*. O fato se torna fato jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese. E o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valoração que preside à feitura da hipótese da norma”.¹⁷⁶

Já a conseqüência consiste na prescrição de determinada conduta qualificada como obrigatória, permitida ou proibida. O prescriptor normativo somente terá lugar quando se realizar, no plano concreto, o fato descrito na hipótese.

Ressalte-se que o direito positivo pode ligar a certa hipótese uma ou várias conseqüências (H' implica C', ou H' implica C', C'' e C'''). Como também pode ligar a várias hipóteses uma só conseqüência (H', H'' e H''' implicam C'). Ou ainda, várias hipóteses podem implicar várias conseqüências (H', H'' e H''' implicam C', C'' e C''').

A invalidade, enquanto defeito na relação de subordinação entre normas jurídicas, consiste *num fato descrito na hipótese normativa*. Ou seja, há norma jurídica no sistema jurídico-positivo que descreve, em seu antecedente, a invalidade.¹⁷⁷

A norma jurídica que prevê a invalidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral) tem fundamento nos dispositivos a partir dos quais se compõe o *princípio da legalidade*. Da leitura do art. 5º, II, do art. 37, *caput*, e do art. 84, IV, da Lei Maior é possível construir o seguinte enunciado (o qual é endereçado aos órgãos que exercem as funções administrativa e jurisdicional): “dado o fato da desconformidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral) com a lei, então o órgão competente está

¹⁷⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 85.

¹⁷⁷ Aliás, essa norma jurídica será, em certos casos (ex.: ato abstrato inválido), de estrutura, pois a conseqüência será a desconstituição da norma inválida (ex.: invalidação) ou a sua manutenção no sistema por meio da produção de um novo ato (v.g., a convalidação).

Por outro lado, em se tratando, v.g., do saneamento, não haverá a produção de ato administrativo (tal como ocorre na convalidação e na invalidação), mas sim a incidência de normas jurídicas abstratas (os princípios da segurança jurídica e da boa-fé) cuja conseqüência será a manutenção dos efeitos do ato inválido. Nesse caso, trata-se de norma de conduta, qual seja, o dever do agente de se omitir quanto à produção do ato de retirada.

obrigado a manter/retirar o ato”. Em termos abstratos, duas serão as conseqüências decorrentes da invalidade: retirada ou manutenção. A conduta concreta do agente público dependerá da incidência de outras normas jurídicas (princípios da segurança jurídica e da boa-fé).

Vale ressaltar que, até o momento, abordou-se o tema da invalidade em termos *abstratos*, ou seja, a invalidade enquanto hipótese descrita na norma jurídica derivada dos dispositivos que prevêm o princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV, da Constituição).

No plano concreto, todavia, há os fatos jurídicos. A invalidade também consiste num fato jurídico. Entretanto, neste caso, não se está tratando da invalidade definida conotativamente na norma jurídica. A invalidade, no plano concreto, diz respeito à invalidade do contrato administrativo X, cuja produção e/ou conteúdo não corresponde aos termos da lei Y. Como se pode perceber, a invalidade do contrato administrativo X é o suporte fático que corresponde à hipótese normativa que descreve a invalidade; é, portanto, *fato jurídico*.

Desse modo, *o fato jurídico da invalidade é sempre concreto*, diz respeito sempre a uma relação entre um ato/contrato administrativo e uma lei, ambos determinados na realidade social. Esse fato só é jurídico por corresponder à hipótese da norma que prevê, abstratamente, a invalidade.¹⁷⁸

No plano abstrato, em relação à hipótese “ato administrativo (unilateral ou bilateral) inválido”, o direito positivo prevê, como já se mencionou, duas conseqüências: *manutenção* ou *retirada* do ato viciado ou de seus efeitos jurídicos. No primeiro caso, a manutenção prevista no prescritor normativo pode consistir no dever do agente público de produzir um novo ato (convalidação e conversão) ou na proibição de desconstituir os efeitos decorrentes do ato inválido (saneamento). Já a retirada em razão da invalidade do ato consiste na *invalidação* e na *sustação dos efeitos*.

¹⁷⁸ “Num plano, temos a hipótese e a conseqüência. (...)

No outro plano, temos os dados-de-fato, as contrapartes empíricas da hipótese e da conseqüência: os suportes fáticos e os efeitos (ou eficácia interna). O conceito de suporte fático é auxiliar. É um conceito relativo. A fração do *suporte fático*, prefixada na hipótese, é o *fato jurídico*” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, p. 45-46).

Manutenção e retirada do ato consistem em deveres que se põem para o agente público. São condutas abstratamente delineadas no conseqüente (prescritor) da seguinte norma jurídica: “sempre que o ato inválido se apresentar, então deve ser a obrigação de manter ou retirar o ato e/ou seus efeitos”.

No plano concreto, a conduta específica de manutenção ou retirada dependerá do fato jurídico. Suponha que o contrato X contém vício de sujeito. No caso, o ajuste é inválido. Todavia, por força do princípio da segurança jurídica que incide no caso, estará o agente público obrigado a convalidar tal contrato. Assim, o efeito do fato jurídico “contrato X com vício de sujeito” consistirá na edição do ato de convalidação do contrato X.

Por outro lado, se o contrato Y for inválido por defeito no seu conteúdo, o princípio da legalidade obrigará o agente competente a retirar tal ato bilateral ilícito do sistema jurídico. Por conseguinte, a conduta concreta decorrente desse fato jurídico (“contrato Y com vício de conteúdo”) será a produção do ato de invalidação do contrato Y.

A partir dessas considerações, é possível concluir, em primeiro lugar, que a *invalidade* do ato administrativo não se confunde com o *dever de invalidar*, nem com a *invalidação*. O ato inválido (unilateral ou bilateral) é uma hipótese à qual o ordenamento jurídico liga várias conseqüências; o dever de invalidar — também abstratamente delineado — é apenas uma delas.

Ademais, a invalidade, abstratamente descrita na norma jurídica fundada no enunciado do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, e art. 84, IV, da Constituição), também não se identifica com o ato concreto denominado *invalidação*, que é efeito decorrente do fato jurídico da invalidade de determinado ato administrativo (unilateral ou bilateral).

Por sua vez, o dever de invalidar não é o ato da invalidação, mas a mera prescrição de uma conduta ao órgão competente. O ato de invalidação é a “contraparte empírica” desse dever.

Em suma, há um plano abstrato, em que há a descrição da invalidade do ato que deve implicar conseqüências distintas, sintetizadas no dever do órgão competente

de manter ou retirar o ato. Num plano concreto, há o fato jurídico da invalidade de certo ato e os efeitos jurídicos dele decorrentes, quais sejam: (a) convalidação, conversão ou saneamento; e, (b) invalidação e sustação dos efeitos.

O objetivo, neste tópico, foi o de identificar a invalidade e suas conseqüências no fenômeno normativo. Esta análise permite uma melhor visualização da matéria no plano científico e uma melhor aplicação prática pelos órgãos competentes.

CAPÍTULO IV — DA MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

1. Hipóteses de manutenção dos atos e contratos administrativos inválidos

Já foi salientado que, em razão da invalidade dos atos administrativos (unilaterais e bilaterais), duas são as conseqüências: manutenção ou retirada do ordenamento jurídico.

Existem várias formas de se manter no ordenamento jurídico um ato administrativo com vício. Embora a doutrina reconheça isso, não há propriamente um acordo sobre a terminologia adotada, nem sobre os exatos efeitos relativos a cada categoria. De maneira geral, os autores reconhecem a existência da convalidação.¹⁷⁹ No entanto, por vezes a colocam como gênero, sendo espécies a ratificação, a conversão e a reforma.¹⁸⁰ Outros adotam o termo “saneamento” como sinônimo de convalidação, diferenciando-a da confirmação.¹⁸¹ Há ainda quem diferencie a convalidação do saneamento.¹⁸² Também existem juristas que utilizam o vocábulo “sanatória”.¹⁸³

Enfim, o fato é que não há unanimidade sobre o tema, tanto que seria possível trazer outros posicionamentos divergentes dos acima citados. A legislação, por seu turno, não ajuda na tarefa de diferenciar as hipóteses de manutenção dos atos inválidos. Quando muito, há disposições sobre a convalidação e sobre os prazos prescricional e decadencial.

Vale lembrar o que já foi dito anteriormente: não existem definições reais, que

¹⁷⁹ Ressalte-se que HELY LOPES MEIRELLES (*In: Direito administrativo brasileiro*, p. 191-192) afasta a convalidação. Para o autor, é possível a correção de meras irregularidades, o “que não torna o ato nem nulo nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua ratificação”. O jurista admite ainda a estabilização pela prescrição.

¹⁸⁰ Nesse sentido, ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 121 e ss. Aliás, esse autor faz um apanhado sobre as divergências terminológicas na doutrina estrangeira.

¹⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 252-255.

¹⁸² ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 72-73.

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 215 e ss.

expressem a “essência” do objeto definido. Qualquer definição é, sempre, convencional; decorre do arbítrio do ser humano. Em se tratando de definições (convencionais) estipulativas, elas serão úteis ou inúteis, conforme seja a finalidade de quem define. Por tudo isso, o cientista possui uma liberdade de estipulação.¹⁸⁴ É preciso apenas que se deixe bem claro em que sentido se está usando certa palavra.

Para estipular o conceito das figuras de manutenção dos atos inválidos, será adotado um critério formal, ou seja, buscam-se as características jurídicas do objeto a ser definido. Assim, serão agrupadas, numa mesma categoria, as situações que tenham os mesmos traços jurídicos.

Numa primeira aproximação, percebe-se que há diferença quanto à forma como a Administração deverá se comportar diante dos atos inválidos passíveis de manutenção (conservação). Por vezes, será necessário que ela tome uma atitude ativa, que ela edite um ato jurídico com esse fim. Em outros casos, a conduta será negativa, estando ela impedida de tomar qualquer atitude.

Dessa forma, ora haverá o dever de editar um ato jurídico visando a conservar o ato viciado, ora existirá o dever de a Administração se abster. Lá, uma atitude *ativa*, consistente num dever de agir; aqui, atitude *passiva*, um dever de se omitir. Ressalte-se que quando há o dever de agir, a Administração Pública está obrigada a produzir um ato jurídico, ou seja, *deverá introduzir normas jurídicas no sistema*. No dever de abstenção, o Poder Público deverá simplesmente se conduzir em conformidade com o prescritor da norma geral e abstrata; *não há, nesta hipótese, qualquer ato de produção jurídica*. A diferença entre manutenção ativa e passiva é, pois, juridicamente relevante.

Entretanto, ela por si só não é suficiente. Isso porque existem hipóteses de manutenção ativa que têm pressupostos distintos de aplicação. Portanto, é preciso separá-las. Nessa forma de conservação de atos inválidos, há a *convalidação* e a *conversão*.

Já a manutenção passiva consiste apenas no *saneamento*, o qual abarca uma série de situações em que a Administração deverá se abster de tomar qualquer atitude

¹⁸⁴ Sobre a liberdade de estipulação, vide GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2002, t. 1, p. I-16.

positiva. Embora tais casos sejam distintos, eles se aproximam no que tange à impossibilidade de a Administração proceder à retirada ou à manutenção ativa do ato viciado.

Antes de apontar o fundamento do dever de manter os atos jurídicos no sistema, é preciso fazer duas observações importantes.

A primeira é a seguinte: em realidade, a conservação (ativa e passiva) diz respeito às normas jurídicas inválidas e/ou os seus efeitos. Como consequência dessa manutenção, em alguns casos a própria declaração jurídica (o ato jurídico) continuará a ser um suporte físico apto a veicular normas pertencentes ao ordenamento jurídico. Neste estudo, quando se fizer referência a “atos administrativos inválidos”, pretende-se dizer “normas jurídicas inválidas introduzidas por ato administrativo”. Isso vale tanto para os atos unilaterais como para os bilaterais. Com isso, objetiva-se tão-só tornar mais simples a exposição do tema. Apenas em algumas passagens será feita menção expressa à distinção entre ato e norma.

Por fim, é importante sublinhar que, embora se tenha feito alusão à manutenção de atos administrativos inválidos, é de todo evidente que, sendo o contrato administrativo um ato administrativo bilateral, as formas de conservação dos contratos inválidos não diferem daquelas aplicáveis aos atos unilaterais, apesar de dificilmente se encontrar na doutrina qualquer menção a esse fato. Quando muito, há uma referência à possibilidade de convalidação dos contratos. Neste Capítulo, objetiva-se justamente aplicar as hipóteses de manutenção dos atos unilaterais inválidos à figura dos contratos administrativos.

2. Fundamento do dever de manter os atos e contratos administrativos inválidos

No item 4 do Capítulo III foi dito que a *invalidade* do ato administrativo (unilateral ou bilateral) se encontra descrita na hipótese da norma jurídica construída a partir dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, todos da Constituição de 1988. A base da invalidade reside, pois, no *princípio da legalidade*.

Quando se tem em vista apenas o princípio da legalidade, encarado de modo

estrito, seria possível concluir que o conseqüente normativo prevê apenas o dever de retirar o ato do sistema. Ou seja, de acordo exclusivamente com esse princípio, uma vez constatado o fato da invalidade de certo ato administrativo, o agente público teria unicamente a obrigação de promover a sua expulsão da ordem jurídica, restaurando, assim, a legalidade ferida.

Essa postura, contudo, é equivocada. O órgão competente, diante de um ato inválido, deverá se conduzir não só com base no princípio da legalidade, mas também de acordo com as demais normas pertencentes ao sistema jurídico, principalmente com as normas constitucionais. Na feliz expressão de EROS ROBERTO GRAU, não se interpreta o direito em tiras, em pedaços.¹⁸⁵

O princípio da legalidade não determinará em todas as situações a expulsão do ato inválido do sistema jurídico. Em muitos casos, a retirada do ato inválido irá provocar um distúrbio indevido na estabilidade das relações constituídas, frustrando expectativas legítimas dos administrados. Aliás, no âmbito dos contratos administrativos, é comum que a sua desconstituição leve à não fruição pela sociedade dos benefícios que seriam obtidos a partir da conclusão do ajuste. Em tais hipóteses, estará caracterizada a ofensa ao princípio da segurança jurídica, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição).

Em realidade, com base no princípio da segurança jurídica, pode-se afirmar que o direito positivo sempre busca manter os atos jurídicos inválidos, seja qual for o setor do direito. Trata-se do *princípio da conservação dos atos jurídicos*.¹⁸⁶ Por força dele, antes de retirar o ato jurídico é preciso verificar se não é possível mantê-lo no ordenamento jurídico. *A preservação do ato inválido será sempre a primeira medida a ser adotada em face da invalidade*. A retirada só se põe quando for impossível a conservação do ato.¹⁸⁷

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 44.

¹⁸⁶ Vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226.

¹⁸⁷ Convém transcrever trecho da ementa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que fica clara a prioridade da manutenção dos atos inválidos em relação à retirada por ilegalidade: “A regra enunciada no verbete nº 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles

Assim, percebe-se que é a própria ordem jurídica que impedirá a desconstituição do ato inválido. Nesse sentido, WEIDA ZANCANER tem toda razão ao escrever que “a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado quanto pela correção de seu vício. Em uma ou outra hipótese a legalidade se recompõe”.¹⁸⁸ Mais à frente, a jurista aponta que “a convalidação é um ato que não visa apenas a restauração do princípio da legalidade, mas também a estabilidade das relações constituídas, o que nos induz a concluir que se alicerça em dois princípios jurídicos: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica”.¹⁸⁹

Embora a autora esteja fazendo menção apenas à convalidação, é evidente que esse fundamento alcança todas as formas de conservação dos atos administrativos inválidos.

Portanto, o dever de manter os atos administrativos inválidos (tanto unilaterais como bilaterais) se funda no princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Lei Maior) e no princípio da segurança jurídica (art. 1º, *caput* da Constituição). De modo mais simples, pode-se afirmar que o fundamento é o princípio da conservação dos atos jurídicos.

3. Manutenção dos atos e contratos inválidos: ausência de discricionariedade

Alguns autores apontam que a Administração dispõe de competência discricionária para retirar ou manter o ato administrativo inválido. PIETRO VIRGA, por exemplo, ao discorrer sobre a retirada dos atos administrativos inválidos, escreve que “*l'autorità non ha l'obbligo di procedere al ritiro dell'atto invalido*”, sendo necessário haver, além do vício, um interesse específico nessa medida.¹⁹⁰

Vale registrar o posicionamento de MIGUEL REALE, para quem a Administração, em casos de nulidade de pleno direito, “desde que se não firam

tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência” (STJ, REsp 300116/SP, 1ª Turma, DJU 25.02.2002).

¹⁸⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 55-56.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 58.

legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexista dolo, pode deixar de proferi-la, ou então, optar pela sua validade, emanando ato novo”.¹⁹¹ Assim, segundo o jurista, a Administração terá ora o poder-dever de invalidar, ora a faculdade de assim proceder.

Na doutrina mais recente, EDMIR NETTO DE ARAÚJO expõe que há o dever de recompor a legalidade, o que se faz tanto pela invalidação como pela convalidação. Entretanto, em relação aos atos anuláveis, há a discricionariedade da Administração entre anular ou convalidar. Segundo o autor, “não há lei alguma (...) que obrigue o administrador a convalidar os atos convalidáveis ao invés de anulá-los e repetir os atos de forma correta. Como também não há aquela que obrigue a invalidar os atos relativamente nulos: estas são as *opções* do administrador”.¹⁹²

Por seu turno, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO entende que a admissibilidade da discricionariedade é uma verdadeira condição para que a Administração se utilize da “sanatória”.¹⁹³

Aliás, numa leitura apressada do art. 55 da Lei federal nº 9.784/99, poder-se-ia concluir que essa teria sido a opção do legislador, tendo em vista que o dispositivo prescreve que os atos que apresentarem defeitos sanáveis *poderão* ser convalidados pela Administração.

WEIDA ZANCANER, ao abordar o tema, expõe justamente o contrário. Na lição da autora, “inexiste norma jurídica que confira à Administração Pública genérica liberdade para decidir se pretende invalidar ou não, ou convalidar ou não seus atos maculados com vícios”.¹⁹⁴ Há apenas uma exceção: o caso de ato discricionário com vício de competência. Aqui, cabe ao agente efetivamente competente decidir se confirma o ato ou se o retira do sistema.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Segundo o autor, “*l’amministrazione non può procedere all’annullamento dell’atto illegittimo da essa emanato, se non esiste uno specifico interesse pubblico alla eliminazione dell’atto stesso*” (VIRGA, Pietro. *II provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milão: Giuffré, 1972, p. 441).

¹⁹¹ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 77.

¹⁹² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*, p. 132-135.

¹⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 215-216.

¹⁹⁴ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 55.

¹⁹⁵ “De fato, se alguém pratica em lugar de outrem um dado ato discricionário e esse alguém não era o titular do poder para expedi-lo, não se poderá pretender que o agente a quem competia tal poder seja obrigado a re praticá-lo sem vício (convalidá-lo), porquanto poderá discordar da providência tomada. Se o sujeito competente não

Na mesma linha, cite-se, dentre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁹⁶, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁹⁷, SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI.¹⁹⁸

Com efeito, não há que se falar em competência discricionária para manter ou retirar os atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais). O agente público não pode escolher, fundado em critérios subjetivos, qual medida será adotada em face de um ato inválido. Ele não pode optar entre retirar ou manter o contrato inválido, já que não há norma legal que lhe confira discricionariedade para tanto.¹⁹⁹

Muito pelo contrário, a manutenção dos atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais) é um *dever jurídico* que se põe para o órgão competente. Esse dever decorre dos princípios da legalidade e da segurança jurídica; ou, de modo mais sintético, do princípio da conservação dos atos jurídicos. Assim, se estiverem presentes os pressupostos da convalidação de um contrato administrativo inválido, por exemplo, essa *deverá ser* a conduta da Administração. Caso não seja possível mantê-lo (ativa ou passivamente), então caberá a retirada de tal contrato inválido.²⁰⁰

Apenas nos casos de atos discricionários com vício de competência é que o

tomaria a decisão em causa, por que deveria tomá-la ante o fato de que outrem, sem qualificação para isto, veio a agir em lugar dele? Por outro lado também não se poderá pretender que deva invalidá-lo, ao invés de convalidá-lo, pois é possível que a medida em questão seja a mesma que ele — o titulado — teria adotado. Então, abrem-se novamente duas hipóteses: ou o agente considera adequado ao interesse público o ato que fora expedido por agente incompetente e, neste caso, o convalida, ou o reputa inadequado e, dado o vício de incompetência, o invalida. Há, pois, nessa hipótese, opção discricionária, mas é única hipótese em que há lugar para discricionário” (*idem*, p. 57).

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 454 e ss.

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 253.

¹⁹⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 256.

¹⁹⁹ Sobre a discricionariedade, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

²⁰⁰ “É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o **dever** (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*, nº 84, p. 61-62.)

agente público efetivamente titulado pelo sistema poderá, com base em critérios subjetivos, decidir pela convalidação ou pela invalidação. Todavia, salvo essa hipótese, haverá sempre o *dever* de manter os atos e contratos inválidos. Logo, a regra é a vinculação.

4. Da competência constitucional para disciplinar as formas de manutenção dos contratos administrativos inválidos

A repartição constitucional de competências entre os entes políticos é um dos elementos configuradores do princípio federativo, explicitamente consagrado nos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988. Em razão disso, essas pessoas públicas possuem autonomia política, a qual se revela na sua capacidade de auto-organização, auto-legislação, autogoverno e auto-administração.

Em razão dessa autonomia, as entidades federativas têm competência exclusiva para disciplinar o modo de produção e extinção dos seus atos administrativos *unilaterais*. Assim, deverão ser objeto de lei própria de cada pessoa política o processo administrativo, os prazos decadenciais, o regime de invalidação e manutenção de atos unilaterais inválidos, dentre outros aspectos.

No exercício dessa competência, a União editou a Lei federal nº 9.784/99, a qual dispõe sobre “o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Dentre as formas de manutenção dos atos administrativos inválidos, esse diploma legal tratou apenas da convalidação (art. 55) e de um dos modos de saneamento, qual seja, a decadência (art. 54), silenciando acerca da conversão e das demais hipóteses de saneamento.

A mesma postura foi adotada pelos legisladores de outras unidades da Federação. Alguns Estados-membros adotaram redação praticamente idêntica à da lei federal. Nesse sentido, cite-se os arts. 54 e 55 da Lei nº 11.781/00 do Estado de Pernambuco, os arts. 54 e 55 da Lei nº 6.161/00 do Estado de Alagoas, os arts. 54 e 55 da Lei nº 13.800/01 do Estado de Goiás, os arts. 65 e 66 da Lei nº 14.184/02 do Estado de Minas Gerais e os arts. 54 e 55 da Lei nº 418/04 do Estado de Roraima. Outros

Estados, embora com redação e prazos decadenciais distintos, também só tratam da convalidação e da decadência. É o caso do Estado de São Paulo (Lei nº 10.177/98, arts. 10, I, e 11) e do Estado de Mato Grosso (Lei nº 7.692/02, arts. 26 e 27).

Se em relação à manutenção dos atos administrativos *unilaterais* inválidos a competência é exclusiva de cada ente político, o mesmo não pode ser dito em relação à conservação dos contratos administrativos inválidos. Isso porque o art. 22, XXVII, da Constituição da República estabelece que é competência privativa da União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Portanto, cabe à União criar, por meio lei, as normas gerais sobre licitações e contratados administrativos. Às outras entidades políticas compete prever as normas específicas, a fim de atender às suas peculiaridades.

A definição de *normas gerais* é bastante difícil de ser apontada, tendo sido objeto de discussão pela doutrina. Não é o caso de entrar nesse debate. É interessante, contudo, trazer o posicionamento de ALICE GONZALEZ BORGES. Ao estudar o tema, a autora chegou às seguintes conclusões, as quais serão aqui adotadas:

1ª) As normas gerais são veiculadas por meio de lei de âmbito nacional, ou seja, elas se impõem para todas as ordens jurídicas parciais (federal, estadual e municipal).

2ª) Tais normas devem instrumentalizar princípios constitucionais em relação a aspectos cuja regulamentação seja essencial à concretização desses princípios.

3ª) As normas gerais possuem um caráter de diretriz, não descendo a pormenores, a detalhes, a minúcias.

4ª) Esse tipo de norma deverá veicular regras destinadas a resolver conflitos entre os entes federativos.

5ª) Por meio da edição de normas gerais a União não poderá excluir, embaraçar ou dificultar o exercício da competência suplementar das demais pessoas políticas.

6ª) A norma geral deverá conter-se no mínimo indispensável à realização dos preceitos constitucionais, de forma a que se deixe ao legislador estadual e municipal o espaço necessário para que editem normas específicas que não contrariem aquelas de natureza geral.²⁰¹

Com base nos ensinamentos acima apresentados, pode-se afirmar que o regime jurídico da manutenção (e também o de retirada) dos contratos administrativos inválidos deveria ser estabelecido por meio de lei nacional. Essa questão deveria ter tratamento uniforme em todo o território nacional, a fim de evitar tratamentos díspares. Ademais, não raro são firmados contratos administrativos entre pessoas pertencentes a esferas federativas distintas, o que poderia levar a conflitos de regimes, principalmente em relação ao prazo decadencial.

Apesar de a matéria dever ser disciplinada por lei nacional, a Lei federal nº 8.666/93 nada dispôs sobre a manutenção dos contratos administrativos inválidos. Em face dessa omissão legal, questiona-se: deverá ser aplicada a Lei federal nº 9.784/99 aos contratos administrativos inválidos, por ter sido ela editada pela União?

A resposta deverá ser negativa. Em primeiro lugar, deverá ser aplicada a legislação específica de cada ente sobre licitações e contratos administrativos. Se essa for omissa (como em regra é), não deverá ser utilizada Lei federal nº 9.784/99, tendo em vista que ela não teve em vista esse campo temático, mas sim o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. Além disso, na dúvida, deve-se interpretar de modo a privilegiar a autonomia de cada ente político consagrada pelo princípio federativo.

Por conseguinte, cabe aos órgãos competentes adotar a legislação de sua esfera política: primeiramente, a relativa às licitações e contratos; omissa essa, a concernente ao processo administrativo. Assim, a União deverá aplicar subsidiariamente a Lei federal nº 9.784/99 aos contratos que celebra; o Estado de São Paulo, a Lei estadual nº 10.177/98; o Estado de Minas Gerais, a Lei estadual nº 14.184/02. Isso é importante principalmente em relação ao prazo decadencial para a promoção da invalidação.

²⁰¹ BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 41 e ss.

Em se tratando de contratos celebrados por pessoas ligadas a esferas federativas distintas, em que cada uma estaria obrigada a seguir sua própria legislação, quando as disciplinas específicas não forem coincidentes, o melhor será aplicar a Lei federal nº 9.784/99 por analogia. Desse modo, o conflito seria adequadamente resolvido, conferindo segurança à relação jurídica.

SEÇÃO I — DA MANUTENÇÃO ATIVA: CONVALIDAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

5. Definição de convalidação

O tema da convalidação dos atos inválidos é um dos mais interessantes e importantes da teoria dos atos administrativos. O estudo da convalidação conduz o cientista a debates que exigem dele conhecimentos sólidos da teoria geral do direito e dos princípios de direito público. Por outro lado, o jurista não se move no plano puramente teórico, tendo em vista que o instituto da convalidação tem uma relevância prática manifesta. Para comprovar, basta lembrar que a convalidação serve de critério diferenciador dos atos nulos e anuláveis.

Dito isso, é possível afirmar que a convalidação consiste numa das formas de *manutenção ativa dos atos inválidos (unilaterais e bilaterais)*. Dessa assertiva, é possível tirar algumas conseqüências.

Primeiramente, por ser modalidade de manutenção ativa de atos viciados, a convalidação consiste num *ato jurídico*. O Poder Público, com a convalidação, introduz na ordem jurídica norma que visa a preservar o ato inválido e/ou seus efeitos. Por sua vez, essa norma jurídica convalidadora é concreta, porquanto terá por objeto a preservação de um específico ato inválido (e/ou seus efeitos). Mesmo quando o objeto da convalidação for um ato administrativo abstrato, o ato convalidador será concreto, pois estará fazendo referência àquele ato abstrato determinado.

Em segundo lugar, vale destacar que a convalidação é um ato jurídico-

administrativo, ou seja, é uma *declaração jurídica* produzida no exercício de função administrativa. Com isso, exclui-se a possibilidade de convalidação feita unicamente por ato do particular, a qual constitui uma mera manifestação.²⁰²

O agente público, diante do fato jurídico da invalidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral), deverá editar o ato jurídico da convalidação. No plano abstrato, existe o dever de convalidar; no plano concreto, como *efeito* do fato jurídico do ato inválido, o ato jurídico-administrativo da convalidação. Ela é, portanto, efeito do fato jurídico da invalidade do ato administrativo.

Como se pode perceber, a convalidação é um ato administrativo cujo motivo (pressuposto objetivo) é a existência fática de um ato administrativo (unilateral ou bilateral) com vício de legalidade. Todavia, não é qualquer ato viciado que dá ensejo à prática do ato convalidador. Existem vícios que impedem a convalidação e que dão ensejo à retirada por ilegalidade. Quais são os “vícios convalidáveis” e os “inconvalidáveis” é assunto a ser tratado em outro tópico. Neste momento, basta apenas registrar, com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “que só pode haver convalidação quando o ato *possa ser produzido validamente* no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser *legitimamente produzidos*”.²⁰³

Além dessa nota, a convalidação também tem como característica a *possibilidade de retroação*. Ou seja, se não for possível manter os efeitos até então produzidos pelo ato inválido, haverá novo ato administrativo, e não convalidação. O ato convalidador tem sempre efeitos *ex tunc*. Nesse sentido, tem razão ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL quando afirma que o ato convalidador forma com o ato convalidado uma unidade.²⁰⁴ Não havendo retroação, inexistirá unidade.²⁰⁵

Em suma, pode-se definir a convalidação como sendo *o ato administrativo concreto que visa a conservar o ato inválido e/ou seus efeitos*. O ato de convalidação somente será cabível se: (a) tiver como pressuposto objetivo (motivo) a existência de

²⁰² Segue-se, nesse ponto, os ensinamentos de WEIDA ZANCANER (*In: Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 72-73), que coloca o ato do particular como uma hipótese de saneamento.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 453.

²⁰⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, p. 65.

um ato administrativo inválido; (b) for possível produzir validamente na atualidade o ato inválido (porque já o seria na época em que foi editado); (c) houver a possibilidade de retroação.

6. Objeto da convalidação

Um aspecto teórico do tema — mas que na prática é desconsiderado ou desconhecido pelos órgãos competentes, sem que isso traga maiores conseqüências — é o referente ao objeto da convalidação.

A convalidação, como todo ato administrativo, tem um objeto, que é, aliás, o mesmo da invalidação. Justamente por isso, convém apresentar os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca do objeto da invalidação, para, em seguida, adaptá-los à convalidação.

Segundo o autor, o objeto do ato de invalidação poderá ser: (a) um ato ineficaz; (b) o ato e as relações jurídicas que produziu; ou, (c) somente as relações jurídicas por ele produzidas.

O jurista escreve que o ato não se confunde com os seus efeitos. O ato é a fonte dos efeitos. Desse modo, como no ato ineficaz (seja ele abstrato ou concreto) os seus efeitos ainda não foram produzidos, o ato de invalidação ataca o próprio ato.

No que tange ao ato eficaz, há que se diferenciar a situação do ato abstrato e do ato concreto.

No primeiro caso, o ato é uma fonte contínua de efeitos jurídicos. O ato administrativo abstrato não se exaure numa só aplicação, ele “não se resume a produzir uma dada relação jurídica. Pelo contrário, produzirá tantas relações, ou seja, tantos fluxos de efeitos, quantas vezes se repetir a situação hipotética ali prevista”.²⁰⁶ Logo, a invalidação terá uma dupla finalidade: eliminar o ato e os seus efeitos.

O ato concreto, por seu turno, é aplicável uma só vez. Ele se esgota ao produzir uma só relação jurídica. Por conseguinte, como o ato não será mais fonte de

²⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 53.

²⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 442.

efeitos, ele se extingue. “O que perdura é o fluxo de efeitos que gerou, ou seja: a relação jurídica produzida”.²⁰⁷ Nessa hipótese, o objeto da invalidação não será o ato, que não mais existe, mas sim a relação jurídica por ele gerada.

O posicionamento acima será adotado em relação à convalidação. Entretanto, em vista dos pressupostos adotados neste trabalho, é preciso fazer algumas observações.

Quando se fala, em relação ao ato ineficaz, que o objeto será o próprio ato administrativo, é preciso ter em mente que, em realidade, a invalidação e a convalidação terão como objeto as normas jurídicas inválidas introduzidas pelo ato. No primeiro caso, trata-se da retirada dessas normas; na convalidação, buscar-se-á manter tais normas (inválidas) no sistema jurídico.

O mesmo pode ser dito em relação aos atos abstratos eficazes. Todavia, nesse caso, a convalidação buscará conservar, além das normas abstratas introduzidas pelo ato, os efeitos jurídicos até o momento produzidos. A invalidação irá retirar essas normas inválidas do sistema, tornando-as normas inexistentes *juridicamente*; além disso, os efeitos produzidos serão eliminados.

É interessante ressaltar neste ponto que não há problema em afirmar, a fim de facilitar a comunicação, que o objeto da convalidação e da invalidação será o *ato administrativo inválido*. É necessário apenas que se tenha consciência de que, em verdade, são as normas inválidas introduzidas por essa manifestação jurídica que serão objeto de conservação (convalidação) ou de eliminação (invalidação). O que se pretende dizer é que *a expressão “ato administrativo inválido” é uma forma simplificada de enunciar “normas jurídicas inválidas introduzidas por ato administrativo”*.

No que tange aos atos concretos, concorda-se apenas parcialmente com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Explica-se.

De fato, em muitas situações, as normas concretas e inválidas introduzidas pelo ato incidirão sobre os fatos a que fazem referência. Nesse caso, elas não mais existirão juridicamente, pois não será mais possível a produção de efeitos (que é uma

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 442.

das regras de rechaço mencionadas no Capítulo I, item 3). Elas não poderão mais incidir. Contudo, remanescerão os efeitos jurídicos. Aqui, a convalidação terá como objeto a conservação desses efeitos; a invalidação, a sua extinção.

Entretanto, há casos em que a convalidação (e também a invalidação) do ato concreto não buscará preservar apenas os efeitos jurídicos, mas também determinadas normas introduzidas pelo ato. Isso fica claro no âmbito dos contratos administrativos.

De um contrato é possível obter várias normas. Há, por exemplo, aquela que disciplina o modo de cumprimento da obrigação pelo contratado. Existe também a norma que determina o pagamento pela Administração em caso de adimplemento da outra parte. Repare que essa última norma somente incidirá em caso de *adimplemento*. Enquanto não houver o cumprimento da prestação a cargo do contratado, a norma contratual do pagamento (apesar de individual e concreta) não incidirá e, portanto, não surtirá efeitos (a Administração ainda não estará obrigada a pagar).

Quando há vício de sujeito, por exemplo, é certo que as normas contratuais são inválidas. Suponha que a invalidade foi verificada depois de iniciada a execução pelo contratado, mas antes do adimplemento contratual. Não há dúvida que, nessa hipótese, a convalidação preservará os efeitos jurídicos até então produzidos, pois a norma que disciplina a execução pelo contratado já incidiu, restando a obrigação (que é efeito jurídico) de cumprir a prestação que lhe cabe. Mas, além dos efeitos jurídicos, o ato convalidador preservará as normas que ainda não incidiram, tal como a que prevê o pagamento pela Administração.²⁰⁸

Em outras palavras, no caso acima, não serão apenas os efeitos jurídicos que serão objeto da convalidação, mas também o próprio ato concreto, ou, mais precisamente, *as normas concretas que ainda não incidiram*. O mesmo raciocínio se aplica à invalidação.

Portanto, nem sempre o ato de convalidação visará somente aos efeitos do ato

²⁰⁸ JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA (*In: Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 47), ao tratar do objeto da invalidação dos contratos viciados, defende que a invalidação poderá alcançar não só os efeitos, mas também certos contratos. “Se o contrato ainda não tiver sido executado, a invalidação incidirá sobre o próprio ato, de modo a evitar que venha a produzir efeitos. No caso de contrato de prestação continuada, ainda em execução, ela atingirá tanto o contrato — evitando que produza o

concreto inválido. É possível que o próprio ato concreto inválido seja objeto da convalidação (e também da invalidação).

7. Limites à convalidação

O dever de convalidar se impõe à Administração quando ela se deparar com um ato administrativo inválido, desde que seja possível reproduzi-lo na atualidade sem os vícios que o macularam e com efeitos *ex tunc*.

No entanto, existem situações em que a convalidação é, em tese, possível. Todavia, apesar disso, a ordem jurídica impõe limites que impedem a edição do ato convalidador. São as chamadas “barreiras” à convalidação.²⁰⁹ A doutrina costuma apontar que a impugnação do interessado e a decadência são limites à produção do ato convalidador.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO expõe que a impugnação administrativa ou judicial do interessado obsta a edição do ato de convalidação. Se a convalidação fosse possível mesmo depois de impugnado o ato inválido, a argüição do vício seria inútil, na medida em que a extinção dos efeitos dependeria exclusivamente da vontade da Administração. O jurista ressalva apenas o caso da falta de motivação de ato vinculado, se o Poder Público demonstrar que os motivos existiram e que o ato obedeceu às prescrições legais. Ainda segundo o autor, a convalidação do ato não pode importar sanção para os administrados que agiram em desconformidade com o ato inválido. “É que o descumprimento do ato viciado corresponde à impugnação dele por via de resistência”.²¹⁰

WEIDA ZANCANER²¹¹, CARLOS ARI SUNDFELD²¹², EDMIR NETTO DE ARAÚJO²¹³ e JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA²¹⁴ acompanham o

restante dos efeitos que lhe caberia produzir — quanto os efeitos já produzidos, desconstituindo-os. Após a execução a invalidação não terá mais como objeto o contrato, mas seus efeitos”.

²⁰⁹ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 57.

²¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 453.

²¹¹ ZANCANER, Weida. *Op. cit.*, p. 60.

²¹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 73.

²¹³ ARAÚJO, Edmir Netto. *Convalidação do ato administrativo*, p. 136-137.

entendimento acima apresentado.

Por outro lado, SÉRGIO FERRAZ diverge dessa linha. Segundo ele, há utilidade na impugnação, pois ela teria provocado a correção do vício pela Administração. Ademais, para esse jurista, a impugnação só poderia ter em vista a desconstituição do ato inválido e/ou a recomposição dos danos por ele gerados. Escreve o jurista que o interesse público na convalidação deve prevalecer sobre o interesse privado na desconstituição do ato inválido. Quanto aos danos, ou eles derivam do ato inválido ou do ato convalidador; em ambos os casos, o art. 37, § 6º, da Constituição protege os direitos do particular. O autor conclui do seguinte modo:

“Enfim, a impugnação é um dado menor, de interesse egocêntrico, sem a transcendência de interesse público. De fato, tinha e tem sempre a Administração o dever de obediência à ordem jurídica e à legalidade. Se para tanto só é ela ‘acordada’ pela impugnação, tanto melhor: corrija-se o erro e repare-se o dano que alguém tenha sofrido. O que não nos parece razoável é dizer: você (Administração) deveria ter convalidado antes da minha impugnação; como não o fez, agora não pode restaurar a legalidade!”²¹⁵

Esse posicionamento é seguido também por MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES, para quem a impugnação apenas inicia o procedimento administrativo que pode resultar na convalidação ou na invalidação. Se a manutenção do ato não acarretar lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros, então o ato inválido deverá ser convalidado.²¹⁶

Neste trabalho, adota-se o entendimento de que a impugnação administrativa não impede a convalidação, pelos argumentos já aduzidos por SÉRGIO FERRAZ e MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES. Contudo, é preciso observar que não se

²¹⁴ CÂMARA, Jacintho de Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Estudos de direito administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. Tatiana Mendes Cunha (coord.) São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 61.

²¹⁵ FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de direito administrativo*, nº 231, Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março, 2003, p. 63-64.

²¹⁶ Nas palavras da autora, “não faria sentido impedir-se a convalidação do ato que apresente defeito *sanável* pelo simples fato de ter sido ele impugnado. Com efeito, a impugnação deflagra procedimento administrativo que tanto poderá culminar na convalidação quanto na invalidação do ato. Restará ainda ao administrado socorrer-se do Poder Judiciário caso entenda ter sido o ato viciado indevidamente convalidado” (SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, p. 144).

consegue imaginar um dano indenizável que decorra do ato convalidador, tal como aponta aquele jurista. Ademais, vale ressaltar que a impugnação judicial obsta a convalidação pela Administração, *tendo em vista que ela não disporá mais da competência atual, tanto para convalidar como para invalidar.*

Em verdade, sempre que houver o exaurimento da competência atual da Administração, ela não poderá convalidar. Isso também ocorre no caso em que o ato estiver sujeito à apreciação pelo Tribunal de Contas.²¹⁷

A segunda barreira à convalidação apontada pela doutrina é a decadência. Sem dúvida, transcorrido o prazo decadencial, terá ocorrido o *saneamento* do ato inválido.²¹⁸ O dever administrativo de convalidar se transforma em dever de se abster. Ademais, o transcurso desse prazo torna a convalidação inútil. Em função disso, não se concorda com MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES, que defende a possibilidade de se produzir, a qualquer tempo, o ato de convalidação.²¹⁹

Pode-se ainda apontar que, num primeiro momento, a convalidação não poderá ser realizada se o ato viciado for *restritivo*.²²⁰ São restritivos os atos que diminuem a esfera jurídica dos destinatários do ato, impondo-lhes deveres, obrigações, encargos ou limitações a direitos, ou ainda quando eliminam poderes, faculdades ou vantagens juridicamente relevantes.²²¹

Ora, a convalidação busca concretizar o princípio da segurança jurídica, protegendo a confiança legítima dos administrados. Admitir a convalidação, nesse caso, seria permitir que um ato restritivo retroagisse (pois a própria convalidação é, nesse caso, um ato jurídico desfavorável à esfera dos particulares), o que acaba por

²¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 253 e ss.

²¹⁸ Sobre a decadência, vide comentários feitos na Seção III deste Capítulo (item 12.2).

²¹⁹ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *Op. cit.*, p. 146.

²²⁰ “Com alguma cautela, pode dizer-se que os atos desfavoráveis ao destinatário não podem ser convalidados. Quando produzidos validamente — se possível for essa produção, seus efeitos serão *ex nunc*. Tratar-se-á, pois, de um novo ato. Quanto aos atos favoráveis aos destinatários, podem ser, em certos casos (...), convalidados”. (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, p. 69.)

²²¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 407; COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 2, p. 36.

ofender justamente aqueles valores jurídicos que dão fundamento à convalidação.²²²

Todavia, em vez de defender a impossibilidade de convalidação de *todos* os atos restritivos com vícios “convalidáveis”, parece ser mais razoável sustentar que ela não poderá ocorrer *somente se houver a impugnação do ato pelo interessado*. A ausência de impugnação, nesse caso, sugere que o afetado com a decisão aceita os termos do ato restritivo, preferindo suportar, desde a sua edição, os efeitos desfavoráveis que dele advêm. Se assim não for, terá ele o direito de impugnar o ato inválido, estando a Administração obrigada a invalidá-lo.

Assim, imagine-se que uma suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93) — imposta a um contratado pelo servidor gestor do contrato, quando a competência para tanto cabia ao agente que ocupa o topo da estrutura hierárquica da entidade (uma autarquia, por exemplo) — fosse impugnada pelo sancionado, justamente sob o argumento de vício de competência. Permitir a convalidação (logo, com efeitos *ex tunc*), nessa hipótese, seria ofender a segurança jurídica. Aqui, a sanção poderá ser aplicada ao administrado pelo superior hierárquico; mas, os seus efeitos serão *ex nunc*, porquanto se trata de novo ato sancionador.

Contudo, se o particular sancionado não ataca tal decisão, não se vê empecilho à convalidação. Pode-se supor que o particular prefere que o termo inicial da restrição que lhe foi imposta se inicie desde já, a fim de que ela termine o quanto antes.

Em vista do exposto, a convalidação não poderá ser levada a cabo quando: (a) houver o exaurimento da competência atual para agir, o que ocorre, por exemplo, no caso da impugnação judicial e da apreciação pelo Tribunal de Contas; (b) já tiver transcorrido o prazo decadencial; e, (c) o ato viciado for restritivo à esfera jurídica dos administrados, desde que tenha sido impugnado pelo interessado.

²²² Em sentido contrário: SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 134.

8. Contratos convalidáveis

Foi citado acima que os atos administrativos inválidos que possam ser reproduzidos na atualidade sem os vícios que os macularam (pois isso já teria sido possível à época de sua produção) são *convalidáveis*. Por outro lado, se com a repetição do ato o vício se mantiver, diz-se que o ato é *inconvalidável*.

Para saber que atos são ou não convalidáveis, deverá o jurista analisar os elementos e pressupostos do ato administrativo. São convalidáveis os atos que possuem defeitos relacionados ao sujeito, à formalização e aos requisitos procedimentais (desde que a prática do ato não lhe retire a finalidade). Esses são os “defeitos sanáveis” a que faz referência o art. 55 da Lei federal nº 9.784/99.

Aliás, justamente por ser possível corrigir esses vícios, não haverá propriamente lesão ao interesse público e tampouco prejuízo a terceiros, tal como exige o citado art. 55. Não se consegue imaginar um “vício convalidável” que acarrete essas conseqüências.

A doutrina, ao discorrer sobre a convalidação, enfoca a questão apenas sob o ponto de vista do ato administrativo unilateral. Entretanto, por ser o contrato uma espécie de ato administrativo, fica claro que o contrato administrativo portador de algum dos vícios acima citados também é passível de convalidação. Percebe-se agora a utilidade em se analisar o contrato administrativo a partir dos elementos e pressupostos do ato administrativo, tal como foi feito no Capítulo II, item 4.

Para uma melhor abordagem, convém discorrer em separado sobre cada um dos vícios que afetam os contratos administrativos e que dão ensejo à convalidação.

8.1. Vício de sujeito

No que tange aos atos com vícios de sujeito, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, aplicando a teoria das nulidades do direito privado, entende que o ato será inconvalidável se a incompetência for absoluta, ou seja, se for praticado

por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente, ou pelo usurpador de função pública. Contudo, se a incompetência for relativa — se produzido por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, sendo que a prática do ato cabia ao superior hierárquico — a convalidação será possível.²²³

CARLOS ARI SUNDFELD rejeita a distinção entre incompetência absoluta e relativa, por entender que se trata de uma transposição imprópria da incapacidade (absoluta e relativa) do direito privado.²²⁴ Para o jurista, é sempre possível convalidar atos praticados por sujeito incompetente, seja essa incompetência da pessoa jurídica, do órgão ou do agente.²²⁵

O jurista tem razão ao afastar a idéia de incompetência absoluta e relativa. Todavia, nem sempre o ato com vício de sujeito será convalidável. O ato será inconvalidável quando a competência for atribuída de forma *exclusiva* ao sujeito, em relação a qual não cabe a delegação e a avocação.²²⁶ Pelo mesmo motivo, quando há invasão de função, o ato também não pode ser convalidado. Entretanto, ressalvadas essas hipóteses, será possível convalidar o ato com defeito de sujeito.

A doutrina costuma apontar que a convalidação feita pela mesma autoridade emissora do ato viciado se chama *ratificação*. Se essa convalidação se der por outra autoridade, haverá a *confirmação*.²²⁷

Note-se que a confirmação e a ratificação possuem o mesmo regime jurídico. Por conseguinte, a distinção não tem utilidade jurídica, razão pela qual ela não é

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 655.

²²⁴ “A incapacidade tem significado na lei civil como a impossibilidade presumida — maior ou menor, quer seja absoluta ou relativa — de o sujeito exprimir ou formar sua vontade, que é protegida como expressão da sua liberdade. O incapaz é titular do direito, mas não tem aptidão para exercê-lo por si. Daí existirem graus na incapacidade, conforme a maior ou menor inaptidão do sujeito para formar ou exprimir sua vontade. Mas, dizer que um sujeito ou um órgão é relativamente competente, nada significa, ou melhor, significa o mesmo que afirmá-lo totalmente incompetente. A competência não se atribui por graus, justamente porque nada tem a ver com aptidão intrínseca do sujeito; antes, é outorgada por alguém externo a ele. Logo, não se confunde com capacidade” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 61-62).

²²⁵ *Idem*, p. 61.

²²⁶ Aliás, há previsão nesse sentido na Lei paulista nº 10.177/98 (art. 11, I). MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES (In: *O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados*, p. 142) comenta o dispositivo: “A ressalva mostra-se bastante pertinente, na medida em que, se a competência para a prática do ato é indelegável, isso significa dizer que o ato não poderia, em hipótese alguma, ser praticado por autoridade outra que não a legalmente competente — donde, mostra-se verdadeiramente inviável a convalidação”.

²²⁷ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 664-665; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 454; ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 72.

acolhida neste trabalho. Os termos serão utilizados indistintamente, significando a forma de convalidação de ato inválido com vício de sujeito.

Os contratos administrativos com vício de sujeito também podem ser objeto de convalidação. Assim, imagine-se que um Município tenha celebrado um contrato precedido de licitação para a construção de um prédio, figurando no outro pólo contratual uma determinada sociedade empresária. Tal contrato foi assinado pelo presidente da comissão de licitação, em vez do Prefeito, que seria a autoridade competente para tanto. Nesse caso, para a manutenção do contrato, basta a ratificação do Prefeito, desde que não se trate de competência exclusiva.

Ainda de acordo com o exemplo acima, questiona-se: seria possível convalidar o contrato em que a outra parte foi a autora do projeto básico que instruiu o processo licitatório? A resposta tem que ser negativa. Mas, ao contrário do que se possa supor, o vício não será de sujeito, mas sim de procedimento, com prejuízo à finalidade da licitação.

Lembre-se que o art. 9º, I, da Lei nº 8.666/93 impede a participação direta ou indireta do “autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica”. O dispositivo tem a clara finalidade de preservar a isonomia do certame licitatório, impedindo que o autor do projeto básico venha a se beneficiar com os conhecimentos mais profundos que possui do objeto da futura contratação.²²⁸ Ora, como o impedimento de um licitante é uma condição a ser verificada durante o processo licitatório, percebe-se que houve vício de procedimento que afetou a finalidade da licitação, que é a de selecionar *isonomicamente* a proposta mais vantajosa para o interesse público.

Em realidade, as questões ligadas à pessoa a ser contratada devem ser analisadas durante o procedimento pré-contratual (licitatório ou de contratação direta), mais precisamente na fase de habilitação. É nesse momento que a Administração irá

²²⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO (*In: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 120), ao comentar o art. 9º da Lei nº 8.666/93, escreve que esse diploma legal considera “um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. (...) O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que,

avaliar se o proponente está apto a contratar sob os pontos de vista jurídico, técnico, econômico-financeiro e fiscal. Assim, se o contrato é celebrado com pessoa que se encontra suspensa do direito de licitar e contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93), houve vício de requisito procedimental com prejuízo a sua finalidade, pois cabia à Administração Pública afastar tal pessoa do procedimento pré-contratual.

O que se pretende afirmar é que o vício de sujeito, no âmbito dos contratos administrativos, tem relação apenas com a Administração Pública contratante, e não com o contratado.

8.2. Vício de formalização

A formalização é o modo específico de exteriorização do ato administrativo. Em alguns casos, a formalização serve apenas para uniformizar a ação administrativa. É o que ocorre quando se exige que certo ato seja editado por meio de portaria. Em outros, a devida formalização é uma garantia para os administrados. Exemplo: exigência de termo aditivo para a realização das alterações unilaterais; por ser necessário publicá-lo na imprensa oficial, amplia-se a possibilidade de controle popular.

Os defeitos relacionados à formalização abarcam situações de gravidade diversa. Há atos cujos defeitos são meramente materiais, sendo irrelevantes. Como exemplo, pode-se citar os erros de digitação que não afetam o conteúdo da informação e a indicação incorreta do número do diploma legal que disciplina o ato (em vez de constar que o contrato administrativo será disciplinado pela Lei nº 8.666/93, está escrito que ele se rege pela Lei nº 8.666/96). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO está correto quando afirma que tais equívocos não afetam a validade do ato. São atos meramente irregulares.²²⁹

Do mesmo modo, quando o objetivo de determinada formalização é a uniformização da atuação administrativa, não há propriamente invalidade. Se em vez

por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia”.

de “portaria” foi adotada a “instrução”, sem que tenha havido qualquer prejuízo aos direitos dos administrados, não há verdadeira invalidade, mas mera irregularidade.

De fato, nos dois casos acima citados, pela leitura do texto normativo, o intérprete não tem a menor dificuldade em formular as normas que dele decorrem. Em suma, o sentido obtido a partir da declaração jurídica não se altera. Por isso, são irregulares, não se cogitando da sua convalidação ou da sua retirada.

Entretanto, haverá vício de legalidade quando a formalização equivocada afetar de algum modo os direitos dos administrados. Para MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES, nessa hipótese, o ato viciado não poderá ser objeto de convalidação.²³⁰

Discorda-se desse entendimento. Mesmo nesses casos a convalidação será possível.

Vale citar a alteração unilateral destinada a acrescer em 25% o quantitativo contratual (art. 65, I, “b”, e § 1º, da Lei nº 8.666/93) feita por simples apostilamento²³¹, a qual pode ser convalidada pela formalização ulterior do termo aditivo. Repare que o ato não é meramente irregular, porquanto não se refere à uniformização da atividade administrativa. O apostilamento é adotado apenas nos casos do art. 65, § 8º, da Lei de Licitações²³², já que as situações previstas no dispositivo *não representam verdadeira alteração contratual*; justamente por isso, não há necessidade de publicação na imprensa oficial. Por outro lado, o termo aditivo serve para formalizar as alterações contratuais (unilaterais ou bilaterais), devendo ser publicado na imprensa oficial. Além de ser condição de eficácia²³³, a publicação possibilita o controle popular. Em suma, a formalização por apostilamento traz prejuízo ao *controle* pela população, a qual tem o direito de saber quando um contrato administrativo foi efetivamente alterado.

²²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 449-450.

²³⁰ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, p. 152.

²³¹ No apostilamento, a Administração efetua apenas um mero registro no próprio do termo de contrato, normalmente no verso ou no final. Também é possível que a apostila seja feita mediante juntada de um documento específico.

²³² Prescreve o art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93 que a “variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento”.

Também será possível convalidar contrato administrativo formalizado por nota de empenho cujo valor seja superior ao previsto para a tomada de preços. Aqui, há desobediência ao art. 62, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que exige a formalização por termo de contrato.²³⁴ Este é exigido para esses casos por ser o instrumento contratual mais completo, nele constando todas as cláusulas contratuais cabíveis.²³⁵

Uma outra situação bastante corriqueira na prática administrativa é a ausência de termo aditivo para a prorrogação dos contratos administrativos. Suponha que antes do término do prazo de vigência, a Administração questionou o contratado, por escrito, se havia o interesse em prorrogar o ajuste. Este respondeu afirmativamente (também por escrito). Contudo, por desídia administrativa, escoou o prazo de vigência sem a *devida* formalização do termo aditivo. O contratado, até mesmo em função da manifestação da Administração, continuou executando normalmente o contrato. Nesse caso, houve prorrogação contratual com vício de formalização, tendo em vista a clara manifestação de ambas as partes *antes* do término de vigência contratual. Essa prorrogação portadora de vício de formalização pode ser convalidada com a elaboração posterior do termo aditivo.²³⁶

Em síntese, afirma-se que os contratos administrativos inválidos em razão de vício de formalização poderão ser objeto de convalidação.

²³³ Cf. art. 61, parágrafo único, da Lei de Licitações.

²³⁴ “Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço”.

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 529.

²³⁶ Como bem frisou HELY LOPES MEIRELLES (*In: Licitação e contrato administrativo*. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 199) a “expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do ajuste, exigindo novo contrato para continuação das obras, serviços ou compras anteriormente contratados. O contrato extinto não se prorroga, nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior”.

Desse modo, é evidente que, se no caso apresentado no corpo do texto, não houvesse qualquer manifestação das partes acerca da prorrogação, ou se essa manifestação das partes ocorresse após o término de vigência contratual, não seria possível convalidar o contrato. Haveria vício de motivo, qual seja, a ausência dos pressupostos fáticos necessários à prorrogação contratual.

8.3. Vício de requisitos procedimentais

Para CARLOS ARI SUNDFELD, os defeitos procedimentais podem ser supridos: (a) por um ato do particular (desde que esse o faça com a expressa intenção de fazê-lo retroagir); ou, (b) por um ato da Administração, desde que não afete a finalidade do procedimento.²³⁷

Acolhe-se apenas a segunda forma apontada pelo autor, a fim de se manter fiel ao conceito de convalidação estipulado neste trabalho. O suprimento do vício por ato do particular se enquadra na hipótese de saneamento.²³⁸

Um dos casos mais comuns de invalidade contratual reside justamente no vício verificado na licitação ou no procedimento de contratação direta. Inclusive, a Lei nº 8.666/93 é clara ao prescrever que a “nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”. O mesmo vale para a invalidade do procedimento de contratação direta, principalmente em função do que dispõem os arts. 54, § 2º, e 55, XI, da Lei nº 8.666/93.

Contudo, para saber se o vício ocorrido durante o certame licitatório levará à retirada do contrato administrativo é preciso apurar se houve desvirtuamento da finalidade da licitação, que é a seleção isonômica da proposta mais vantajosa para o interesse público. Imagine-se que, durante uma concorrência pública do tipo menor preço em que participaram seis particulares, a Administração habilitou inadequadamente o licitante que apresentou a proposta com o maior preço. Aqui, fica evidente que o vício de procedimento não afetou a finalidade do certame.

Como exemplo de invalidade do procedimento de contratação direta, pode-se citar a ausência de justificativa do preço e das razões para a escolha do contratado. Para que a convalidação do contrato seja possível, é necessário que a Administração comprove que o preço está em conformidade com o mercado. Ademais, deverão ser indicadas as razões que a levaram a contratar com o particular.²³⁹

²³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 75.

²³⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 72.

²³⁹ Esse também é o posicionamento de MÁRCIO CAMMAROSANO (*In*: Contratação direta, sem adequada observância de requisitos procedimentais, e a possibilidade de regularização. *Revista zênite de licitações e*

Outra hipótese de convalidação reside na ausência de publicação do extrato do termo de contrato na imprensa oficial. Não se trata de vício de formalização, pois a publicação não é requerida para a validade do contrato, sendo condição de eficácia. Logo, trata-se de vício de requisito procedimental, que pode ser suprido com a publicação posterior.

Ressalte-se, por fim, que quando houver desvirtuamento da finalidade, o contrato administrativo deverá ser retirado do sistema jurídico. Isso ocorrerá, *v.g.*, se houve fraude à licitação, se o particular estava impedido de contratar, se a Administração não apresentar justificativas técnicas adequadas para a fixação dos requisitos de qualificação técnica, se o preço apurado no processo de contratação direta não é de mercado, se as razões para a escolha do contratado não são consistentes, dentre outros.

9. Contratos inconvalidáveis

Uma vez identificados quais os tipos de vícios dos atos administrativos que possibilitam a convalidação, fica fácil perceber quais a impedem. Sempre que o ato administrativo apresentar defeitos nos demais pressupostos e nos elementos, será ele inconvalidável.

Dessa forma, se o ato (unilateral ou bilateral) contiver vício de motivo, de conteúdo, de objeto, de causa, de finalidade e de procedimento (quando houver desvirtuamento da sua finalidade), ele não será passível de convalidação. Neste tópico, não foi criado um item específico para os contratos com vício de procedimento em que houve desvirtuamento da finalidade, por já ter sido o tema tratado no item 8.3 acima.

contratos — *ILC*, nº 29, Curitiba: Zênite, julho, 1996, p. 486): “O que importa considerar é que convalidação só será possível se, em se tratando de contratação direta, puder ser atestado hoje que à época da sua efetivação realmente poderia ter ocorrido regularmente em razão de circunstâncias que caracterizavam como extreme de dúvidas situação de dispensa ou inexigibilidade a ensejar a contratação sem licitação, nos termos em que firmada, e apresentadas as razões da escolha do contratado e a justificativa do preço”.

9.1. Vício de motivo

Ao discorrer sobre o tema, WEIDA ZANCANER aponta acertadamente que não é possível convalidar ato administrativo com vício de motivo, pois não há como fazer o ato convalidador retroagir à data do ato inválido, porquanto o suporte fático continuaria a não existir.²⁴⁰ Ou o motivo já existia quando da produção do ato, sendo esse válido; ou o pressuposto de fato não ocorreu, o que vicia o ato administrativo. Se o suporte fático surgir somente quando da prática do ato dito “convalidador”, haverá na verdade novo ato administrativo, com efeitos *ex nunc*.

Contratos administrativos com vício de motivo também não podem ser convalidados. Se não há necessidade pública a ser satisfeita com o contrato, então ele será inválido. Mais do que isso, ele será considerado um ato anti-econômico, em ofensa ao art. 70, *caput*, da Constituição de 1988.

Quando a Administração não tem como determinar o momento exato em que a necessidade surgirá, embora se saiba que ela ocorrerá em algum momento durante o exercício financeiro, poderá ser feita uma licitação para a formalização de uma ata de registro de preços. Com a ata vigente, conforme a necessidade se apresente, a Administração contrata com o particular que teve o seu preço registrado. O sistema de registro de preços está disciplinado no art. 15, II, e §§ 1º a 4º, da Lei nº 8.666/93, bem como nos regulamentos de cada entidade federativa.

Na prática, é muito comum a celebração de contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação sem que os pressupostos fáticos para tanto tenham se verificado. Contrata-se diretamente em razão de emergência (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93), sem que exista qualquer situação emergencial, ainda que ocasionada por desídia administrativa. Do mesmo modo, não são raras as contratações por inexigibilidade de serviços técnicos em que o particular deverá ter notória especialização (art. 25, II, da Lei nº 8.666/93), sem que o contratado disponha dessa notoriedade. Ou ainda, tal serviço, embora seja técnico, não é singular, o que tornaria possível a realização de licitação, tendo em vista a viabilidade de se estabelecer

critérios objetivos de julgamento. Em todos esses casos, há vício de motivo.

Em relação aos contratos com vício de motivo, o que se pode questionar é o seguinte: imagine-se que a Administração, em razão de planejamento inadequado, firma um contrato por seis meses com o objetivo de adquirir computadores de forma parcelada, sem que o Poder Público realmente necessite desses bens. Todavia, em função da quebra dos atuais computadores da Administração, o contrato realmente se tornou necessário. Como se pode perceber, o pressuposto fático surgiu durante o contrato. Nesse caso, a convalidação é possível?

Em razão do conceito de convalidação adotado neste trabalho, não será possível editar o ato convalidador. Entretanto, percebe-se que a extinção do ajuste seria mais prejudicial ao interesse público do que a sua manutenção, pois isso implica em gasto de dinheiro público com nova licitação, o tempo de espera até a obtenção dos equipamentos etc., em clara afronta aos princípios da economicidade e da eficiência. Trata-se, aqui, de uma das hipóteses de saneamento, pois a Administração simplesmente irá se abster de retirar o contrato.²⁴¹ O tema será abordado na Seção III deste Capítulo.

9.2. Vício de conteúdo e de objeto

Os vícios de conteúdo e objeto não permitem que a Administração convalide o ato.²⁴² Sempre que o ato for praticado, o vício se repetirá.

CARLOS ARI SUNDFELD observa acertadamente que nas situações em que o ato for impugnável por meio de ação popular, ele não será convalidável. Sem dúvida, quando a prescrição veiculada pelo ato administrativo resultar em prejuízo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural não será possível repeti-lo sem o mesmo vício.²⁴³

O contrato administrativo com vício de conteúdo ou de objeto não pode ser

²⁴⁰ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 74.

²⁴¹ É evidente que isso não impede a punição dos servidores responsáveis pelo planejamento inadequado, após a conclusão do devido processo administrativo disciplinar.

²⁴² Cf. STJ, MS 9814/DF, 3ª Seção, DJU 19.10.2005.

convalidado. A repetição do ato não afastaria a invalidade. O contrato administrativo com objeto indeterminado ou impossível é inválido, não sendo possível repeti-lo sem que a ilicitude seja afastada.

CARLOS ARI SUNDFELD escreve ainda que, em se tratando de vício somente no “conteúdo accidental” (permanecendo válido o “conteúdo essencial”), não haverá que se falar em convalidação, mas sim em repetir o ato sem esse conteúdo accidental viciado. Aplica-se, aqui, o art. 184 do Código Civil de 2002.²⁴⁴

Alguns autores chamam a repetição do ato jurídico sem a parte viciada de *reforma*²⁴⁵ ou de *redução*.²⁴⁶ Em verdade, a reforma (ou redução) nada mais é do que a invalidação de algumas das normas veiculadas pelo ato administrativo. Lembre-se que o ato é um veículo introdutor de normas no sistema; o ato não é a própria norma. Assim, na reforma, há a retirada de determinadas proposições prescritivas introduzidas pelo ato administrativo e que eram meramente acessórias; elas não afetavam o aspecto principal do ato. Não se trata, portanto, de convalidação.

Suponha que a cláusula contratual obrigava o contratado a indicar um imóvel como garantia ao cumprimento da obrigação contratual. Como se pode perceber, há violação ao art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que prevê apenas três tipos de garantia, as quais devem ser escolhidas pelo contratado.²⁴⁷ Tal norma jurídica veiculada no contrato é inválida, devendo ser retirada. Contudo, como ela não afeta a obrigação principal, o contrato poderá ser mantido.

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 78.

²⁴⁴ O autor escreveu quando vigorava o Código Civil de 1916. Portanto, ele citou o art. 153 desse diploma legal. Não houve alteração de conteúdo no Código Civil de 2002, razão pela qual se fez menção no corpo do texto ao art. 184, *in verbis*: “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

²⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 217; ARAÚJO, Edmir Netto. *Convalidação do ato administrativo*, p. 147-148.

²⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 663.

²⁴⁷ Nos termos do art. 56, § 1º, da Lei de Licitações: “§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária”.

9.3. Vício de finalidade

Já foi frisado no Capítulo II, item 4.3.3, que a atuação da Administração em desacordo com a finalidade legal configura desvio de poder (ou desvio de finalidade). Isso ocorrerá: (a) se o agente buscar finalidade contrária ao interesse público; ou, (b) se o sujeito, embora pratique o ato em vista da finalidade pública, utiliza categoria diversa da legalmente estipulada para tanto.

De fato, no primeiro caso, se o agente público, atuando pela Administração, assina um contrato com o objetivo de receber uma “comissão” do contratado, ou se deseja simplesmente beneficiar um particular que custeou os custos da campanha eleitoral do Chefe do Executivo, há claro desvio de poder. O contrato deverá ser retirado, pois o agente não está buscando satisfazer o interesse público.

Também haverá invalidade se a Administração celebra contrato de categoria diversa da exigida para atender a necessidade pública. Eventualmente, será possível converter o contrato inválido, mas não convalidá-lo.

9.4. Vício de causa

O vício de causa também macula irremediavelmente o ato administrativo (unilateral ou bilateral). Assim, se em função da necessidade pública a ser satisfeita foram fixados deveres contratuais superiores aos indispensáveis para o cumprimento da obrigação, o ajuste deverá ser objeto de invalidação ou de sustação dos seus efeitos pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas.

Tal como mencionado no item 4.3.4 do Capítulo II, é comum que o vício de causa tenha origem no processo licitatório. Imagine que a Administração tenha exigido no edital requisitos de qualificação técnica exorbitantes, tendo em vista o objeto a ser executado.

Num primeiro momento, seria possível concluir que o vício é de procedimento com desvirtuamento da finalidade. Todavia, isso não é correto. Com a adjudicação e a conseqüente contratação, a licitação e seus efeitos não mais existem no mundo

jurídico. A declaração da existência do vício é útil, na medida em que a invalidade do certame induz a do contrato (art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93); mas, a licitação em si não mais existe juridicamente. O que se pretende afirmar é o seguinte: não há mais como extinguir a licitação, pois ela, com a adjudicação e a celebração do contrato, deixou de veicular normas jurídicas e de produzir efeitos. Logo, a invalidação em decorrência de vício de causa constatado na licitação atingirá o próprio contrato.

Além disso, vale lembrar que as partes contratantes estão vinculadas às normas do edital, tal como prescreve o art. 55, XI, da Lei nº 8.666/93. Em realidade, as normas editalícias passam a ser normas *contratuais*. Por isso, o vício de causa verificado no ato convocatório se transforma em vício de causa do contrato administrativo.

SEÇÃO II – DA MANUTENÇÃO ATIVA: CONVERSÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

10. Conversão: definição e cabimento

Um dos pressupostos do ato administrativo é a finalidade. Com base nela, a Administração procura alcançar um determinado objetivo, o qual deverá estar previsto em lei. Daí se afirmar que uma das características do ato administrativo é a sua tipicidade, pois, para atingir certo fim, a lei prevê um ato administrativo específico.²⁴⁸

Às vezes, a Administração Pública, procurando alcançar uma finalidade consagrada na ordem jurídica, emite ato administrativo que não corresponde à categoria legalmente prevista para tanto. Quando isso ocorre, fica caracterizada a sua invalidade.

Não será possível, nessa hipótese, convalidar o ato viciado. Isso porque, ao se

repetir o ato, a invalidade permanecerá, já que ele continua não correspondendo à categoria legal. Entretanto, a impossibilidade de convalidação não importa retirada do ato inválido, porquanto poderá se operar a *conversão*.

A conversão consiste no ato administrativo que aproveita, com efeitos ex tunc, o ato inválido (unilateral ou bilateral) em outra categoria, essa sim legítima para atingir o fim objetivado originalmente. É o caso, por exemplo, da conversão de concessão de uso de bem público, não precedida de licitação, em permissão precária, para a qual não haveria a mesma exigência.²⁴⁹ Ou ainda, da nomeação em caráter efetivo para cargo de provimento em comissão que é convertida em nomeação em comissão.²⁵⁰

Não se tem conhecimento de texto normativo que discipline a conversão de atos administrativos, sejam eles unilaterais ou bilaterais. Há apenas o art. 170 do Código Civil de 2002, o qual trata da conversão dos atos jurídicos privados.²⁵¹

Conversão e convalidação se aproximam em dois aspectos.

Em primeiro lugar, ambas são modalidades de manutenção ativa de atos inválidos (unilaterais ou bilaterais). Por isso, convalidação e conversão são atos *administrativos*, e não atos legislativos. Afasta-se, desse modo, a chamada *conversão legal*, ou seja, a conversão feita pela lei.²⁵² Não se vê utilidade em se adotar essa figura, tendo em vista que o regime jurídico do ato legislativo é diverso daquele do ato administrativo; aliás, mesmo no direito privado, a admissão da conversão legal não é pacífica.²⁵³ Em verdade, o que há é a mera imputação legal de efeitos a certos fatos (no caso, a produção de atos inválidos), sem que seja necessário produzir um ato administrativo de conversão.

Ademais, tanto a conversão como a convalidação tem o mesmo objeto: o ato

²⁴⁸ “Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 211).

²⁴⁹ *Idem*, p. 255.

²⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 663.

²⁵¹ “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

²⁵² JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*In: Dos atos administrativos especiais*, p. 420), DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*In: Curso de direito administrativo*, p. 217) e EDMIR NETTO DE ARAÚJO (*In: Convalidação do ato administrativo*, p. 146) admitem a conversão legal.

inválido (unilateral ou bilateral) e/ou seus efeitos. Ou melhor, as normas jurídicas inválidas introduzidas pela declaração estatal e/ou os seus efeitos jurídicos. As considerações feitas no item 6 deste Capítulo se aplicam aqui.

Outro ponto em comum reside na eficácia *ex tunc*: tal como a convalidação, a conversão também procura manter as normas e/ou os efeitos produzidos pelo ato inválido. Dessa forma, se não houver possibilidade de retroação, não haverá conversão, mas sim novo ato administrativo.

Até mesmo por isso, também a conversão não poderá ser realizada quando o ato inválido for restritivo da esfera jurídica dos administrados.

A diferença entre convalidação e conversão reside no fato de que aquela conserva os *mesmos efeitos* do ato inválido, enquanto a conversão atribui retroativamente os efeitos próprios da categoria em que o ato inválido está sendo convertido.²⁵⁴ Isso porque a convalidação é a repetição do mesmo ato, o que já não ocorre na conversão.

É importante não confundir a conversão com a convalidação de ato inválido com vício de formalização. Suponha que a Administração precisa adquirir impressoras. Para tanto, celebra um contrato de compra e venda dos equipamentos, com uma assistência técnica de um ano. Todavia, em vez de formalizar o ajuste por termo de contrato, o faz por meio de nota de empenho, contrariando o art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Note-se que se trata de vício de formalização, pois a categoria contratual era correta. Logo, a conversão não é possível, mas sim a convalidação.

Um aspecto a ser destacado na conversão é que o ato produzido de modo inválido deverá ter atendido todos os requisitos legais referentes ao ato em que ele será convertido. Assim, firmado contrato de locação em vez de concessão de uso de bem público, mas feita a licitação e observadas as demais prescrições legais relativas à concessão, poderá haver a conversão.

Saliente-se ainda que tal como existe um dever de convalidar, também há um dever de converter. Este se colocará para o administrador sempre que se estiver diante

²⁵³ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 261-263.

²⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 454.

das suas condições de aplicação. Ademais, entre converter e invalidar, o agente público deverá optar pela conversão, pois o dever de converter se fundamenta — tal como qualquer hipótese de manutenção de atos inválidos — nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Não há que se falar em prioridade da convalidação em relação à conversão. Na verdade, os institutos em questão, embora sejam aplicáveis em caso de atos inválidos, têm pressupostos distintos. Somente a conversão será possível quando o vício do ato for de finalidade. Ou seja, ou cabe a convalidação, ou cabe a conversão. Não os dois no mesmo caso.

A partir do que foi exposto, é possível dizer que a conversão será cabível quando: (a) procurou-se, por meio do ato de categoria inadequada, realizar uma finalidade pública; (b) o ato inválido tiver os mesmos elementos e pressupostos previstos para a produção do ato a ser convertido; (c) for possível a eficácia retroativa.

SEÇÃO III — DA MANUTENÇÃO PASSIVA: SANEAMENTO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

11. Definição de saneamento

No item 1 deste Capítulo, diferenciou-se a manutenção ativa e a passiva dos atos inválidos. Enquanto na manutenção ativa a Administração está obrigada a editar um ato jurídico (ou seja, há o dever de introduzir normas jurídicas no sistema), na manutenção passiva ela tem a obrigação de se abster. Não há edição de ato administrativo cujo objeto seja o ato inválido e/ou seus efeitos.

A norma jurídica abstrata que dá suporte à manutenção passiva pode ser formulada — com base nos princípios da legalidade e da segurança jurídica — da seguinte maneira: “dada a invalidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral), então a Administração não poderá editar ato administrativo de retirada ou de manutenção”. É claro que a essa hipótese normativa se conjugam outros elementos,

conforme seja a razão que leva àquela abstenção (ex.: lapso temporal, boa-fé etc.). Mas, o que importa sublinhar aqui é o prescritor da norma, o qual fixa um *dever jurídico de omissão* para o Poder Público, que não poderá produzir o ato administrativo de invalidação, de sustação dos efeitos, de convalidação ou de conversão.

No plano concreto, ocorrido o fato jurídico da invalidade descrito na hipótese daquela norma (repita-se, conjugado com outros componentes fáticos), o efeito jurídico será a preservação do ato inválido e/ou dos efeitos dele decorrentes, não podendo a Administração ter qualquer conduta positiva tendente a retirá-los. Esse efeito jurídico é aqui denominado *saneamento*.

Vale frisar que, em regra, o saneamento irá estabilizar as situações jurídicas decorrentes do ato inválido. Ou seja, serão preservados apenas os efeitos. Mas, também é possível que o próprio ato inválido seja preservado pelo saneamento. Isso ocorre, por exemplo, quando os danos com a invalidação de um contrato forem superiores ao prejuízo gerado pela retirada do ajuste. As razões são as mesmas citadas no item 6 deste Capítulo.

Além de não haver a edição de um ato administrativo, a manutenção passiva difere da ativa no seguinte ponto: o ato inválido poderá ser tanto restritivo de direitos, como ampliativo, ao contrário do que ocorre na manutenção ativa (que admite apenas a conservação de atos favoráveis aos administrados). Os efeitos de um ato desfavorável podem ser estabilizados, por exemplo, pela decadência.

Todavia, tal como na convalidação e na conversão, na manutenção passiva também são preservados os efeitos dos atos inválidos desde a sua origem. Com o saneamento, os efeitos antes tidos como ilegítimos em razão da invalidade do ato passam a ser considerados válidos perante o direito. O vício é saneado.

Portanto, define-se o saneamento como sendo *o efeito jurídico que tem como finalidade preservar os atos inválidos e/ou seus efeitos, sem que a Administração possa adotar qualquer conduta tendente a preservá-los ativamente ou a retirá-los*.

12. Saneamento: hipóteses

O ponto que aproxima as hipóteses de saneamento consiste apenas na impossibilidade de o Poder Público promover a invalidação, a sustação dos efeitos, a convalidação ou a conversão do ato inválido. Em todos os casos, há um dever de abstenção da Administração Pública. Não há a introdução de novas normas jurídicas no sistema. Por tal razão, tais casos foram alocados dentro da mesma categoria de preservação dos atos inválidos.

Entretanto, as situações em que o saneamento se impõe são um tanto quanto distintas. Num caso, é preciso a manifestação do destinatário do ato inválido para que ele seja saneado. Em outro, basta o mero transcurso do tempo com a inação da Administração quanto à promoção da invalidação. Ainda, o saneamento ocorrerá se, com a retirada do ato inválido, o prejuízo ao interesse público for superior à própria manutenção do ato inválido.

Em suma, a manutenção passiva de atos inválidos terá lugar quando: (a) houver ato do particular que tenha faltado para conferir validade à decisão administrativa anteriormente tomada, desde que aquele expresse a intenção de fazê-lo retroagir; (b) o prazo decadencial tiver se exaurido; (c) a retirada do ato inválido causar maiores gravames ao interesse público do que a sua manutenção no sistema.

Convém analisar cada uma dessas situações em separado, procurando aplicá-las aos contratos administrativos.

12.1. Manifestação do destinatário do ato

Ao tratar dos atos convalidáveis, a doutrina costuma apontar que os atos portadores de vícios de procedimento podem ser convalidados em duas hipóteses. Uma delas já foi abordada em outra passagem deste estudo.²⁵⁵ A outra consiste “na falta de ato do particular, desde que este o pratique com a expressa intenção de fazê-lo

²⁵⁵ Item 8.3 deste Capítulo.

retroagir”.²⁵⁶

Em relação aos atos unilaterais, costuma-se apresentar a hipótese do servidor que é exonerado “a pedido”, sendo que ele não solicitou a sua exoneração. Aqui, é possível que os efeitos do ato inválido de exoneração sejam preservados. Para tanto, é necessário que ele faça posteriormente o pedido com a expressa intenção de estabilizar os efeitos daquele ato inválido.

Note-se que o ato do servidor é, sob o ponto de vista da norma abstrata, um fato ao qual a ordem jurídica imputa efeitos. Por meio desse ato não é introduzida norma jurídica alguma. Sem dúvida, trata-se de uma manifestação; porém, não é uma *manifestação jurídica* (ao menos não no sentido atribuído a tal expressão neste trabalho).²⁵⁷ É apenas um ponto da cadeia procedimental que havia faltado. Por seu turno, a Administração, depois desse ato, não poderá mais retirar o ato administrativo inválido. Muito pelo contrário: ela estará impedida de eliminar tais efeitos, os quais se tornaram legítimos com o ato do destinatário.

É evidente que isso não impede que o servidor que atuou ilicitamente (no caso, que concedeu a exoneração sem qualquer pedido) venha a ser sancionado, após o devido processo administrativo disciplinar.

Por tal razão, não se pode inserir o ato do particular que faltava para conferir validade ao ato como um caso de convalidação. Segue-se, neste ponto, os ensinamentos de WEIDA ZANCANER sobre o tema.²⁵⁸

No âmbito dos contratos administrativos é igualmente possível haver o saneamento com o ato do particular. Suponha que um contrato administrativo (que já começou a ser executado pelo contratado) tenha sido assinado apenas pelo agente público. Para sanear o vício, é preciso apenas que o particular venha a assiná-lo,

²⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 75. Vide ainda: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, p. 64; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 442-443; e, SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados*, p. 143.

²⁵⁷ Vide Capítulo II, item 2.1.2.

²⁵⁸ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*In: Curso de direito administrativo*, p. 453-454) também insere o ato do particular como caso de saneamento. Entretanto, para o jurista, o saneamento seria uma espécie de convalidação. Já WEIDA ZANCANER (*In: Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 72-73) deixa bem claro, na nota de rodapé 96 de sua obra, que o ato do particular é saneamento, o qual não se confunde com a convalidação, que é ato privativo da Administração Pública.

saneando o vício verificado.

12.2. Decadência

Atualmente, encontra-se sedimentada a idéia de que a retirada por ilegalidade se sujeita a prazos. A atuação administrativa está submetida à ordem jurídica, a qual consagra, dentre suas normas, o princípio da segurança jurídica. Não há dúvidas de que se a Administração não estivesse sujeita a limites, inclusive temporais, poderia haver uma quebra na estabilidade das relações jurídicas, em prejuízo à confiança legítima que os administrados têm na validade dos atos jurídicos estatais. CLARISSA SAMPAIO SILVA escreve com acerto que “atuando a Administração sob a égide de um ordenamento jurídico que não tolera a eternização dos conflitos, absurdo seria supor que ela não esteja sujeita a prazos, quer para tutelar juridicamente seus direitos, quer para desfazer seus próprios atos”.²⁵⁹

Dessa forma, por força do princípio da segurança jurídica, a ordem jurídica estabelece prazos prescricionais e decadenciais. Esses prazos ora dizem respeito às pretensões dos administrados em face da Administração, ora à pretensão desta em relação àqueles, ora ao dever-poder da Administração de tomar uma atitude quanto aos seus próprios atos viciados.

Neste tópico, como se pretende discorrer sobre a manutenção passiva dos atos administrativos inválidos, ou seja, como o objeto desta Seção é a conduta (omissiva) da Administração no que tange aos seus próprios atos viciados, não se abordará as duas primeiras situações.

Trata-se, portanto, de perquirir sobre a natureza do prazo cujo exaurimento leva ao saneamento do ato inválido, ou, mais precisamente, ao saneamento dos seus efeitos. A primeira questão que se põe é a seguinte: o prazo saneador é prescricional ou decadencial?

Antes de responder, convém diferenciar as duas figuras. Na clássica lição de CÂMARA LEAL, prescrição é “a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da

inércia do seu titular durante certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”.²⁶⁰ A decadência, por seu turno, extingue o próprio direito e, com ele, “a ação que o protege”.²⁶¹ Ou ainda, segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, a prescrição atinge a pretensão, a ação e/ou a exceção, mantendo intacto o direito subjetivo. Já a decadência tem efeito extintivo sobre o próprio direito subjetivo, o que leva à extinção da pretensão, da ação e/ou da exceção.²⁶²

Há divergência doutrinária acerca da natureza do prazo para a Administração invalidar seus atos viciados. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁶³ e FÁBIO BARBALHO LEITE²⁶⁴ entendem que o prazo para promover a invalidação é prescricional. Esse também é o posicionamento de EDMIR NETTO DE ARAÚJO, o qual denomina essa impossibilidade de a Administração rever os seus próprios atos inválidos de *prescrição interna*. Esse autor ressalta que, realmente, a Administração não precisa se valer da ação judicial para invalidar seus próprios atos. Entretanto, a “ação” objeto da prescrição interna seria aquela destinada a instaurar o procedimento administrativo destinado à invalidação ou à convalidação.²⁶⁵

Por outro lado, WEIDA ZANCANER escreve que a Administração, não precisa requerer judicialmente a invalidação de um ato administrativo, podendo fazer isso diretamente. Uma vez exaurido o prazo, perde a Administração a possibilidade que tinha de invalidar. Logo, o prazo é decadencial, e não prescricional.²⁶⁶

Já ALMIRO DO COUTO E SILVA aponta que a decretação da invalidação é

²⁵⁹ SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*, p. 92.

²⁶⁰ CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 20.

²⁶¹ *Idem*, p. 123.

²⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 134.

²⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 217-219.

²⁶⁴ LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de direito administrativo*, nº 231, Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março, 2003, p. 93-115.

²⁶⁵ Depois de se questionar se não assistiria razão aos autores que defendem haver prazo decadencial, EDMIR NETTO DE ARAÚJO (*In: Curso de direito administrativo*, p. 496) conclui do seguinte modo: “Ora, a Administração não precisa valer-se de ação judicial para exercer seu poder de corrigir a invalidade, nem para suprimir atos administrativos inoportunos ou inconvenientes ao interesse público, e geralmente não o faz; a não ser que se entenda ‘ação’ como o procedimento administrativo para a invalidação ou convalidação, o que parece ser a realidade”.

²⁶⁶ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 77. No mesmo sentido: SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*, p. 93-97; SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados*, p. 128.

um direito potestativo (ou formativo extintivo), o qual — por não corresponder a um dever da outra parte da relação jurídica, mas sim a uma sujeição — é despido de pretensão. Desse modo, o destinatário do ato “fica meramente sujeito ou exposto a que a Administração Pública postule a invalidação perante o Poder Judiciário, ou que ela própria realize a anulação, no exercício da autotutela administrativa”. Ora, como a prescrição tem por objeto a pretensão e como não há pretensão à invalidação dos atos inválidos, o que se extingue é o direito (potestativo) da Administração à invalidação. Logo, o caso é de decadência.²⁶⁷

Não é outra a linha de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Trata-se, pura e simplesmente, da omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, de seu dever-poder; logo, o que estará em pauta, *in casu*, é o não-exercício, a bom tempo, do que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito”.²⁶⁸

De fato, tem razão quem defende a natureza decadencial desse prazo, apesar de a Administração não possuir um “direito subjetivo” de retirar ou manter o ato inválido, mas sim um *dever-poder*. Ultrapassado o prazo decadencial, estará o Poder Público livre de seu encargo, estando impedido de tomar qualquer atitude positiva (seja de retirada, seja de manutenção) relativa ao ato inválido.

Dito isso, é importante frisar que a competência constitucional para estabelecer os prazos decadenciais em relação aos atos *unilaterais* é exclusiva de cada entidade federativa.²⁶⁹ Aliás, é o que anota SÉRGIO FERRAZ: “Doutra banda, se bem

²⁶⁷ “De outro lado, — insista-se — não existe **pretensão** à invalidação, pois nada há exigir no comportamento da outra parte, como também nenhum dever jurídico corresponde ao **direito** a invalidar, o que já se ressaltou ser traço característico dos direitos formativos” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 2, p. 23).

²⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 1011.

²⁶⁹ FÁBIO BARBALHO LEITE (In: Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de direito administrativo*, nº 231, p. 93-115) — por entender que se trata de prazo prescricional e, portanto, matéria ligada tempo estipulado para acesso ao Poder Judiciário — conclui que a competência é da União (art. 22, I, da Constituição). Também é o posicionamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (In: *Curso de direito administrativo*, p. 219).

Por outro lado, CLARISSA SAMPAIO SILVA (In: *Limites à invalidação dos atos administrativos*, p. 97 a 103) escreve que a prescrição é instituto de direito material, tanto que a sentença do juiz que a reconhece é de mérito. Em seu abono, cita decisão do Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido: “A prescrição é causa extintiva da pretensão e não do direito abstrato de ação. Por isso é instituto de direito material” (AI-AgR 143714/RJ, 1ª

verdade é que a decadência em geral é problema de direito civil, com a correspondente matriz de competência normativa constitucionalmente deferida à União, decadência administrativa é questão de direito administrativo, podendo, destarte, ser alvo de regramento federal, estadual, municipal ou distrital”.²⁷⁰

No âmbito federal, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 prescreve o seguinte: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Ao se interpretar o dispositivo legal, pode-se concluir que o prazo de cinco anos não se aplica aos casos de má-fé. Em primeiro lugar, é preciso saber: de quem é a má-fé a que o dispositivo faz referência: do administrado, do agente público ou de ambos?

MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES entende que essa má-fé é do administrado. Entendimento diverso (o qual é defendido por JUAREZ FREITAS²⁷¹) poderia resultar em prejuízo ao administrado em função de má-fé de outra pessoa, qual seja, o agente público. Em se tratando de má-fé somente do servidor público, deverá prevalecer o prazo quinquenal.²⁷²

A autora está correta em suas conclusões. Porém, é melhor afirmar que a má-fé será do *destinatário* do ato, o qual poderá ser o administrado ou o agente público. É evidente que, sendo o administrado o destinatário do ato e estando ele em conluio com o agente público competente para editá-lo, não será possível adotar o prazo de quinquenal.

Solucionado esse primeiro problema, pergunta-se: haveria prazo para promover a invalidação nas hipóteses de má-fé, ou a Administração poderia invalidar a qualquer tempo?

Turma, DJU 26.04.1996). Em razão disso, a autora entende que cabe a cada entidade federativa dispor sobre os prazos prescricionais.

²⁷⁰ FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de direito administrativo*, nº 231, Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março, 2003, p. 65.

²⁷¹ Nas palavras do autor: “o texto normativo alude à má-fé em geral, seja do ‘administrado’, seja a do administrador, isoladamente ou em conjunto. O viés de forte restrição maculária, entre outros, o princípio da moralidade” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 268).

Uma primeira leitura do art. 54 da Lei federal nº 9.784/99 poderia levar o intérprete a supor que a invalidação poderia ocorrer a qualquer tempo, ou seja, não haveria prazo para a invalidação do ato viciado em que houve má-fé do destinatário. SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI discordam dessa linha, reputando inconstitucional a parte final do dispositivo, em que consta “salvo comprovada má-fé”.²⁷³

Não se chega ao ponto de reputar que a expressão acima seja inconstitucional. É preciso interpretar o art. 54 da Lei nº 9.784/99 em conformidade com a Constituição. Postula-se pela existência de prazo decadencial em relação aos atos inválidos nos quais os destinatários atuaram de má-fé (por óbvio, devidamente comprovada, já que se presume a boa-fé), embora ele seja diverso daquele estabelecido para os casos em que houve boa-fé. Ora, se o legislador ressaltou o caso de má-fé do destinatário, é porque procurou fixar um prazo distinto daquele atribuído aos casos em que o destinatário agiu de boa-fé. Assim, é preciso buscar uma exegese que esteja de acordo com a finalidade legal.

Para JUAREZ FREITAS, haverá diferença no cômputo do prazo decadencial de cinco anos. Uma vez comprovada a má-fé, o início da contagem do prazo deverá se dar a partir da ciência do ato lesivo, e não da data da configuração do vício.²⁷⁴

Apesar de o entendimento acima ser interessante, prefere-se adotar neste trabalho a solução apresentada por MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES. Segundo a autora, diante do silêncio do legislador, deverá ser aplicado analogicamente o prazo prescricional mais longo previsto no Código Civil, qual seja, de dez anos (art. 205). “Essa solução parece a mais adequada, na medida em que, de um lado, preserva a segurança jurídica e, de outro, assegura à Administração um prazo mais dilatado para

²⁷² SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, p. 169-170.

²⁷³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p. 209.

²⁷⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 267. Vale anotar que o posicionamento citado no corpo do texto representa alteração de entendimento do autor. Em trabalho anterior, o jurista gaúcho sustentou que, em caso de má-fé, não haveria prazo decadencial. Cf. FREITAS, Juarez. *Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. As leis do processo administrativo (Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98)*. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (coords.) São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 99.

repelir a má-fé”.²⁷⁵

O legislador federal também se omitiu no que tange ao prazo decadencial para os atos restritivos à esfera jurídica dos administrados. Também aqui — seguindo a linha defendida pela autora citada — deverá ser adotado por analogia o lapso temporal do art. 205 do Código Civil.²⁷⁶

ALMIRO DO COUTO E SILVA expõe, quanto a esse aspecto, que há atos administrativos que têm, sob o ponto de vista do destinatário, uma eficácia mista. Em parte são favoráveis e em parte são desfavoráveis. É o que ocorre quando uma autorização é concedida mediante o pagamento de determinada taxa. O autor conclui que a Administração Pública deverá levar em consideração, para fins de contagem do prazo para a invalidação do ato administrativo “misto”, apenas a parte favorável, ainda que ele não possa ser separado do seu aspecto desfavorável.²⁷⁷

Ressalte-se que esse é o panorama na esfera federal. Nada impede que Estados, Distrito Federal e Municípios fixem um único prazo em relação aos ampliativos e restritivos, tenha ou não ocorrido má-fé do administrado. Foi o que fez, inclusive, o legislador paulista, que estipulou o prazo em dez anos (art. 10, I, da Lei estadual nº 10.177/98).

Tal como já foi mencionado em outra passagem, a disciplina jurídica acima apresentada tem em vista os atos administrativos unilaterais. Em relação aos contratos administrativos, por força do art. 22, XXVII, da Constituição de 1988, o prazo decadencial deveria ter sido estabelecido em lei nacional. Todavia, o legislador se omitiu.

É evidente que isso não importa ausência de prazo decadencial para o saneamento dos contratos inválidos. Esse posicionamento seria contrário ao princípio da segurança jurídica. Em razão da falta de disciplina na legislação federal sobre

²⁷⁵ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados*, p. 129.

²⁷⁶ “Ao contrário do que se dá com a anulação de atos ampliativos, a anulação de atos restritivos opera a ampliação da esfera jurídica do interessado. Assim, para maior resguardo do administrado que teve sua esfera jurídica restringida invalidamente pela Administração, deve-se igualmente considerar aplicável o prazo de 10 anos para que a Administração restaure a legalidade” (*ibidem*).

²⁷⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial

licitações e contratos²⁷⁸, há três possibilidades.

Pela primeira, se houver lei específica (estadual, distrital ou municipal) sobre licitações e contratos, deverá ser adotado o lapso temporal nela previsto.

A segunda hipótese tem lugar se não houver lei específica de licitações e contratos do ente federativo, ou se, mesmo existindo tal diploma, inexistir qualquer previsão nesse sentido. Nesse caso, o prazo decadencial deverá ser aquele disciplinado em sua respectiva legislação geral sobre processo administrativo.

Assim, em relação aos contratos inválidos celebrados pela Administração Pública federal em que o contratado atuou de boa-fé, o prazo será de cinco anos, nos termos do art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Embora o contrato crie obrigações para ambas as partes (lado restritivo), ele também confere vantagens (exemplo: o pagamento ao contratado em caso de adimplemento). Logo, deve-se considerar apenas o aspecto favorável, para fins de fixação do prazo decadencial.

No âmbito do Estado de São Paulo, por exemplo, o prazo será, independentemente de boa-fé, de dez anos (art. 10, I, da Lei estadual nº 10.177/98).

Por fim, é possível que determinada entidade política não possua lei própria que disponha sobre a decadência do seu “direito” de invalidar os atos unilaterais inválidos. Ou seja, não há qualquer disposição legal do ente acerca do tema. Aqui, parece ser mais adequado aplicar analogicamente a Lei federal nº 9.784/99, tendo em vista que, por ser o diploma mais conhecido no território nacional (tanto que serviu de parâmetro para a elaboração de algumas leis estaduais), o princípio da segurança jurídica será melhor atendido.

12.3. Prejuízo com a retirada superior ao gerado pela manutenção do ato inválido

É muito comum a existência de atos inválidos que produzem uma série de efeitos, de tal modo que a sua desconstituição seria tão danosa que o melhor a fazer é mantê-los no sistema. De modo mais técnico, com a retirada do ato inválido e/ou de

do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 2, p. 37.

seus efeitos o prejuízo ao interesse público seria superior do que a sua conservação.

Convém desde já salientar que a expressão “interesse público”, como bem demonstrou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, tem um *conteúdo jurídico*.

O jurista citado expõe, com clareza, que o interesse público não se contrapõe ao interesse individual.²⁷⁹ Muito pelo contrário, é uma faceta dele. O interesse público nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, é o interesse dos indivíduos enquanto membros da sociedade.²⁸⁰

Com isso, fica claro que os indivíduos têm direito subjetivo à defesa de interesses consagrados em normas jurídicas, nos casos em que o descumprimento dessas normas pelo Estado acarreta gravames suportados individualmente por cada pessoa.

Ademais, tal concepção de interesse público evidencia que não existe coincidência absoluta entre o interesse público e o interesse do Estado (e demais pessoas de direito público). É que o Estado, como qualquer pessoa jurídica, tem necessidades próprias a serem supridas. O ente público precisa de materiais de escritório, de computadores e programas de informática, de combustível para que seus veículos possam trafegar, dentre outros. Entretanto, esses interesses individuais do Estado (interesse público secundário), similares aos interesses das pessoas privadas, somente serão legítimos se forem compatíveis com os interesses públicos propriamente ditos (interesse público primário).

Um exemplo é o da impossibilidade de a Administração celebrar contratos de terceirização que se relacionem com a sua atividade-fim, para os quais há cargo público cujo plexo de atribuições se destine justamente a atender a essa necessidade pública. Haveria, aqui, burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, da Constituição) e, por consequência, do princípio da isonomia.

²⁷⁸ Lei nº 8.666/93, Lei nº 8.987/95, Lei nº 10.520/02 e Lei nº 11.079/04.

²⁷⁹ Também é esse o entendimento de AGUSTÍN GORDILLO (In: *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: F.D.A, 2003, t. 2, p. VI-29: “Sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: el ‘interés público’ en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia”.

²⁸⁰ “Donde, o interesse público deve ser considerado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 51).

Em suma, o interesse público secundário somente se legitima se concorrer para a concretização do interesse público primário.

Note-se que o conceito de interesse público como sendo a dimensão pública dos interesses individuais corresponde a uma categoria lógico-jurídica. Trata-se da *estrutura* do conceito de interesse público. Contudo, para que se possa individualizar os interesses qualificados como públicos é preciso analisar o direito positivo. São as normas jurídicas que irão determinar quando um interesse será “público”. Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, *perante esse mesmo sistema, será reconhecido como dispendo desta qualidade*. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo — por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico —, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”.²⁸¹

De fato, o ponto de partida para a identificação dos específicos interesses públicos é a Constituição. A concretização dos direitos fundamentais, a realização do princípio da segurança jurídica, o respeito ao princípio federativo e a atuação administrativa em conformidade com as normas legais (princípio da legalidade) são exemplos de interesses qualificados constitucionalmente como sendo públicos.

Num segundo momento, há que se analisar as disposições contidas nos atos legislativos. Aliás, o interesse previsto em lei somente será “público” se compatível com aqueles previstos constitucionalmente. Por isso, as prerrogativas conferidas por lei à Administração somente serão legítimas se forem adequadas e necessárias à

realização dos fins constitucionais.²⁸²

Enfim, o que se pretende afirmar, com base nas lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é que o interesse público não é uma expressão vazia de sentido, uma válvula de escape dos agentes públicos para a prática de arbitrariedades. O interesse público não é determinado subjetivamente pela Administração. Muito pelo contrário, ele é *objetivamente aferível pela interpretação que se faz dos textos normativos*. Nesse sentido, a motivação dos atos administrativos ganha destaque, pois é a partir dela que se poderá controlar a existência ou não de interesse público em dado caso concreto, ou ainda verificar se a medida adotada é razoável ou proporcional em vista do interesse público previsto nas normas jurídicas superiores.

O que foi dito acima é importante, pois fica estipulado o sentido em que se adota a expressão “interesse público”. Além disso, deixa claro que é possível analisar, *em termos objetivos*, se a retirada do ato inválido causa maiores prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção (passiva) no sistema. Convém apresentar algumas situações em que isso ocorre.

WEIDA ZANCANER, ao discorrer sobre as barreiras ao dever de invalidar, expõe que existem atos inválidos que merecerão proteção do ordenamento jurídico, seja porque haverá alguma regra específica, seja porque apoiadas em princípios gerais do direito. “Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria maiores agravos ao Direito, por afrontar à segurança jurídica e à boa-fé”.²⁸³

Por força disso, a jurista advoga que nem sempre será necessário que se escoo o prazo decadencial para que a Administração esteja impedida de invalidar. Isso ocorrerá nos casos de *atos ampliativos à esfera jurídica dos administrados que tenham atuado de boa-fé*. Aqui, transcorrido um prazo razoável e havendo uma norma jurídica

²⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 64.

²⁸² Tais afirmações deixam evidente que não é juridicamente defensável a tese de que não existe o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Asseverar a inexistência desse princípio implica dizer que a lei não pode conferir à Administração Pública determinadas prerrogativas que objetivam unicamente preservar o interesse público primário. Ora, ninguém nega (ou condena) a possibilidade de o Estado impedir, de modo unilateral, a atuação de particulares que comercializem produtos que afetam a saúde pública, por exemplo.

protetora da situação (a qual lhe teria servido de amparo se tivesse sido produzida sem vício), a Administração não poderá invalidar o ato.²⁸⁴

A hipótese levantada pela autora se enquadra dentro da manutenção passiva de atos inválidos (saneamento), porquanto haverá um dever da Administração de se abster quanto à eliminação do ato inválido. Além disso, percebe-se que, na situação, o prejuízo ao interesse público com a retirada do ato inválido é superior àquele gerado com a sua manutenção. No caso, a manutenção do ato inválido ofende o princípio da legalidade, visto num aspecto bastante estrito. Por outro lado, se a retirada for levada a cabo, haverá ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa-fé, além de outras normas eventualmente violadas em dado caso concreto (direito à educação, direito à saúde etc.).

Como exemplo dessa situação, convém transcrever a ementa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. 1. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE. O funcionário público federal que estuda tem direito à transferência de uma universidade para outra sempre que, removido ‘ex officio’ no interesse da administração, muda de domicílio; esse direito não se estende a quem, sendo estudante, transfere o domicílio para ocupar cargo público, porque, então, o interesse é dele, aluno, e não da Administração. 2. DECURSO DO TEMPO. O acórdão proferido em recurso especial não pode infligir à parte dano maior do que teria sofrido se as instâncias ordinárias não lhe tivessem concedido o mandado de segurança. Hipótese em que, à sombra de decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o estudante praticamente concluiu o curso universitário, sendo de todo inconveniente que esse tempo de sua vida e o aproveitamento que teve sejam perdidos. Embargos de divergência rejeitados” (STJ, EREsp 138201/RN, 1ª Seção, DJU

²⁸³ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 61-62.

²⁸⁴ A autora (*idem*, p. 94), que escreveu sua obra antes da entrada em vigor da Lei nº 9.784/99, expõe que o prazo razoável deveria ser, por analogia ao prazo conferido ao administrado para a impugnação judicial (Decreto nº 20.910/32 e Lei nº 4.717/65), de cinco anos.

14.12.1998).²⁸⁵

No âmbito dos contratos administrativos, é comum haver ajustes inválidos cuja desconstituição levaria a um prejuízo ao interesse público superior do que aquele verificado com a sua continuidade.

Como exemplo, vale citar um julgado do Tribunal de Contas da União. No Acórdão 22/2003 — Plenário, a Corte de Contas federal verificou a existência de vício de conteúdo na licitação (qual seja, existência de cláusula editalícia restritiva à competição) do qual resultou o contrato celebrado. Depois de ressaltar a boa-fé dos agentes públicos competentes, o Ministro BENJAMIN ZYMLER, relator do Acórdão, apontou que o interesse público seria melhor atingido com o prosseguimento normal da execução do contrato até o término do seu prazo de vigência. Isso porque seria evitada “a descontinuidade dos serviços públicos adjacentes à avença, além de poupar a Administração Pública de incutir nos custos de indenização decorrentes da anulação do contrato, de que trata o art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93”.

A decisão foi acertada. Com efeito, a retirada do contrato inválido resultaria em maiores prejuízos à Administração do que a sua continuidade. Repare que seriam ofendidos os princípios da segurança jurídica, da continuidade do serviço público e o da economicidade.

Um outro caso, bastante corriqueiro na prática administrativa, consiste na celebração de contratos de obras com erros no projeto básico que instruiu o processo licitatório, os quais somente são detectados durante a execução do objeto. Aliás, não raro é o contratado que indica a falha no projeto básico ao solicitar uma revisão contratual. Nessa hipótese, o correto será manter o ajuste, realizando as alterações devidas no projeto básico e reequilibrando a equação econômico-financeira. Ora, a retirada do ajuste demandaria a paralisação da obra, impedindo o desfrute dos benefícios que dela resultariam. Ainda, haveria os custos com a indenização devida ao particular, além do tempo e dinheiro que seriam gastos com uma nova licitação (isso quando a Administração retoma a construção da obra). Também aqui os princípios da segurança jurídica, economicidade e eficiência seriam violados, sendo que a conduta

²⁸⁵ No mesmo sentido, cf. STJ, EREsp 143991/RN, 1ª Seção, DJU 05.08.2002.

postulada pelo ordenamento jurídico é a omissão da Administração quanto à invalidação.²⁸⁶

Note-se que a manutenção dos contratos inválido, na hipótese ventilada, na afasta eventual aplicação de sanção disciplinar aos agentes causadores do ilícito.

Em relação ao tema tratado neste tópico, seria possível questionar: e se houver um caso limite, em que não seja possível determinar — em razão da indeterminação dos conceitos normativos — se a retirada do contrato inválido acarreta maiores prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção? Essa pergunta leva a outra: há discricionariedade nessa hipótese?

Neste estudo, adota-se o entendimento de que *pode* haver discricionariedade quando a norma legal contém conceitos indeterminados. Em primeiro lugar, porque os conceitos indeterminados somente podem levar à discricionariedade administrativa em relação à chamada “zona de incerteza”²⁸⁷. Nas zonas de certeza positiva e negativa do conceito jurídico indeterminado, não há que se falar em discricionariedade. Esta, por sua vez, não reside propriamente na interpretação do conceito. Em verdade, o resultado da interpretação do texto normativo pode levar a soluções distintas, embora ambas sejam juridicamente viáveis. Em vista dessa incerteza *perante um dado caso concreto*, o aplicador, com base num *critério subjetivo* (ou seja, discricionariamente), escolhe a linha que lhe parece mais adequada à satisfação do interesse público.

²⁸⁶ Nos termos do Acórdão 1658/2003 — Plenário do Tribunal de Contas da União: “É evidente que a imprecisão do projeto básico tipifica ofensa ao estatuto licitatório e enseja, por sua gravidade, a apenação do agente responsável. Contudo, nas circunstâncias retratadas nos autos, não me parece que atenda ao interesse público anular o contrato já firmado, onerando com isso a administração (inclusive com despesas indenizatórias) e retardando o usufruto, pela população, dos benefícios do empreendimento.”

²⁸⁷ Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 465. Ressalte-se, contudo, que os autores entendem não ser possível falar em discricionariedade quando da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque a indeterminação do enunciado não se traduz numa indeterminação de sua aplicação. Ou o conceito se aplica ao caso, ou não se aplica. *Tertium non datur*.

Entretanto, procede a crítica feita por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*In: Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 23) quanto a essa concepção, pois “muitas vezes — exatamente porque o conceito é fluido — é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Já observou Bernatzik, colacionado por Afonso Rodrigues Queiro, que existe *um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles esteja na verdade, e que outros tenham uma opinião falsa*”.

Em relação à hipótese levantada, se houver dúvida quanto à retirada ou à manutenção (passiva) do contrato inválido tendo em vista a indeterminação dos conceitos normativos, caberá ao órgão competente conservar o ato administrativo inválido (unilateral ou bilateral). Isso porque, em razão do princípio da conservação dos atos jurídicos (que é uma decorrência do princípio da segurança jurídica), deverá o aplicador optar pela preservação do ato inválido.

Repare que, no caso, o agente não adotou um critério subjetivo para a manutenção do contrato inválido. Muito pelo contrário, o princípio citado consiste no critério objetivo e jurídico que orientou a conduta da Administração. Por isso, não há discricionariedade.

CAPÍTULO V — DA RETIRADA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

1. Hipóteses de extinção dos atos e contratos administrativos inválidos

No Capítulo I, item 3, ficou assentado que as normas jurídicas podem deixar de pertencer ao sistema em duas hipóteses (regras de rechaço): (a) pela impossibilidade de produção de seus efeitos; ou, (b) pela retirada feita por outra norma. É evidente que as normas veiculadas por atos administrativos (unilaterais ou bilaterais), por fazerem parte da classe *normas jurídicas*, também se sujeitam a essas regras de expulsão.

É importante que se deixe claro que essa impossibilidade de produção dos efeitos pode ter razões distintas. Assim, se o conteúdo de um ato concreto²⁸⁸ é cumprido pelos seus destinatários, não havendo a produção de novos efeitos, ele deixa de pertencer ao sistema. Isso também ocorre quando o particular beneficiário do ato o rejeita. Ainda, cite-se o caso de desaparecimento do sujeito ou do objeto. Em todos esses casos, o ato administrativo não tem mais como produzir efeitos jurídicos (direitos, deveres, pretensões etc.), seja porque eles se exauriram, seja porque desapareceu elemento necessário para essa produção regular.

Por outro lado, um ato administrativo pode ser retirado por outro ato jurídico. É o caso, *v.g.*, da revogação, da cassação e da invalidação. Nesses casos, mister se faz a edição de um novo ato jurídico que tenha por objeto justamente a extinção de um ato administrativo.

Em vista desses pressupostos, pode-se dizer que os atos unilaterais podem ser

²⁸⁸ Ressalte-se novamente que a expressão “atos administrativos inválidos” é apenas uma forma simplificada de dizer “normas jurídicas inválidas introduzidas por ato administrativo”. Assim, a retirada visará à retirada das normas jurídicas inválidas veiculadas pela declaração jurídica e/ou os seus efeitos. Em alguns casos, uma das conseqüências dessa retirada residirá na impossibilidade de determinada manifestação funcionar como veículo introdutor de normas jurídicas. Ela não será mais considerada uma manifestação jurídica, sendo um mero registro histórico.

Portanto, com o objetivo de facilitar a exposição do tema, quando se falar em “retirada de atos administrativos inválidos”, leia-se “retirada de normas inválidas introduzidas por atos administrativos”. Trata-se da mesma postura adotada no Capítulo IV.

extintos quando houver:

(a) a *impossibilidade de produção de efeitos jurídicos*, que ocorre nos seguintes casos: (a.1) esgotamento do conteúdo; (a.2) execução material; (a.3) implemento de condição resolutiva ou de termo final; (a.4) desaparecimento do sujeito ou do objeto; (a.5) renúncia; (a.6) recusa.

(b) a sua *retirada* por outro ato jurídico, cujos casos são os seguintes: (b.1) revogação; (b.2) a invalidação; (b.3) o ato de sustação pelo Poder Legislativo ou pelos Tribunais de Contas²⁸⁹; (b.4) a cassação; (b.5) a caducidade; (b.6) a contraposição.

Os modos específicos de extinção incluídos em cada uma das duas categorias acima são as mesmas apresentadas por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com exceção do ato de sustação pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas.²⁹⁰

As formas de extinção dos atos administrativos bilaterais não diferem muito daquelas citadas para os atos unilaterais. O fim dos atos bilaterais também poderá se dar pela impossibilidade de produção de efeitos ou pela retirada. Afinal, eles também veiculam normas jurídicas.

Entretanto, há diferenças. Na primeira categoria (impossibilidade de produção de efeitos), não se pode dizer que há propriamente a renúncia e a recusa dos beneficiários do ato bilateral. Lembre-se que a renúncia é a rejeição a uma situação jurídica favorável que o sujeito desfrutava em razão do ato (exemplo: desligamento dos quadros funcionais da Administração solicitada pelo servidor). Já a recusa consiste na extinção do ato em função da ausência da aquiescência do administrado, a qual era necessária à produção dos efeitos (exemplo: nomeação).

Ora, o contratado da Administração não pode renunciar ao contrato. Deverá cumpri-lo até o fim, sob pena de inadimplemento contratual. A Administração Pública até pode pôr fim ao ajuste por conveniência; contudo, deverá ser editado um ato jurídico com tal finalidade, sendo, pois, um caso de retirada. Já a recusa, no âmbito dos atos bilaterais, resulta na inexistência do ato. Se o adjudicatário, uma vez convocado

²⁸⁹ O tema será abordado na Seção II deste Capítulo.

²⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 414-417. Convém ressaltar que o vocábulo “caducidade” é utilizado pelo autor com um sentido diverso daquele conferido pela Lei federal nº 8.987/95.

para celebrar o contrato, assim não proceder, não haverá contrato administrativo. Se a Administração já assinou o termo de contrato, haverá mera declaração, a qual não se tornou *jurídica* pela ausência da manifestação da outra parte.²⁹¹

Todavia, é possível que exista a *denúncia* por uma das partes do ato bilateral. Isso ocorre nos convênios administrativos, os quais são marcados pela precariedade do vínculo.²⁹² Aqui, um dos convenientes comunica o outro que não irá mais fazer parte do convênio. O caso não é o mesmo da rescisão amigável dos contratos administrativos, tendo em vista que esse último exige a declaração das duas partes. Na denúncia, basta a manifestação de uma parte. Em última análise, assemelha-se à renúncia.

No que tange às formas de retirada dos atos bilaterais, não se pode falar em revogação. Quando não há mais conveniência da Administração na utilidade trazida por um contrato regido pela Lei nº 8.666/93, deverá haver a sua rescisão unilateral (art. 78, XII), indenizando-se o contratado. No âmbito das concessões de serviço público, a essa extinção por conveniência administrativa é dado o nome de *encampação* (arts. 35, II, e 37 da Lei nº 8.987/95).

Do mesmo modo, não há propriamente a *cassação* de ato bilateral. Cassação consiste na extinção de um ato unilateral em razão do descumprimento de condições por parte do destinatário do ato. No âmbito dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, o inadimplemento do contratado leva à rescisão unilateral pela Administração. Se esta é a parte inadimplente, satisfeitos certos requisitos²⁹³, o contratado pode requerer a rescisão judicial da avença. Saliente-se que, no regime da Lei nº 8.987/95, se houver inexecução total ou parcial pelo concessionário, o poder concedente poderá decretar a *caducidade* do contrato de concessão (art. 38).

Note-se que a caducidade de um contrato de concessão de serviço público não se confunde com a caducidade de um ato administrativo unilateral. Esta resulta da

²⁹¹ Note-se que a recusa injustificada do adjudicatário em firmar o contrato é uma conduta ilícita, a qual autoriza a Administração a aplicar as sanções administrativas cabíveis (art. 81 da Lei federal nº 8.666/93 e art. 7º da Lei federal nº 10.520/02).

²⁹² Sobre a diferença entre convênios e contratos, cf. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 55.

²⁹³ Vide art. 78, XIII, XIV, XV e XVI, da Lei nº 8.666/93 e art. 39 da Lei nº 8.987/95.

superveniência “de norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente”.²⁹⁴ Este fenômeno também pode ocorrer em relação a um ato administrativo bilateral.²⁹⁵

Quanto à contraposição (ou derrubada), também é possível que ela ocorra em relação a atos bilaterais. Assim, nada impede que um ato editado em função de competência diversa daquela exercida quando da celebração do ato bilateral venha a extinguir esse último. É o que ocorre quando a União declara que certa área dominical — que estava arrendada a um particular para a exploração de madeira — é uma reserva florestal.

Uma forma de retirada não existente nos atos unilaterais é a rescisão amigável (ou distrato). Aqui, a retirada do ato bilateral não se faz por meio de ato unilateral, tal como ocorre na rescisão administrativa e judicial. As partes, de comum acordo, resolvem pôr fim ao ajuste, editando um ato jurídico específico para essa finalidade.

Em síntese, os atos administrativos bilaterais serão extintos (a) se não for mais possível produzir efeitos, ou (b) em razão da retirada operada por outro ato jurídico.

A extinção decorrente da impossibilidade de produção de efeitos de um ato bilateral terá lugar se houver: (a.1) o esgotamento do conteúdo; (a.2) a sua execução material; (a.3) o implemento de condição resolutiva ou de termo final; (a.4) o desaparecimento do sujeito ou do objeto; (a.5) a denúncia.

A retirada de um ato bilateral consiste nos seguintes atos jurídicos: (b.1) invalidação; (b.2) sustação pelo Poder Legislativo ou pelos Tribunais de Contas; (b.3) caducidade (no mesmo sentido utilizado para os atos unilaterais); (b.4) rescisão administrativa unilateral: (b.4.1) por inadimplemento do contratado²⁹⁶; (b.4.2) por

²⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 416.

²⁹⁵ Como exemplo, pode-se citar o art. 3º da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, o qual vedou a “manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços celebrado com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação”. Sem entrar no debate acerca da validade da Resolução, percebe-se que, ao se adotar as formas de extinção relativas aos atos unilaterais, o seu advento trouxe como consequência a *caducidade* dos contratos de prestação de serviços que se enquadravam nessa situação. Frise-se que, nesse caso, não se trata da caducidade prevista no art. 38 da Lei nº 8.987/95.

²⁹⁶ Tal como já mencionado, nas concessões de serviço público, esta hipótese de extinção recebe o nome de caducidade.

conveniência administrativa²⁹⁷; (b.5) rescisão judicial; (b.6) rescisão amigável; (b.7) contraposição (ou derrubada).²⁹⁸

Este Capítulo tem como finalidade analisar as duas hipóteses de retirada cabíveis quando há invalidade do contrato administrativo, quais sejam, a invalidação (Seção I) e a sustação dos efeitos pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas (Seção II).

SEÇÃO I – DA INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2. Definição de invalidação. A invalidação dos contratos administrativos

No tópico 1 deste Capítulo, afirmou-se que a invalidação se insere na categoria da retirada dos atos administrativos, sejam eles unilaterais ou bilaterais. Isso significa que a invalidação é, antes de tudo, um *ato jurídico*. Desse modo, por meio de um ato de invalidação, são introduzidas normas jurídicas no sistema.

Essas normas jurídicas têm uma finalidade específica: eliminar o ato administrativo inválido e/ou seus efeitos. Aliás, em alguns casos, a norma jurídica de invalidação será de estrutura, na medida em que terá por objeto a desconstituição de outras normas jurídicas.²⁹⁹ É o que ocorre quando o ato inválido é abstrato.

Frise-se que a invalidação não é apenas um ato jurídico, mas sim um ato jurídico *público*. Trata-se, pois, de uma declaração estatal, e não apenas administrativa. A invalidação pode ser emanada pelo órgão no exercício de função jurisdicional, que

²⁹⁷ Lembre-se que nas concessões de serviço público a situação citada corresponde à encampação.

²⁹⁸ Vale anotar que certos autores, influenciados pela teoria geral dos contratos de *direito privado*, preferem adotar a terminologia consagrada nesse ramo do direito. Assim, diferenciam a resolução, a resilição e a rescisão (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 358 e ss.). Neste estudo, prefere-se adotar o termo “rescisão” para significar o fim do contrato administrativo, seja ela decretada de modo unilateral (administrativa ou judicialmente), seja amigável. Isso se deve ao fato de que foi essa a opção legal, tal como consta na Lei nº 8.666/93. Contudo, é preciso lembrar que, no âmbito das concessões de serviço público, o vocábulo em questão tem um conteúdo mais restrito, abarcando apenas o fim do contrato solicitado judicialmente pelo concessionário (art. 39 da Lei nº 8.987/95).

²⁹⁹ “O ato-norma invalidador, diversamente do ato-norma administrativo que ordinariamente caracteriza-se por emitir regras de comportamento, funciona como regra de estrutura, i.é., incide sobre outras normas

no direito brasileiro é o Poder Judiciário. Portanto, a invalidação nem sempre será um ato administrativo; nem sempre sua edição se submeterá ao regime jurídico-administrativo.

Contudo, quando a invalidação for realizada pela Administração, o ato deverá ter os mesmos elementos e pressupostos dos atos administrativos em geral. Do contrário, o ato de invalidação será ele próprio inválido, devendo ser expulso do sistema.

A invalidação, inclusive a judicial, será sempre unilateral, ainda que tenha como fim retirar um ato bilateral, tal como um contrato administrativo. Além de unilateral, o ato invalidador será concreto, porquanto buscará eliminar um ato inválido específico.

Um outro aspecto da invalidação é que ela consiste numa *sanção jurídica*. Poder-se-ia dizer inicialmente que sanção jurídica seria toda consequência imputada pelo ordenamento jurídico a uma violação ao direito. *Nesse sentido amplo*, até as hipóteses de manutenção de atos viciados seriam qualificadas como sanções.³⁰⁰ Entretanto, o usual é utilizar a expressão “sanção jurídica” para designar uma repulsa da ordem jurídica a prática de condutas ilícitas. Dentro dessa concepção mais restrita (aqui adotada), as hipóteses de manutenção de atos inválidos, ao contrário da invalidação, não podem ser consideradas como sanções.

Por conseguinte, *a invalidação consiste no ato jurídico estatal, unilateral e concreto que visa à retirada dos atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais) e/ou seus efeitos*. A invalidação é, pois, uma *sanção jurídica*.

3. Fundamento do dever de invalidar e ausência de discricionariedade

Como já foi visto, a invalidação não se confunde com o dever de invalidar. A

desconstituindo-as de juridicidade” (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.115).

³⁰⁰ “A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas consequências danosas, é precisamente aquilo que se chama de *sanção*. A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da

invalidação é um ato jurídico concreto, destinado a eliminar certo ato inválido e/ou os efeitos dele decorrentes. O dever de invalidar, por outro lado, encontra-se no plano abstrato; é uma conduta prescrita abstratamente no conseqüente de uma norma jurídica.

Isso fica claro quando se lembra que o agente competente para invalidar pode descumprir seu dever e deixar de editar o ato de invalidação cabível. Em razão dessa omissão indevida, o servidor pode ser sancionado. O fato de não ter sido editado o ato de invalidação não significa que o dever de invalidar inexistia; muito pelo contrário, é justamente o descumprimento desse dever jurídico que sujeita o agente às sanções previstas em lei.

O fundamento do dever de invalidar reside no *princípio da legalidade*. A partir da leitura dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição de 1988, percebe-se que a Administração Pública tem o dever jurídico de agir em conformidade com as normas legais, ou seja, os atos por ela editados devem estar de acordo com o modelo legal. Ora, havendo desvio do padrão legal, a conseqüência deverá ser o retorno ao caminho traçado pela lei, o que se faz por meio da invalidação.

Note-se que uma das decorrências do princípio da legalidade consiste na autotutela. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade”.³⁰¹ Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal assentou, na Súmula nº 346, que a “administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. No mesmo sentido é o enunciado da Súmula nº 473 da mesma Corte: “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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Desse modo, com base exclusivamente no princípio da legalidade, é possível formular a seguinte proposição normativa: “se o ato administrativo estiver em

erosão das ações contrárias” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003, p. 153).

desconformidade com a ordem legal (invalidade), então o órgão competente está obrigado a invalidá-lo”. Tal como já foi mencionado, se também houver a incidência do princípio da segurança jurídica, o conseqüente normativo poderá ser formulado de modo a obrigar a Administração a manter o ato inválido. Mas, levando-se em conta apenas o princípio da legalidade, a conduta prescrita será a invalidação.

Portanto, o dever de invalidar se funda no princípio da legalidade. Trata-se de dever jurídico, e não direito subjetivo da Administração. Esta não pode escolher, fundada em critérios subjetivos, se invalida ou não um dado ato, tal como sugere a leitura apressada das Súmulas nº 346 e nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Não há discricionariedade quanto à invalidação, mas sim vinculação. As mesmas razões que afastaram a discricionariedade administrativa nos casos de manutenção de atos inválidos servem para defender a vinculação do agente público para produzir o ato de invalidação. A ordem jurídica apenas confere discricionariedade ao agente da Administração para invalidar quando o objeto for ato discricionário com vício de competência.³⁰²

4. Limites ao dever de invalidar

O dever de invalidar não é absoluto. Pelo contrário, ele se encontra limitado pela ordem jurídica, somente podendo ser cumprido se o sistema jurídico-positivo não impuser determinadas “barreiras” à edição do ato de invalidação.³⁰³

Tal como já foi ressaltado no item 2 do Capítulo anterior, sempre que for possível manter um ato inválido no sistema, essa deverá ser a conduta da Administração. A ordem jurídica, ao consagrar o princípio da segurança jurídica, protege a confiança legítima que os administrados depositam na validade dos atos administrativos. Por isso, pode-se afirmar que todos os casos de manutenção do ato inválido (convalidação, conversão e saneamento) constituem limites ao dever de invalidar. São situações em que a invalidação não é a conduta que se põe como obrigatória para o agente público, apesar da invalidade do ato.

³⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 87.

³⁰² Vide Capítulo IV, item 3.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO destaca, como limites ao dever de invalidar, o exaurimento da competência do agente e a ausência de lesão.³⁰⁴

Com efeito, a falta de disponibilidade da Administração para agir diante da invalidade do ato impede a invalidação administrativa. Isso ocorre porque a competência atual do sujeito é um pressuposto do ato administrativo de invalidação. Por vezes, a conduta cabível realmente é a invalidação. No entanto, como a Administração não tem mais condições para atuar no caso, estará ela impedida de invalidar. É o que acontece, por exemplo, quando o ato foi impugnado judicialmente. Desse modo, mesmo diante de um ato inválido passível de invalidação, se o agente não dispuser de competência atual para tanto, haverá uma barreira à edição do ato invalidador.

Por outro lado, o dever de invalidar, na lição de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, também não se coloca caso não exista lesão. “É dizer: o ato invalidável não teria contaminado as relações surgidas”³⁰⁵. Trata-se do princípio do *pas de nullité sans grief*.

Contudo, nessa hipótese, a invalidação não será cabível porque surgirá o dever de convalidar ou o dever de converter. Os vícios que não trazem prejuízo são “convalidáveis”, ou possibilitam a edição do ato de conversão. Assim, no caso da habilitação indevida do segundo colocado na licitação (exemplo citado pela autora), há um vício no procedimento que não afeta a sua finalidade. Se afetasse, o vício seria “inconvalidável”, impondo-se o dever de invalidar. A questão da ausência de prejuízo se resolve no dever de convalidar ou no dever de converter.

Em síntese, as hipóteses de manutenção dos atos inválidos (quais sejam, convalidação, conversão e saneamento) e a inexistência de competência atual são “barreiras” ao dever de invalidar.

³⁰³ Cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 62.

³⁰⁴ A jurista indica ainda, como limites ao dever de invalidar, a prescrição e a consolidação de situações jurídicas, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e da boa-fé. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 253-260.

³⁰⁵ *Idem*, p. 256.

5. Invalidação: caráter constitutivo

Já se frisou em outras oportunidades que a invalidade e a invalidação não se confundem. A primeira, no plano abstrato, nada mais é do que uma descrição contida numa hipótese normativa; no plano concreto, consiste no vício de legalidade que possui certo ato administrativo, ou seja, é fato jurídico. Já a invalidação é o efeito decorrente desse fato jurídico.

O ato administrativo inválido, enquanto fato jurídico, e a invalidação (efeito desse fato) demandam um sujeito que promova o fenômeno da incidência. Esse “sujeito” será o órgão que recebeu da ordem jurídica competência para tanto, podendo estar no exercício de função administrativa ou jurisdicional.

É necessário, portanto, que o órgão competente decida que determinado ato administrativo é ilegal, *declarando*, assim, a invalidade do ato. Até esse momento, por força do princípio da legitimidade dos atos administrativos, o ato era considerado pelos destinatários como sendo juridicamente válido, sendo, pois, fonte de efeitos jurídicos. Todavia, com essa manifestação, o órgão irá consignar que o ato foi produzido em desconformidade com a norma legal, atestando, em linguagem jurídica própria, que o evento pressuposto da invalidação ocorreu num determinado tempo e espaço.

Ao proceder desse modo, o órgão formará o fato jurídico da invalidade. Ao se dizer que ele “formará o fato jurídico”, não se pretende afirmar que a invalidade não existia no ato, mas apenas que, com essa declaração, isso estará consignado em linguagem jurídica própria. Em outras palavras, o ato será oficialmente inválido. Por isso, antes da declaração do órgão competente, dizer que um ato administrativo é inválido é mera questão de opinião.³⁰⁶

³⁰⁶ ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL (*In: Extinção do ato administrativo*, p. 61) escreve que, antes da invalidação (o autor fala em anulação), apontar a invalidade de um ato administrativo é *mera questão de opinião*. O cientista do direito, se verificar a existência de vícios num ato administrativo, irá *descrevê-lo* como inválido. O órgão competente, por seu turno, irá *decidir* que o ato é inválido; e essa decisão, escreve o jurista, tem força normativa, é uma prescrição jurídica. São dois momentos distintos: do conhecimento e da produção normativa.

O jurista está correto. Convém ressaltar apenas que a retirada por ilegalidade pode se dar em momento posterior à declaração da invalidade do ato, tal como será mencionado.

Vale mencionar que, em muitos casos, na mesma manifestação em que o órgão declara a invalidade do ato, veicula-se a norma que promove a sua retirada e/ou de seus efeitos. Mas, importa frisar que isso não significa que a invalidade se produza *com* a invalidação, mas sim que se atestou “oficialmente” a existência do fato na mesma manifestação jurídica da invalidação. A invalidade é sempre pressuposto da invalidação. É o que ocorre quando o juiz, na sentença, aponta o vício do ato administrativo impugnado (fato jurídico) e determina a sua retirada do sistema jurídico e/ou de seus efeitos.

Contudo, também é possível que o fato jurídico da invalidade seja oficialmente formado em outra declaração e por órgão diverso daquele competente para invalidar. Esta hipótese é mais comum do que se imagina. Um exemplo claro se dá quando do controle dos atos administrativos a ser levado a cabo pelos Tribunais de Contas. O art. 71, IX, da Constituição da República prevê que o Tribunal de Contas da União poderá “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. O inciso X do mesmo dispositivo estabelece que se não houver atendimento da determinação da Corte de Contas, ela poderá sustar o ato impugnado.³⁰⁷ Desse modo, embora o Tribunal seja competente para declarar a invalidade do ato administrativo (unilateral e bilateral) praticado por órgão por ele fiscalizado, não poderá promover a sua invalidação. Poderá determinar que o órgão edite o ato de invalidação e, em caso de descumprimento da sua decisão, estará a Corte de Contas habilitada a promover a sustação dos efeitos do ato unilateral em questão.³⁰⁸ Mas, ao Tribunal não é dado editar o ato de invalidação.

Note-se que a declaração da invalidade do ato, por si só, não tem o condão de retirá-lo do sistema. O ato será oficialmente inválido, mas não será juridicamente inexistente. Isso só ocorrerá com a invalidação. Aqui, haverá a eliminação do ato

³⁰⁷ As normas contidas no art. 71 da Constituição da República, relativas ao Tribunal de Contas da União, deverão, *mutatis mutandis*, constar nas Constituições estaduais no que se refere aos Tribunais de Contas estaduais. Vide art. 75 da Lei Maior de 1988.

³⁰⁸ Frise-se apenas que o ato de sustação dos contratos administrativos será adotado diretamente pelo Poder Legislativo, “que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, § 1º, da Constituição de 1988). O tema será abordado na Seção II deste Capítulo.

inválido; ele deixará de pertencer ao sistema jurídico.

Em suma, é preciso que alguém titulado no sistema desconstitua o ato viciado e/ou seus efeitos jurídicos, conforme o caso. Sem essa decisão, o ato até pode ser oficialmente inválido, mas ainda permanecerá no sistema jurídico-positivo.

A partir disso, percebe-se que a chamada nulidade de pleno direito “contraria a realidade jurídica”.³⁰⁹ Não há invalidade que se produza de forma automática, independentemente de decisão do órgão competente. Por isso, seguindo a lição de CARLOS ARI SUNDFELD, é inócuo à lei prescrever que a nulidade se opera de pleno direito, conforme seja o vício verificado, pois será sempre necessário que o órgão constitua a invalidade.³¹⁰

Por conseguinte, o ato de invalidação tem caráter constitutivo (negativo): ele retira do mundo jurídico o ato inválido e/ou seus efeitos jurídicos, conforme o caso. É sempre necessário que um órgão legitimado pelo sistema atue desse modo para que o ato inválido (e/ou seus efeitos) deixe de existir juridicamente.

6. Motivo da invalidação

O pressuposto de fato para a edição do ato de invalidação é a ilicitude do ato administrativo (unilateral ou bilateral). Entretanto, não é qualquer tipo de vício de legalidade que leva à invalidação. Como já dito, vícios de sujeito, de formalização e de procedimento (sem que isso afete sua finalidade) exigem que a Administração convalide o ato. Em caso de vício de finalidade, há que se analisar a possibilidade de conversão. Ademais, ainda que essas hipóteses não se verifiquem, é possível que o saneamento se imponha.

O ato administrativo (unilateral ou bilateral) será expulso do sistema pela invalidação se ele for portador dos vícios de conteúdo, de objeto, de motivo, de finalidade (quando a conversão não for cabível), de causa e de procedimento (quando houver desvirtuamento do fim).

³⁰⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra de. *Extinção do ato administrativo*, p. 62.

³¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 26.

É muito comum que contratos administrativos já celebrados sejam retirados por força de vícios na licitação em que houve prejuízo à seleção isonômica da proposta mais vantajosa. Como exemplo, cite-se a inabilitação indevida, num pregão, do licitante que havia apresentado o menor preço.

Entretanto, ao contrário do que se possa supor, celebrado o contrato com o particular ao qual foi equivocadamente adjudicado o objeto, a constatação do vício não conduz à invalidação do certame licitatório. Com a adjudicação e a contratação, a licitação se extinguiu, pois cumpriu todos os seus efeitos. Incidiu aqui uma das regras de rechaço (impossibilidade de produção de novos efeitos). Todavia, apontar o vício na licitação é importante, pois isso traz como efeito a edição do ato de invalidação do contrato administrativo celebrado.

Desse modo, a leitura do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93 — o qual prescreve que a “nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato” — não pode confundir o intérprete, fazendo-o acreditar que é a licitação o objeto da invalidação, o que acarretaria, como mera consequência, a extinção do ajuste. Não é essa a inteligência do dispositivo. Em realidade, invalida-se o contrato em função de vícios ocorridos durante a licitação.

Essa situação é diferente daquela em que há vício no conteúdo do edital da licitação. É o caso das normas que prevêm condições de habilitação excessivas em relação ao cumprimento da obrigação. Não se trata propriamente de vício de procedimento. Isso porque, firmada a contratação, as normas do ato convocatório passam a fazer parte do próprio contrato, ou seja, tornam-se *normas contratuais* (art. 55, XI, da Lei nº 8.666/93). Logo, o vício é de conteúdo *do contrato administrativo*. O mesmo raciocínio se aplica ao caso de vício de objeto.

7. Objeto da invalidação

O objeto da invalidação é o mesmo do ato de convalidação. Embora o tema já tenha sido abordado no item 6 do Capítulo IV, convém apresentar novamente as conclusões ali obtidas, levando-se em consideração apenas os contratos inválidos.

No que tange ao contrato ineficaz, a invalidação buscará eliminar o próprio contrato viciado, ou melhor, as normas jurídicas contratuais por ele introduzidas. Assim, o contrato administrativo inválido, no qual consta que o prazo de vigência se iniciará no mês seguinte ao da sua assinatura, não começou a produzir os seus efeitos jurídicos próprios. O contratado, por exemplo, ainda não está obrigado a cumprir a sua prestação. Nessa hipótese, a invalidação irá retirar do sistema jurídico as normas contratuais inválidas veiculadas pelo contrato.

Por outro lado, em se tratando de contrato inválido eficaz, há que se diferenciar o caso do contrato em execução e o já executado.

Quando o contrato estiver sendo executado, além das normas contratuais, a invalidação eliminará os efeitos jurídicos decorrentes do contrato. O contratado, por exemplo, não estará mais obrigado a cumprir as prestações que lhe cabem. Note-se que, conforme a natureza do contrato, será possível retornar totalmente ao estado inicial em que as partes se encontravam. É o caso, *v.g.*, de contratos de fornecimento parcelado de impressoras. Em tais situações, a invalidação poderá resultar na entrega da coisa adquirida e na devolução dos valores eventualmente recebidos pelo contratado.

No caso de contrato viciado já executado e não pago pela Administração, o objeto da invalidação residirá tanto nas normas inválidas ainda existentes (exemplo: aquela que obriga o pagamento em caso de adimplemento) como nos efeitos jurídicos próprios do contrato. Se a natureza do contrato permitir a devolução do objeto mediato do contrato, então não há que se falar em pagamento ao contratado, salvo se tiver ocorrido dano. Por outro lado, se impossível essa devolução, a Administração estará obrigada a pagar, tendo em vista a regra do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 (que consagra a responsabilidade objetiva da Administração) ou, conforme o caso, por força do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Repare que o valor a ser recebido pelo antigo contratado não decorre propriamente da norma contratual que obriga o pagamento em caso de adimplemento, mas sim da responsabilidade objetiva, ou do princípio que impede o locupletamento sem causa da Administração.

Por fim, se o contrato inválido já tiver sido concluído, havendo inclusive o

pagamento integral pela Administração, deverá ser analisada a possibilidade de ser reverter os efeitos fáticos gerados. Se for possível, a invalidação buscará desconstituir tais efeitos, fazendo com que as partes se encontrem tal como antes da celebração do contrato inválido.

Se não for possível retornar ao *status quo ante*, deverá ser verificada a existência de culpa do contratado na constituição do vício, o que pode resultar na devolução dos valores recebidos. Isso ocorrerá quando o benefício obtido pela Administração for inferior ao empobrecimento do particular que agiu com culpa em sentido estrito. Em se tratando de má-fé do contratado, os valores deverão ser totalmente revertidos aos cofres públicos.³¹¹

Todavia, pode-se perceber novamente que, nesse caso, essa devolução não diz respeito propriamente ao objeto da invalidação, mas sim de conseqüências imputadas pelo direito positivo ao fato jurídico acima descrito. Em realidade, não se trata mais de invalidação (pois não há mais contrato, nem efeitos jurídicos dele decorrentes e tampouco possibilidade de se retornar ao *status quo ante*), mas sim de declaração da invalidade do contrato. Este pronunciamento será útil para formar o fato jurídico ao qual a ordem jurídica imputará certos efeitos, como a devolução dos valores pagos, a aplicação de sanção aos responsáveis, dentre outros.

8. Sujeitos da invalidação

A invalidação é um ato jurídico que pode ser editado tanto no exercício de função administrativa, como no desempenho de função jurisdicional. Administração Pública e Poder Judiciário estão habilitados pelo sistema a promover a invalidação de um ato administrativo viciado e/ou de seus efeitos.

No âmbito da função administrativa, o órgão deverá ter competência atual para invalidar. Por vezes, ele não terá mais competência para declarar a invalidade e tampouco a invalidação. É o que ocorre quando o ato está sujeito a controle

³¹¹ Acerca do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e suas excludentes, remete-se o leitor às considerações feitas no item 10.2.2

jurisdicional.

Entretanto, deve-se frisar novamente que nem sempre o órgão competente para editar o ato de invalidação será o mesmo que irá declarar a invalidade do ato. Aqui, remete-se o leitor ao item 5 deste Capítulo.

Já o Poder Judiciário, uma vez provocado pelo interessado, é competente para declarar a invalidade do ato administrativo, bem como para retirá-lo do sistema. Inclusive, isso pode ocorrer de ofício no curso de uma lide, tal como já mencionado no item 3.3.5 do Capítulo III.

9. Procedimento administrativo invalidador

Acima foi dito que, por estar a Administração Pública submetida ao princípio da legalidade, ela tem o dever de invalidar os seus atos administrativos viciados. Trata-se da chamada autotutela. Inclusive, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal deixa isso bem claro, ao assentar que 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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Contudo, a autotutela administrativa não é um poder administrativo que possa ser levado a cabo ao bel-prazer da Administração. Muito pelo contrário, num Estado Democrático de Direito, o exercício dessa prerrogativa está claramente limitado. Sob o aspecto formal, essa limitação se impõe pela necessidade de ser instaurado o devido processo administrativo. Esse dever decorre diretamente da Constituição da República, mais precisamente do art. 5º, LIV e LV.³¹²

Desse modo, a leitura da Súmula nº 473 não pode levar o intérprete a entender que o devido processo legal é dispensável. Isso caracterizaria afronta aos dispositivos constitucionais citados, além de representar a antítese da idéia do Estado Democrático

³¹² O inc. LIV do art. 5º da Lei Maior prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; o inc. LV do mesmo artigo constitucional assegura aos litigantes e aos acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

de Direito.³¹³

Portanto, se há suspeita de que certo ato administrativo possui vício de legalidade, deverá ser instaurado, de ofício ou mediante provocação do interessado, um procedimento administrativo invalidador. Se com a eventual decisão de invalidação houver a possibilidade de se afetar a situação jurídica dos administrados, é fundamental que lhes sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa prévios. Note-se que a decisão final não será necessariamente pela invalidação. É possível ainda que se chegue à conclusão de que não havia vício no ato, ou ainda que, apesar de haver ilegalidade no ato, este era passível de manutenção.³¹⁴

É importante lembrar que a disciplina do procedimento administrativo invalidador, em relação aos atos administrativos unilaterais, é de competência de cada ente político. Na esfera federal, o diploma legal a ser seguido é, como sabido, a Lei nº 9.784/99.

Todavia, o procedimento de invalidação dos contratos administrativos inválidos é de competência da União, tendo em vista o mandamento contido no art. 22, XXVII, da Constituição. Porém, a legislação nacional sobre licitações e contratos é bastante pobre nesse aspecto. A Lei federal nº 8.666/93 prevê apenas o dever da autoridade administrativa de invalidar a licitação por razões de ilegalidade (art. 49, *caput*), sendo que a nulidade do certame induz a do contrato administrativo (art. 49, § 2º). Além disso, a Lei de Licitações e Contratos estabelece acertadamente que a decisão sobre a invalidação deverá ser precedida de contraditório e ampla defesa (art. 49, § 3º)³¹⁵, sem estabelecer, contudo, prazos para tanto.³¹⁶

³¹³ “Para a anulação do ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais é necessária a instauração do devido processo legal. Precedente” (STF, RE-AgR 359043/AM, 2ª Turma, DJ 27.10.2006). Cf. ainda: STF, RE-AgR 469479/PI, 2ª Turma, DJ 27.10.2006; STF, RE 452721/MT, 2ª Turma, DJ 03.02.2006; STF, RMS 23518/DF, 1ª Turma, DJ 10.11.2000.

³¹⁴ “No caso do *procedimento administrativo invalidador* a Administração poderá alcançar uma das seguintes conclusões: (a) o ato não é viciado; (b) o ato possui vício sanável; (c) o ato possui vício insanável” (SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, p. 184).

³¹⁵ MARÇAL JUSTEN FILHO (*In: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 523), ao comentar o dispositivo, aponta o seguinte: “Nem mesmo os argumentos da notoriedade do vício ou da configuração de *fato incontroverso* podem ser utilizados para afastar o respeito ao devido processo legal. Ressalte-se, aliás, que o devido processo legal abrange os diversos aspectos pertinentes à questão. Assim, cabe facultar ao particular o direito de manifestação prévia quanto à existência da nulidade, mas também tem ele a garantia de ser ouvido sobre os efeitos de eventual manifestação”.

³¹⁶ Convém transcrever o art. 49 da Lei nº 8.666/93:

Em suma, não há na legislação nacional sobre licitações e contratos a fixação do rito a ser seguido quando a Administração visar à invalidação dos contratos administrativos.

Para resolver o problema, deverá ser feita uma interpretação sistemática do texto da Lei nº 8.666/93, a fim de verificar se não é possível produzir alguma norma relacionada a tal procedimento invalidador. Como exemplo, pode-se citar a inexistência de um dispositivo que fixe expressamente o prazo para apresentação de defesa prévia pelo contratado a ser afetado com a decisão. Pode-se afirmar que ele será de cinco dias úteis, tendo em vista que esse é o prazo para interposição de recursos (art. 109, I, “c”).³¹⁷ Não se pode supor que o prazo para recurso seja superior ao da defesa prévia. Ademais, também é esse o lapso temporal para apresentação de defesa prévia contra decisão que procura impor as sanções previstas no art. 87, I, II e III (art. 87, § 2º).

De todo modo, caso exista dispositivo na legislação estadual, distrital ou municipal sobre licitações e contratos que estabeleça prazo *superior*, caberá aplicar o diploma específico do ente político.

Ainda, no que se refere a outras questões ligadas ao procedimento invalidador, tais como a forma para a intimação dos atos, instrução do procedimento, dentre outros, primeiramente deverá ser verificado o que dispõe a legislação específica sobre licitações e contratos administrativos de cada ente federativo.

Caso haja omissão (e normalmente há), o tema deverá ser disciplinado pela

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.”

³¹⁷ O art. 109, I, “c”, da Lei nº 8.666/93 prescreve que cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, no caso de “anulação ou revogação da licitação”. Embora o dispositivo não tenha feito referência aos contratos, é evidente que o dispositivo é aplicável às situações em que se questiona a validade do contrato administrativo.

legislação geral de processo administrativo de cada unidade da Federação. Assim, no que a Lei nº 8.666/93 for omissa, a Administração Pública federal deverá adotar os termos da Lei nº 9.784/99; o Estado de São Paulo, a Lei estadual nº 10.177/98; o Estado de Goiás, a Lei estadual nº 14.184/02.

Se não houver lei sobre processo administrativo (o que é muito comum, principalmente em Municípios), o mais adequado será aplicar analogicamente a Lei federal nº 9.784/99, por ser o diploma legal mais difundido. De todo modo, nada impede que outro documento legal seja adotado. Assim, um Município localizado no Estado de São Paulo pode vir a aplicar a Lei estadual nº 10.177/98. Contudo, em qualquer situação, é necessário que a Administração indique de modo inequívoco, quando da instauração do procedimento, qual lei será aplicada.

10. Efeitos da invalidação dos contratos inválidos

Neste tópico, será abordado um aspecto importantíssimo da invalidação dos contratos administrativos: os seus efeitos jurídicos. Contudo, é preciso fazer alguns esclarecimentos preliminares.

Em primeiro lugar, deve-se afastar a crença de que atos inválidos (unilaterais e bilaterais) não produzem efeitos. Na verdade, não há dúvida de que tais atos são fontes de efeitos. Como bem anota WEIDA ZANCANER, “se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles”.³¹⁸

Enquanto não houver a pronúncia da sua invalidade, as normas por ele veiculadas existem no sistema jurídico e incidem sobre os casos a que fazem referência, tendo em vista que elas têm presunção de validade.

Um exemplo esclarece bem a idéia que se deseja passar. Suponha que a Administração celebrou um contrato de prestação de serviços de limpeza, cujo pagamento é mensal. Durante seis meses, o particular executou o objeto a contento. A Administração, por sua vez, também estava cumprindo a sua prestação, ou seja, estava efetuando o pagamento a cada mês. Todavia, no sexto mês de contrato, verificou-se

que o ajuste estava maculado com vício de conteúdo, razão pela qual foi instaurado o procedimento administrativo invalidador. Ao final, a Administração invalidou o contrato.

Note-se que, até a edição do ato invalidador, as normas contratuais incidiram e houve efeitos. Tanto que o contratado recebeu *a título contratual* o valor devido pelas prestações cumpridas. Aliás, no exemplo, não será possível que a invalidação resulte na devolução da quantia recebida pelo particular que atuou de boa-fé, dada a impossibilidade de a Administração “devolver” os serviços prestados.

Por isso, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal — ao prever que os atos com vícios de legalidade podem ser invalidados pela Administração, “porque deles não se originam direitos”— não foi feliz nesse ponto. Mas, é possível interpretar esse texto do seguinte modo: “porque deles não *deveriam* se originar direitos”.

Em segundo lugar, convém sublinhar que, de um lado, há os *efeitos decorrentes do ato de invalidação* e, de outro, *os efeitos do contrato inválido objeto da invalidação*. A invalidação é um ato jurídico. Logo, introduz normas no sistema que incidem sobre os fatos, os quais se tornam fatos jurídicos. Isso, por sua vez, leva à produção de efeitos. Já o contrato inválido visado pela invalidação é um fato ao qual a ordem jurídica imputa efeitos de diversas naturezas; neste trabalho, serão abordados apenas os efeitos patrimoniais. Convém tratar em separado dessas situações

10.1. Efeitos da invalidação

A invalidade de um ato administrativo (unilateral ou bilateral) consiste num fato indesejado pelo direito. Este procura influenciar a conduta humana, a fim de que os destinatários das normas observem os seus termos. Entretanto, as normas não estabelecem o que *é*, mas sim o que *deve ser*.

Por isso, como o princípio da legalidade determina que a Administração Pública deve editar atos administrativos em conformidade com as normas legais, pode-se dizer que os atos viciados não deveriam ser produzidos e não deveriam gerar efeitos

³¹⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 61.

ilegítimos perante o ordenamento.³¹⁹ Porém, é sabido que, nem sempre isso ocorre, já que há atos que possuem vícios de legalidade e que são fontes de efeitos.

Justamente por tais razões, o ato de invalidação — como mecanismo previsto no ordenamento jurídico para reparar ofensas ao princípio da legalidade — procura eliminar os efeitos produzidos com o ato desde o seu nascedouro. Assim, num primeiro momento, pode-se afirmar que os efeitos da invalidação são retroativos (*ex tunc*), pois o órgão competente estará obrigado desconstituir a relação jurídica originada com o ato inválido.

Como bem aponta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com a invalidação não se está invadindo o passado, mas simplesmente é recusada validade no presente aos efeitos pretéritos.³²⁰ Os efeitos da invalidação procuram, na atualidade, reconstituir a situação existente à época da produção do ato, tal como se o ato viciado nunca tivesse sido editado.³²¹

Aliás, o jurista citado entende que, em se tratando de atos unilaterais ampliativos à esfera jurídica dos administrados que atuaram de boa-fé, os efeitos do ato invalidador serão *ex nunc*. Ora, os destinatários, por não possuírem o dever jurídico de controlar a validade do ato administrativo e em função da presunção de legitimidade que esse ostenta, agem em conformidade com as prescrições jurídicas por ele veiculadas. Logo, “não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente”.³²²

Sem dúvida, admitir a retroatividade nesse caso poderia resultar em ofensa ao princípio da segurança jurídica, na medida em que não se estará protegendo a confiança legítima que os administrados possuíam quanto à validade do ato. Em última análise, admitir a retroatividade, nesses casos, seria o mesmo que violar o próprio

³¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 446.

³²⁰ *Idem*, p. 435

³²¹ “O ato invalidador não desconstitui o passado. O que ocorre é que, mediante um expediente jurídico, visa-se reproduzir o *status quo ante*, ou seja, situação o quanto possível símile àquela anterior à edição do ato inválido. O que se pode conseguir é similaridade e não identidade, já que a realidade é caracterizada pela dinamicidade, o que implica constante mutação, pela ocorrência de fatos que lhe alteram a feição e muitas vezes com conseqüências jurídicas impositivas” (ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 61).

fundamento da presunção de validade, qual seja, a segurança jurídica.

Já se fez alusão em outra passagem ao fato de que os contratos administrativos seriam atos “mistos”: envolveriam tanto uma ampliação como uma restrição da esfera jurídica das partes.³²³ Num contrato de fornecimento parcelado de bens móveis, por exemplo, se de um lado o contratado está obrigado a entregar a mercadoria no tempo e modo previstos, de outro, terá o direito de receber um certo valor da Administração. Em vista disso, questiona-se: os efeitos da invalidação dos contratos administrativos são *ex tunc* ou *ex nunc*?

Em regra, os efeitos da invalidação são retroativos. O ato da invalidação procura pôr termo à relação jurídica obrigacional, restituindo as partes ao *status quo ante*. Inclusive, o art. 59 da Lei nº 8.666/93 é claro quanto a isso. Prescreve o dispositivo que a “declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”.

Assim, imagine que aquele contrato de fornecimento acima mencionado seja portador de vício de conteúdo e que não foi integralmente cumprido pelas partes. Ainda existem bens a serem entregues pelo contratado e valores a serem pagos pela Administração. Se for materialmente possível, as partes deverão devolver as prestações recebidas: a Administração restituirá os bens recebidos; o particular, os recursos já pagos. Os efeitos serão *ex tunc*.

Todavia, é possível que os efeitos do ato de invalidação dos contratos sejam *ex nunc*. Suponha que os bens móveis acima citados sejam alimentos já consumidos pela Administração, embora ainda não tenha ocorrido o pagamento. Nesse caso, não há outra solução a não ser eliminar o contrato a partir da data da invalidação, sem efeitos retroativos, tendo em vista a impossibilidade material de se retornar ao *status quo ante*. Mas, isso não significa que o particular que atuou de boa-fé deixará de receber a quantia devida. Aqui, estará configurado o fato jurídico da invalidade do contrato, o qual traz, como efeito jurídico, o dever de indenizar. Este é o tema do próximo tópico.

³²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 448.

³²³ Capítulo IV, Seção III, item 12.2.

10.2. Efeitos patrimoniais do contrato inválido

A invalidade do contrato administrativo é um fato jurídico. Logo, em razão dele, há efeitos jurídicos de naturezas diversas. Tais efeitos podem conviver ou podem ser excludentes. Convalidação, conversão, saneamento, invalidação e sustação pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas são efeitos que se excluem. Conforme se componha o suporte fático, somente um desses fenômenos ocorrerá. Contudo, eles podem conviver com outros efeitos. Assim, a edição do ato de invalidação não impede a aplicação de sanção disciplinar ao servidor que deu causa ao vício.

Neste tópico, pretende-se apenas abordar os efeitos jurídicos decorrentes do contrato inválido que foi objeto de invalidação. Entretanto, não se pretende abordar todos os efeitos, mas apenas os efeitos patrimoniais, ou seja, o dever administrativo de indenizar em razão de dano sofrido pelo contratado.

O dever da Administração de indenizar o ex-contratado pode ter fundamento em duas normas distintas, conforme seja o caso concreto: (a) o princípio da responsabilidade objetiva da Administração em razão de seus atos; e, (b) o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Convém tratar em apartado dessas duas figuras.

10.2.1. Responsabilidade objetiva da Administração

O art. 37, § 6º, da Constituição prescreve que as “pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Tal dispositivo consagra o princípio da responsabilidade civil extracontratual da Administração. Em se tratando de condutas administrativas comissivas (lícitas ou ilícitas), a responsabilidade será objetiva, ou seja, não será preciso que o Poder Público atue com culpa para que surja o dever de indenizar. Por outro lado, em se tratando de

conduta omissiva, a responsabilidade é subjetiva.³²⁴

Neste estudo, como se tem em vista os contratos administrativos inválidos, convém abordar apenas a responsabilidade por ação. Para que a Administração seja objetivamente responsabilizada, é preciso que estejam presentes os seguintes pressupostos de fato: (a) conduta administrativa, lícita ou ilícita; (b) dano; (c) nexo de causa entre essa ação e dano. Para que exista o dever de indenizar, não é necessário que a Administração atue com culpa.³²⁵

Desse modo, se um contrato foi objeto de invalidação e, em decorrência da invalidade do ajuste, o contratado sofreu um dano, a Administração contratante estará obrigada a indenizá-lo.

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o dano indenizável, além de *certo*, deverá consistir na *lesão a um direito* da vítima.³²⁶ Não basta, pois, o mero prejuízo econômico. É preciso que a esfera *jurídica* da pessoa atingida tenha diminuído em razão da ação administrativa, ou seja, deverá ter havido subtração a um bem tutelado pela ordem jurídica. Ademais, não se indeniza dano eventual, conjectural: ele deverá ser *certo*, pouco importando se atual ou futuro.³²⁷ O valor da indenização deverá corresponder exatamente ao dano experimentado, o que engloba os *danos emergentes* — que é o déficit real e efetivo no patrimônio do lesado³²⁸ — e os *lucros cessantes*, ou seja, o que ele legitimamente deixou de auferir.³²⁹

O art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 prescreve que a invalidação do contrato “não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contando que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

³²⁴ STF, RE 369.820/RS, 2ª Turma, DJ 27.02.2004.

³²⁵ STF, RE 113.587/SP, 2ª Turma, DJ 03.03.1992.

³²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 964-965.

³²⁷ “A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante, como nos ensina Acuña Anzorena. A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, isto é potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62).

³²⁸ *Idem*, p. 66.

Uma leitura apressada do citado art. 59 conduziria o intérprete a supor que a Lei nº 8.666/93 restringiu a indenização decorrente de contrato inválido apenas aos danos emergentes. Contudo, isso não é verdadeiro, porque o próprio dispositivo deixa claro que também haverá indenização em relação “aos prejuízos regularmente comprovados”. Essa cláusula impede que o dispositivo seja considerado ofensivo ao art. 37, § 6º, da Constituição de 1988.

Ao comentar o art. 59 da Lei nº 8.666/93, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR escreve que — como a regra é a culpa concorrente na geração do vício contratual, pois ambas têm o dever de zelar pela legalidade na formação do ajuste — “dever de indenizar” não significa “dever de remunerar”. Logo, fica excluído da indenização o lucro do particular pelo que já executou. A remuneração do antigo contratado somente comporia a indenização na hipótese excepcional de culpa exclusiva da Administração.³³⁰

Não se concorda com o autor citado. Isso porque o dever jurídico de controlar a legalidade na formação do contrato administrativo é apenas da Administração. Não é outra a razão pela qual existem momentos durante o procedimento pré-contratual em que há apreciação pelos órgãos de controle, culminando com a homologação da licitação e com a ratificação do processo de contratação direta pela autoridade competente. Vale lembrar ainda que o princípio da presunção de validade afasta esse dever por parte do administrado, tendo em vista que há a confiança legítima desse na correção dos atos estatais.

Ademais, como bem anota JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, “a não inclusão do lucro na indenização pelo que já foi executado representaria um enriquecimento injusto da Administração, uma vez que esta não conseguiria obter prestação semelhante sem pagar qualquer margem de lucro”.³³¹

Portanto, no que se refere aos danos emergentes, o valor da indenização corresponde não só aos custos que o particular teve até o momento da declaração da

³²⁹ Sobre a necessidade de prova pericial para a determinação dos lucros cessantes, vide TRF/1ª Região, Apelação Cível 200134000144893/DF, 6ª Turma, DJ 07.05.2007.

³³⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 613-614.

invalidade do contrato, mas também ao seu lucro.

Entretanto, frise-se que a indenização pode abarcar, além dos danos emergentes, os lucros cessantes. Para MARÇAL JUSTEN FILHO, por força da responsabilidade civil do Estado, este “terá de indenizar o particular por todos os danos e pelo lucro que a ele adviria se o contrato fosse válido e fosse integralmente executado”.³³²

JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA discorda dessa linha, anotando que, nessa hipótese, a “invalidação transformar-se-ia num verdadeiro prêmio de loteria, pois, sem qualquer dispêndio, o contratado receberia o lucro previsto na avença, livre de qualquer risco pela execução do contrato”.³³³

Segundo esse autor, o ato estatal que dá ensejo à responsabilização não é a invalidação, mas sim a contratação indevida. Assim, para verificar a existência de lucros cessantes, há que se questionar qual o lucro que seria auferido pelo contratado caso o ilícito não tivesse ocorrido. Nessa linha, haverá lucro cessante se ficar comprovado que, em função do contrato inválido, o ex-contratado deixou de obter lucro.³³⁴

A crítica que pode ser feita a esse posicionamento é o de que se torna bastante difícil comprovar o lucro cessante. Essa dificuldade é reconhecida por ARRUDA

³³¹ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 143-144.

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 523. No mesmo sentido: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 475-476.

³³³ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Op. cit.*, p. 141.

³³⁴ “Essa perspectiva é muito distinta da citada anteriormente, que vincula de maneira absoluta os lucros cessantes à previsão de lucro do contrato inválido. O lucro cessante é algo indeterminado abstratamente, ele deriva — como, de resto, ocorre em todas as situações pertinentes ao tema no direito comum — das circunstâncias de fato que o ato lesivo provocar em cada caso concreto.

Assim, pode ser que a invalidação de um contrato provoque ou não lucro cessante, dependendo das peculiaridades de natureza fática a circundá-la. Coloque-se como exemplo da primeira alternativa a invalidação de um contrato de compra e venda de móveis para uma repartição pública celebrado indevidamente sem prévia licitação. Seu objeto não representava grande volume para a fábrica contratada, que tinha em seu estoque peças semelhantes disponíveis para venda. Invalidando-se o contrato, não há que se falar em reposição do lucro que a fábrica teria com o aludido contrato; tal procedimento representaria um enriquecimento sem causa em favor do ex-contratado, que, sem entregar o objeto e *sem ter tido interrupção em sua capacidade de venda* (fator que caracterizaria o lucro cessante), seria beneficiário de uma previsão de lucro contida em contrato inválido.

Por outro lado, imagine-se que situação semelhante tenha ocorrido com a contratação, pela Administração Pública, de uma pequena mercenaria que durante um mês houvesse suspenso todas as suas atividades para atender ao contrato, posteriormente invalidado. Neste caso, é possível demonstrar que a celebração do contrato inválido fez com que o ex-contratado deixasse de lucrar em determinado período (lucro cessante), devendo-se — agora, sim — recompor o prejuízo” (CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Op. cit.*, p. 142).

CÂMARA, que assevera ser ela inafastável, pois é inerente ao instituto dos lucros cessantes.³³⁵

De fato, a apuração dos lucros cessantes é complicada.³³⁶ Porém, em certos casos, a impossibilidade de se comprovar os lucros cessantes, embora existentes, pode resultar em enriquecimento sem causa da Administração. Desse modo, o posicionamento defendido por MARÇAL JUSTEN FILHO torna mais objetiva a apuração do lucro cessante e melhor assegura os direitos do administrado, razão pela qual tal entendimento é aqui adotado. Mas, vale frisar que o tema é bastante difícil.

O último aspecto a ser abordado neste tópico diz respeito às excludentes da responsabilidade. Convém lembrar que a inexistência de dano e denexo causal entre este e a ação administrativa afastam o dever de indenizar por parte da Administração.

No que tange à ausência de dano, fica claro que se o particular não incorreu em qualquer despesa, nada há o que recompor a título de danos emergentes. Todavia, se já foram feitos gastos, como os referentes, *v.g.*, à mobilização e desmobilização dos equipamentos necessários à execução do contrato, o dever administrativo de indenizar se impõe. Ainda, há os lucros cessantes devidos em razão da invalidade do contrato.

Costuma-se apontar a culpa exclusiva da vítima como sendo uma hipótese autônoma de exclusão da responsabilidade. Entretanto, tal como ocorre em relação à força maior, a culpa da vítima quebra o vínculo causal entre o dano e a ação administrativa.³³⁷ O art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 afasta o dever de indenizar nesse caso, ao prescrever que a invalidação do contrato não afasta o dever de indenizar, “contanto que não lhe seja imputável”. Assim, se o contratado foi habilitado na licitação com base em documento falso, há vício de procedimento com prejuízo à

³³⁵ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 142-143.

³³⁶ Segundo MARIA HELENA DINIZ (*In: Curso de direito civil: responsabilidade civil*, p. 66), para computar os lucros cessantes, “a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto”.

³³⁷ “De conseguinte, a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano. O problema não se modifica nos casos em que o alheamento estatal em relação à autoria do dano careça de tanta evidência. Tudo se resolverá, sempre, por investigar-se se houve ou se faltou nexocausal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. A perquirição é que será mais aturada nos casos obscuros, mas seu objeto é o mesmo: verificar se a lesão foi ou não determinada por comportamento do Estado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 968).

finalidade, razão pela qual o contrato deve ser invalidado. Contudo, celebrado o contrato e sendo esse invalidado, o particular não terá o direito de ser indenizado, tendo em vista sua má-fé.

Uma questão interessante se refere à culpa concorrente na formação do vício. Segundo JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, como o dever jurídico pela legalidade na produção do contrato é da Administração, haverá culpa concorrente somente nos casos em que o particular atua em conjunto com os agentes públicos com objetivo de cometer o ato ilícito.

Nos casos de culpa concorrente, a regra é que os prejuízos sejam repartidos. Todavia, na lição do autor citado, nada impede que tal regra seja afastada por determinação legal. É, inclusive, o que ocorre em relação aos contratos administrativos inválidos, tendo em vista o previsto no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que afasta o dever de indenizar quando a ilegalidade não seja imputável ao Poder Público.

O dispositivo legal não ofende o princípio da responsabilidade da Administração. “Na verdade, o que tal dispositivo provoca é a distribuição dos prejuízos decorrentes de ato ilícito às partes que lhes deram causa, ao particular e à Administração, cada qual arcando com a parcela que tiver sofrido”.³³⁸

Eventualmente, o que se pode questionar, principalmente se o contrato já foi integralmente executado pelo particular, é a aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, o qual será objeto de análise no tópico seguinte.

10.2.2. Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa

A vedação ao enriquecimento sem causa é um daqueles princípios aplicáveis a qualquer ramo do direito, público ou privado. Norma derivada do princípio da isonomia aplicado ao plano patrimonial³³⁹, tem sido enquadrada pela doutrina francesa, ao lado da repetição de indébito e da gestão de negócios, na categoria dos

³³⁸ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 147.

³³⁹ *Idem*, p. 83.

“quase-contratos”.³⁴⁰

No direito brasileiro, tem previsão nos arts. 884 a 886 do Código Civil de 2002, os quais são aplicáveis analogicamente ao direito administrativo. Nos termos do art. 884, *caput*, desse diploma legal, aquele “que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Com efeito, seria ofensivo à isonomia (equidade) permitir o enriquecimento de alguém à custa de outrem sem que exista norma jurídica que legitime esse fato. Causa, aqui, significa a existência de norma jurídica que venha a fundamentar o incremento do patrimônio de uma pessoa.³⁴¹ Essa norma pode ser veiculada por lei, por contrato ou por qualquer outra manifestação jurídica. Aliás, o art. 885 do Código Civil prevê que a restituição será devida não só quando inexistir causa, mas também se ela deixou de existir.

LAUBADÈRE, MODERNE e DELVOLLVÈ apontam que as condições para que o princípio incida são as seguintes: (a) o enriquecimento de alguém, que obteve um proveito do comportamento do empobrecido; (b) o enriquecimento deve corresponder ao empobrecimento do titular da ação de *in rem verso* (meio previsto para obter a indenização fundada em tal princípio); (c) o enriquecimento e o empobrecimento correlativo devem ser sem causa; (d) o caráter subsidiário da ação de *in rem verso*.³⁴²

Todos os requisitos acima enunciados se aplicam ao direito brasileiro. Sem dúvida, para que fique caracterizado o enriquecimento sem causa, é preciso que exista o aumento do patrimônio de uma parte da relação e a diminuição da esfera patrimonial da outra. Mais do que isso, é preciso que exista um nexo causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que tal relação não poderá estar fundada em norma

³⁴⁰ Por todos, vide CHAPUS, René. *Droit administratif général*, p. 1221-1225. Aliás, esse autor informa que, na França, a Corte de Cassação invocou pela primeira vez o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa em 1892, consagrando-o no direito civil. Em matéria administrativa, somente em 1961 o Conselho de Estado o reconheceu como princípio geral aplicável, mesmo sem texto, aos contratos administrativos (*arrêt Soc. Sud-Aviation*).

³⁴¹ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 84.

³⁴² LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLLVÈ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*, t. I, p. 34-35.

jurídica. Há que se ressaltar também o caráter subsidiário da aplicação direta desse princípio, tal como consta no art. 886 do Código Civil.³⁴³

Além disso, tendo em vista que o art. 37, *caput*, da Constituição de 1988 prevê expressamente o princípio da moralidade, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa não tem lugar quando o empobrecido atuou de má-fé. Repare que não se trata de culpa em sentido estrito (a qual, por si só, não afasta a boa-fé), mas sim de má-fé, isto é, de conduta maliciosa cuja finalidade consiste em obter vantagem ilegítima.³⁴⁴

Não raro, diante da invalidade de um contrato administrativo, deverá ser aplicado o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, e não o princípio da responsabilidade objetiva do Estado.

Note-se que há diferenças entre um e outro. Embora ambos derivem do princípio da isonomia, os pressupostos fáticos necessários à incidência dos princípios são distintos. No caso da responsabilidade objetiva, há relação de causalidade entre a ação estatal e o dano, devendo a indenização corresponder exatamente ao prejuízo experimentado. Aqui, não é preciso haver aumento do patrimônio da Administração para que exista o dever de indenizar. No caso da vedação ao enriquecimento sem causa, o nexo não se faz entre ação e dano, mas sim entre enriquecimento do Poder Público e empobrecimento do administrado. Por isso, o valor da indenização será correspondente ao benefício obtido pela Administração, e não propriamente ao dano suportado. Este é apenas um limite à indenização.³⁴⁵

A celebração de contratos administrativos inválidos pode majorar

³⁴³ “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

³⁴⁴ “Tem-se, portanto, que a *regra geral*, que o *princípio retor na matéria*, evidentemente é — e não pode deixar de ser — o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. Logo, *para ser excepcionado, demanda o concurso de sólidas razões em contrário*, quais sejam: *a prova, a demonstração robusta e substancial de que o empobrecido obrou com má-fé, concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida*. É que, em tal caso, haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra legítima em que incorreu. Fora daí, entretanto, seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial decorrente de relação jurídica travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica, mas ao depois considerada inválida” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, nº 05. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fevereiro/março/abril, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2007, p. 11).

³⁴⁵ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 133.

indevidamente o patrimônio da Administração, acarretando o empobrecimento do ex-contratado. A invalidade do contrato se traduz na ausência de título jurídico legítimo para justificar o enriquecimento do Poder Público.³⁴⁶ Aliás, os Tribunais brasileiros têm se manifestado nesse sentido em diversas ocasiões.³⁴⁷

A questão que se põe é a seguinte: quando será possível aplicar diretamente o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ao caso dos contratos inválidos?

Em primeiro lugar, é evidente que a norma que proíbe o locupletamento indevido da Administração só é cabível se os seus pressupostos fáticos se reunirem em dado caso concreto.

Note-se que existem situações em que seria igualmente aplicável o princípio da responsabilidade objetiva. É o que ocorre quando há invalidação, durante o prazo de vigência, de um contrato de prestação de serviços de vigilância firmado com uma pessoa jurídica que agiu de boa-fé e que vinha prestando os serviços adequadamente. Aqui, houve ato estatal causador de dano, bem como aumento no patrimônio da Administração e correlativo empobrecimento do particular. Entretanto, no caso, haverá o dever de indenizar em função da norma que prevê a responsabilidade objetiva. Isso se deve ao fato de que o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, tal como

³⁴⁶ CHAPUS, René. *Droit administratif général*, t. 1, p. 1223.

³⁴⁷ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vide: REsp 802378/SP, 1ª Turma, DJ 04.06.2007; REsp 609207/RS, 2ª Turma, DJ 03.10.2005; REsp 687774/MT, DJ 27.06.2005; REsp 317463/SP, 2ª Turma, DJ 03.05.2004; REsp 434283/RS, 1ª Turma, DJ 05.05.2003; AgRg no REsp 332956/SP, 1ª Turma, DJ 16.12.2002.

Ainda, convém transcrever a ementa do seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação Cível 200143000010500, 5ª Turma, DJ 09.04.2007):

“ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PRESTADO APÓS A VIGÊNCIA DO CONTRATO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. O pedido é de cobrança dos valores do serviço efetivamente prestado, além de indenização de perdas e danos, não existindo no ordenamento jurídico vedação contra qualquer deles. Preliminar de impossibilidade jurídica rejeitada .

2. O pedido de perdas e danos, genericamente formulado, não encontrou respaldo em qualquer prova e, assim, foi corretamente inacolhido.

3. O pedido de pagamento dos serviços efetivamente prestados, mesmo após o fim da vigência do contrato, encontra respaldo na vedação ao enriquecimento sem causa e no princípio da moralidade administrativa, sem embargo do dever da Apelante em apurar a responsabilidade administrativa de seus servidores. Sentença correta.

4. Apelação improvida.”

Do mesmo Tribunal, vide: Apelação Cível 200501000602419, 5ª Turma, DJ 06.03.2006 e Apelação Cível 8901238306, 2ª Turma, DJ 22.04.1991.

Nos Tribunais estaduais, vale citar: TJ/PR, Apelação Cível 0275824-5, 19ª Câmara Cível, julgamento em 17.05.2003; TJ/SC, Apelação Cível 2757-0, Julgamento em 31.05.2001; TJ/RS, Apelação Cível 70017499237, 2ª Câmara Cível, DJ 11.07.2007.

já anotado, tem caráter subsidiário (art. 886 do Código Civil de 2002).³⁴⁸

Ainda, a proibição ao locupletamento indevido não cabe se, em razão do contrato inválido, não houve enriquecimento da Administração. Por tal razão, se o contrato invalidado ainda não foi executado, não há dever de indenizar com tal fundamento, pois nada acresceu ao patrimônio do Poder Público. Do mesmo modo, se após a conclusão do objeto contratual, não houve qualquer benefício para a Administração, inexistente dever de indenizar. É o caso, por exemplo, de o particular ter fornecido, em função de contrato inválido, alimentos estragados, imprestáveis para o consumo.

Do mesmo modo, se do contrato inválido não houve dano, não há que se falar em indenização. Por outro lado, ocorrido o prejuízo, ele engloba inclusive o lucro relativo à parcela do contrato já executado.

Ademais, deverá haver a relação de causalidade entre o aumento patrimonial da Administração e o empobrecimento do ex-contratado. Por tal razão, o princípio da vedação ao locupletamento indevido não fundamenta a indenização por lucros cessantes. Este, por ser aquilo que o particular deixou de ganhar em virtude do contrato inválido, não tem relação com o enriquecimento do Poder Público.³⁴⁹

O princípio em tela também não se aplica aos casos em que o particular atuou de má-fé, desde que devidamente comprovada (lembre-se que não se presume a má-fé). Ora, se ele atuou de modo malicioso, praticando condutas ilícitas, sozinho ou com um agente público, não poderia ser beneficiado, pois isso seria ofensivo ao princípio da moralidade. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS.

³⁴⁸ JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA (*In: Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 135), ao tratar do tema quando vigorava o Código Civil de 1916 (que não disciplinava expressamente a proibição ao enriquecimento sem causa), apontou que a subsidiariedade decorre “da maior abrangência que a responsabilidade tem em relação ao princípio do não enriquecimento sem causa. Em outras palavras: a responsabilidade abarca o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, não havendo espaço para aplicar este nas ocasiões em que aquela se aplique. *O princípio do enriquecimento sem causa, portanto, só incide autonomamente quando a responsabilidade patrimonial não o fizer*”.

³⁴⁹ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 149.

Contrato celebrado entre Município e empresa particular, no qual o prefeito municipal consta como sócio.

Merece subsistir o entendimento da Corte de origem, no sentido de que o contrato entre a Prefeitura Municipal e a empresa da qual o prefeito é sócio, está eivado de ilegalidade, seja em virtude da necessidade de prévia licitação, seja em decorrência da inequívoca afronta aos princípios administrativos que sempre devem nortear o Administrador público, notadamente a moralidade e a impessoalidade administrativa.

Não prospera o argumento no sentido de proibição ao enriquecimento ilícito, uma vez que não deve ser invocado por aquele que firmou contrato com a Administração Pública, em nítida afronta ao princípio da moralidade e constatada má-fé. No mesmo sentido, confira-se: REsp 579.541, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/4/2004.

O Tribunal *a quo* decidiu o feito de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental improvido”.³⁵⁰

O princípio da proibição do locupletamento indevido é, todavia, aplicável quando o ex-contratado atuou com culpa em sentido estrito na formação do vício. Assim, suponha que determinada pessoa jurídica celebrou um contrato de manutenção predial com dado Município, após ter se sagrado vencedora em pregão eletrônico, no qual participaram dez licitantes. Todavia, ela não havia informado que o sócio da sociedade empresária mantinha um vínculo de natureza comercial com membro da equipe de apoio, violando, assim, o art. 9º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.666/93 (aplicável ao pregão por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02). Nesse caso, invalidado o contrato, não sendo comprovada a má-fé, executados os serviços adequadamente e havendo o enriquecimento da Administração, não se pode negar a indenização ao particular pelo que esse executou.

³⁵⁰ STJ, Ag no Ag 597529/PR, 2ª Turma, DJ 21.09.2006. Contudo, é importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que haveria afronta ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa o não pagamento a particular que, embora tenha fraudado documento para participar da licitação, cumpriu as prestações contratuais (REsp 662924/MT, 1ª Turma, DJ 01.07.2005).

Em vista do que foi exposto, pode-se afirmar, com base nas lições de JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, que o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa incide quando, além de estarem presentes os seus pressupostos de aplicação, ficar caracterizada a culpa em sentido estrito do ex-contratado, sem que esse tenha atuado de má-fé.³⁵¹

Como se pode perceber, a aplicação *autônoma* do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ao caso dos contratos inválidos é menos freqüente. A regra será a incidência do princípio da responsabilidade objetiva da Administração. Isso se deve, primeiramente, ao caráter subsidiário do princípio da proibição ao locupletamento indevido. Em segundo lugar, tendo em vista o dever jurídico da Administração de zelar pela legalidade da contratação, há uma certa dificuldade em se localizar a culpa do particular na formação do vício. Frise-se que não se está afirmando ser rara a aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa. Apenas se assevera a sua menor incidência *direta* à situação dos contratos inválidos, se comparada com a responsabilidade objetiva.

SEÇÃO II – DA SUSTAÇÃO DOS CONTRATOS INVÁLIDOS PELO PODER LEGISLATIVO E PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

11. Considerações iniciais

Em várias passagens deste estudo, fez-se menção ao ato de sustação editado pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas como sendo um efeito jurídico da

³⁵¹ “Sendo assim, podem ser abarcadas pelo princípio em tela [da proibição ao enriquecimento sem causa] as situações referentes a contratos invalidados após sua execução em que haja participação meramente culposa do administrado no evento danoso (pois aí não caberá responsabilidade do Estado) e os efeitos fáticos produzidos sejam insuscetíveis de desconstituição e benéficos ao Poder Público. Além destes, faz-se necessário lembrar que para a incidência do princípio ainda devem concorrer outros requisitos não diretamente relacionados à problemática dos contratos inválidos, tais como o empobrecimento do ex-contratado e a relação entre o enriquecimento da Administração Pública e o empobrecimento do administrado” (CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 179).

invalidade de um ato administrativo (unilateral e bilateral) sem que se explicitasse as razões para tanto. Isso foi reservado para esta Seção. Antes, porém, convém apresentar o panorama constitucional acerca do tema.

O art. 49, V, da Constituição da República prescreve que compete exclusivamente ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. O mandamento constitucional tem a clara intenção de conferir mecanismos ao Poder Legislativo destinados a preservar a sua competência constitucional.

Já o art. 71, ao dispor sobre a atividade de controle externo a cargo do Congresso Nacional, a ser desempenhada com auxílio do Tribunal de Contas da União, prevê que esta Corte poderá “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (inc. IX) e “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (inc. X).

Embora o Tribunal de Contas da União possa declarar a ilegalidade de atos administrativos unilaterais e sustar a sua execução, a Constituição de 1988 estabeleceu que, em relação aos contratos administrativos, “o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, § 1º).

Contudo, a Lei Maior confere o prazo de noventa dias para que tais ações sejam tomadas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo. Com o advento do termo final, “o Tribunal decidirá a respeito” (art. 71, § 2º).

Apesar de o Texto Constitucional estar fazendo referência ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, o mesmo se aplica aos Poderes Legislativos estaduais, distrital e municipais e respectivas Cortes de Contas estaduais, distrital e municipais (onde houver), tal como prevê o art. 75 da Carta Magna de 1988.³⁵²

³⁵² “EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembléia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§ 5o do art. 33) e atribuiu à Assembléia Legislativa a competência

A leitura dos dispositivos constitucionais acima citados gera uma série de dúvidas, principalmente no que tange aos contratos inválidos. O Poder Legislativo está obrigado a editar o ato de sustação? Uma vez comunicado pelo Parlamento, quais as medidas que o Poder Executivo deverá adotar em relação aos contratos inválidos? Em caso de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, qual é o conteúdo da decisão do Tribunal de Contas? Ele pode sustar o contrato? A sustação implica retirada do ato inválido do sistema jurídico ou em mera suspensão dos efeitos?

A finalidade desta Seção consiste em enfrentar esses problemas. Todavia, é bom frisar que, neste momento, o objeto de estudo será fundamentalmente a sustação dos contratos administrativos inválidos, e não propriamente o ato de sustação dos atos unilaterais inválidos, embora o que for dito em relação àqueles se aplica *mutatis mutandis* a esses.

12. Nota sobre a natureza jurídica do Tribunal de Contas

Antes de abordar aqueles problemas, convém fazer breves apontamentos acerca da natureza dos Tribunais de Contas, pois isso permite vislumbrar o regime jurídico ao qual eles se submetem.

Em primeiro lugar, vale apontar que uma leitura apressada do *caput* do art. 71 da Constituição parece sugerir que a Corte de Contas é um órgão auxiliar do Poder Legislativo. Contudo, isso não é verdadeiro, já que tais Tribunais são órgãos de estatura constitucional, independentes e autônomos no exercício de suas competências. Em verdade, as Cortes de Contas não fazem parte de qualquer dos demais Poderes do Estado. Tal como o Ministério Público, é órgão que faz parte diretamente da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme o caso.

No âmbito federal, o Tribunal de Contas da União é, na lição de CARLOS AYRES BRITTO, “órgão da pessoa jurídica União, **diretamente**, sem pertencer a

para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de

nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público”.³⁵³ Ou ainda, como prefere ODETE MEDAUAR, a Corte de Contas é uma “instituição estatal independente”.³⁵⁴

Outro tema bastante discutido é o relativo à função dos Tribunais de Contas, pois lhes cabem “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” (art. 71, II, da Constituição). Essa natureza *material de julgamento* a que se refere o dispositivo constitucional (e que já vem de Constituições anteriores) fez com que alguns juristas de peso considerassem que o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional.³⁵⁵

Essa concepção deriva, em primeiro lugar, de uma concepção material das funções estatais. Deve-se afastar essa visão e adotar um critério formal, fundado apenas nas características jurídicas de cada função. Nessa linha, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, é possível afirmar que a função jurisdicional é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário.³⁵⁶ Nenhuma lesão ou ameaça a direito pode escapar do controle jurisdicional exercido por esse Poder, seja ela decorrente de um processo de *impeachment* contra certas autoridades, seja de um ato decisório dos Tribunais de Contas.

Neste estudo, acolhe-se a tese de que as Corte de Contas exercem função

Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes” (ADI-MC 3715-3/TO, Tribunal Pleno, DJ 25.08.2006).

³⁵³ Para comprovar a sua assertiva, CARLOS AYRES BRITTO (*In: O regime constitucional dos Tribunais de Contas. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 60 e ss.) argumenta que o art. 44, *caput*, da Carta Constitucional prescreve que o “Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. Como se pode perceber, o texto não faz menção aos Tribunais de Contas. Ademais, a referência organizativo-operacional que a Constituição elege para tais Tribunais não reside no Poder Legislativo, mas sim no Poder Judiciário, tendo em vista que o art. 73, *caput*, dispõe que às Cortes de Contas se aplica, *no que couber*, as atribuições previstas no art. 96 da Constituição. Inclusive, os Ministros do Tribunal de Contas da União possuem as mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º). Por tais razões, não se pode afirmar que o Tribunal de Contas é órgão subalterno do Poder Legislativo.

³⁵⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140. No mesmo sentido: FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*, p. 218.

³⁵⁵ “Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejuilgasse depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. II, p. 340). No mesmo sentido: FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 167 e ss.

³⁵⁶ Nos termos do art. 5º, XXXV, da Lei Maior, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

administrativa, cujos caracteres já foram enunciados no Capítulo II (item 2.2).³⁵⁷ A atividade por elas desempenhada é *infralegal e submetida a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário*. Seria até possível argumentar que sua estrutura e atribuições estão delineadas na Constituição e que seus membros gozam das mesmas garantias dos magistrados, consistindo num verdadeiro “Poder”; logo, não exerceriam função propriamente administrativa. Contudo, mesmo essa colocação não serve para rechaçar a natureza administrativa da função a cargo dos Tribunais de Contas.³⁵⁸ Há um dado fundamental para o deslinde do tema: as normas constitucionais que estabelecem as competências dos Tribunais de Contas são de eficácia limitada e aplicabilidade mediata (na conhecida classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA). O art. 71 e seguintes da Constituição Federal contêm normas de *princípio institutivo*³⁵⁹. Justamente por isso, demandam atos legislativos ulteriores que lhes confirmem executoriedade plena. Tais atos são denominados, geralmente, de *leis orgânicas*³⁶⁰ e são elas que fixam as formas pelas quais tais órgãos irão atuar, bem como a sua estrutura interna.

Desse modo, em função da natureza administrativa de suas atividades, o Tribunal de Contas não realiza apenas o controle da observância do regime jurídico-administrativo pelos órgãos e entidades controladas. Ele próprio, Tribunal de Contas, está sujeito a tal regime para a tomada de suas decisões.

13. Controle de legalidade, legitimidade e economicidade

Pela leitura conjunta dos arts. 70, *caput*, e 71, *caput*, da Lei Maior, é possível

³⁵⁷ Aliás, a maior parte da doutrina parece se orientar pela natureza administrativa das atribuições dos Tribunais de Contas. Por todos, vide: FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 168.

³⁵⁸ Se um “Poder” é um órgão que possui uma atuação independente no exercício de suas atribuições, não submetido a qualquer controle *hierárquico*, então se pode dizer que o Tribunal de Contas ostenta essa qualidade. Mas, *dizer isso não afasta a natureza administrativa de suas atribuições*. Em verdade, afirmar que o Tribunal de Contas é um verdadeiro “Poder”, ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (coloca-se ainda o Ministério Público nesse seletto grupo), tem uma conotação muito mais *política*, do que jurídica.

³⁵⁹ Normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas que “contêm *esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades*, pelo quê também poderiam chamar-se *normas de princípio orgânico ou organizativo*” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 123).

concluir que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, direta e indireta, cabe ao Poder Legislativo. Todavia, o constituinte determinou que o Tribunal de Contas auxiliasse o Parlamento nessa tarefa. Além disso, a Constituição prescreveu que essa fiscalização deverá ser feita à luz da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Convém tratar desses três aspectos do controle a ser realizado pelos Tribunais de Contas.

Um dos traços característicos da função administrativa reside no dever dos administradores de observar os termos das normas legais, ou seja, a submissão ao princípio da legalidade. Assim, as Cortes de Contas, no âmbito de suas atribuições, deverão analisar se os agentes públicos se mantiveram dentro dos padrões fixados pelas normas legais introduzidas por atos legislativos. Não é por outra razão que ele pode declarar a ilegalidade de atos e contratos administrativos, assinalando prazo para que o órgão restaure a legalidade violada (art. 71, IX).

Além disso, cabe ao Tribunal de Contas analisar a legitimidade da atividade administrativa controlada. O conteúdo do termo “legitimidade” constante no art. 70, *caput*, da Constituição não é evidente. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, por exemplo, escreve que a legitimidade significa racionalidade, razoabilidade.³⁶¹

Já EDGAR GUIMARÃES aponta que o controle da legitimidade dos atos feita pelo Tribunal de Contas implica a verificação da existência dos pressupostos (objetivos e subjetivos) necessários à prática do ato controlado, isto é, a análise da ocorrência dos motivos ensejadores do ato administrativo. Além disso, tal controle passa pelo exame do conteúdo do ato e da sua compatibilidade ao fim legal a que se destina. Em suma, trata-se de uma efetiva análise do ato com o sistema normativo, o que acabará resultando na utilização da teoria dos motivos determinantes e do desvio de poder.³⁶²

Por sua vez, HELIO MILESKI assevera que o controle com base na legitimidade pressupõe uma fiscalização pautada não só pelas normas legais,

³⁶⁰ A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União é a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

³⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 35-36.

³⁶² GUIMARÃES, Edgard. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 89.

porquanto aquela está estruturada na moralidade. Mais do que isso, a legitimidade se identifica, segundo o autor, com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, enfim, com o interesse público. Desse modo, a legitimidade se aproxima do sentido de justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira.³⁶³

O que pode ser dito sobre o tema é que, em última análise, todos os autores acima citados têm razão. Como a Constituição separa a *legalidade* da *legitimidade*, pode-se supor que o objetivo do constituinte tenha sido o de atribuir ao Tribunal de Contas a competência para avaliar a validade do ato administrativo à luz não só das normas legais, mas também a partir das normas constitucionais. Isso é o que fundamentaria o controle (concreto), pela Corte de Contas, da constitucionalidade dos atos administrativos.

Os Tribunais de Contas também fiscalizam a atividade administrativa à luz do princípio da economicidade, que nada mais é do que uma faceta do princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição). PAULO SOARES BUGARIN explica que a economicidade busca a melhor alocação dos escassos recursos públicos na tomada de decisão pelo administrador público.³⁶⁴

Na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, a economicidade está modelada por três fatores. O primeiro deles é a previsibilidade. A atuação administrativa deve ser controlada, à luz da economicidade, sempre em vista do momento em que foi realizada. Não se pode exigir do administrador a antevisão do imprevisível. O segundo fator é a observância aos demais valores jurídico-constitucionais. Nem sempre a melhor solução econômica é a mais adequada para concretizar valores constitucionais, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, há certas formalidades necessárias para a prática de atos administrativos. Tal como a eficiência, a busca da solução mais econômica está circunscrita aos limites traçados pelo

³⁶³ MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 249.

³⁶⁴ “*Economicidade*, então, parece conduzir à idéia-chave da busca permanente pelos agentes públicos delegados do complexo e diverso corpo social, da melhor alocação possível dos escassos recursos públicos disponíveis para a solução, ou, pelo menos, mitigação, dos gravíssimos problemas sociais existentes no lamentável, vergonhoso e humilhante quadro de desigualdade que caracteriza o espaço socioeconômico nacional” (BUGARIN, Paulo

ordenamento jurídico.³⁶⁵

Os Tribunais de Contas, no exercício da sua competência de fiscalização, analisam se a decisão tomada pelo órgão controlado era a mais econômica em vista das circunstâncias concretas.

A partir do que foi exposto, percebe-se que há fundamentos jurídicos para a realização, pelos Tribunais de Contas, de um amplo controle da validade dos atos administrativos (unilaterais ou bilaterais). A invalidade de um ato não precisa ser constituída apenas com base na ofensa à legalidade: há ainda o controle de legitimidade (que, em última análise, abarca todos os demais princípios da Administração Pública) e da economicidade (que, incorporado à Constituição, também é um critério *jurídico* de controle).

Nesse sentido, quando o Tribunal se deparar com um ato administrativo unilateral cujo conteúdo afronta a moralidade pública, a razoabilidade e a proporcionalidade, ele não terá outra conduta a não ser a declaração da invalidade do ato. Ademais, ele *deverá* assinar prazo para que o órgão controlado proceda à invalidação e à apuração das responsabilidades funcionais (art. 71, IX). Caso o prazo se escoe sem a adoção de tais medidas, ele terá a obrigação de sustar esse ato inválido, comunicando sua decisão ao Parlamento (art. 71, X), sem prejuízo à aplicação das sanções legalmente previstas (art. 71, VIII).

Por outro lado, se a Corte de Contas verificar que havia invalidade no ato, mas que ela consistia num vício de competência, de formalização ou de procedimento (sem prejuízo à sua finalidade), deverá ele determinar que o órgão emissor do ato inválido o convalide. A razão para isso é simples: o controle não é só da legalidade, mas também da legitimidade, o que implica respeito à segurança jurídica.

Do mesmo modo, diante de um contrato cujo valor seja excessivo em relação ao mercado, ele *deverá* declarar a invalidade desse ajuste, por ofensa à economicidade. Ainda, deverá estipular prazo para que a Administração contratante invalide o contrato, tendo em vista o vício de conteúdo. Todavia, ultrapassado o prazo sem que

Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 129).

aquela tome as medidas pertinentes, é sua obrigação comunicar o fato ao Poder Legislativo, a quem cabe primariamente o ato de sustação (art. 71, § 1º, da Constituição).

Porém, se o contrato é inválido por decorrer de licitação com vício de legalidade, não tendo havido prejuízo à seleção da proposta mais vantajosa, o Tribunal de Contas estará obrigado a determinar à entidade contratante que convalide o contrato. Igualmente, se o vício é de conteúdo, mas a sua retirada traz maiores prejuízos ao interesse público, a Corte de Contas deverá decidir a favor da manutenção do ajuste.

Em suma, o que se pretende sublinhar é que as Cortes de Contas têm competência para declarar a invalidade dos atos e contratos administrativos ilegais, ilegítimos e anti-econômicos. E ainda, uma vez constituída essa invalidade, não lhe é aberta qualquer possibilidade de escolha subjetiva acerca da providência a ser tomada; ele não possui discricionariedade no exercício de suas atividades finalísticas, pois se trata de um órgão técnico no exercício de função administrativa. O Tribunal de Contas, ao decidir sobre a invalidade de um ato administrativo (unilateral ou bilateral), deverá exigir que o órgão controlado adote exatamente a medida requerida pela ordem jurídica para aquele caso, que consistirá, dentre outros efeitos, na manutenção e na invalidação. Do contrário, a própria decisão da Corte poderá ser considerada inválida pelo Poder Judiciário, caso esse venha a ser provocado pelo interessado.

14. Competência para promover a sustação do contrato

Como já se salientou anteriormente, o Tribunal de Contas deverá “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (art. 71, IX, da Constituição). Caso sua determinação não seja atendida, ele poderá sustar a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo (art. 71, X). A sustação a que se refere esse dispositivo diz respeito apenas aos atos unilaterais, tendo em vista que os

³⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 55.

contratos administrativos inválidos deverão ser sustados pelo Parlamento (art. 71, § 2º).

É importante frisar desde já que o ato de sustação a que se faz referência nesta Seção não é aquele editado em caráter cautelar, a fim de evitar lesão ao erário ou a direito alheio, ou ainda para impedir que a demora resulte em ineficácia da decisão pelo Tribunal, tal como vem previsto nas leis orgânicas e nos regimentos internos das Cortes de Contas.³⁶⁶ Neste caso, ainda não houve a declaração da invalidade do contrato pelo Tribunal de Contas. A sustação objeto deste estudo é o ato final tomado depois de constituída a invalidade do contrato administrativo.

Como já se mencionou, cabe ao Tribunal de Contas declarar juridicamente a invalidade do contrato administrativo sujeito à sua apreciação, o que será feito — à luz da legalidade, da legitimidade e da economicidade — ao término do devido processo administrativo, em que se tenha assegurado o contraditório e a ampla defesa prévia aos interessados.³⁶⁷ Ressalte-se novamente que, por exercer função administrativa, a Corte de Contas estará obrigada, se for o caso, a apontar a invalidade do contrato, bem como fixar prazo para que o órgão controlado adote as medidas requeridas no ordenamento jurídico para tanto. Isso pode consistir, dentre outras, na manutenção (ativa ou passiva) ou na invalidação do ajuste, conforme seja a configuração da situação concreta. Não há, neste ponto, discricionariedade, mas sim vinculação do Tribunal.

Repare que essa assertiva é importante, pois evidencia que o conteúdo das decisões dos Tribunais de Contas pode ser questionado judicialmente. Assim, se a Corte de Contas assinalar prazo para que a Administração contratante invalide o contrato, poderá o contratado ajuizar uma demanda com objetivo de atacar a decisão desse Tribunal. Para que seja dado provimento ao seu pedido, o contratado deverá demonstrar que o Tribunal de Contas deveria ter determinado a convalidação, a

³⁶⁶ Cf. art. 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, o tema está disciplinado no art. 53 da Lei complementar nº 113/05 e no art. 400 e ss. do seu Regimento Interno.

³⁶⁷ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 3, a qual possui o seguinte enunciado: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. Vide também, da mesma Corte Federal, o MS 23550/DF, Tribunal Pleno, DJ 30.10.2001.

conversão ou o saneamento do ajuste inválido.

Vale aqui ressaltar que o órgão competente para declarar a invalidade do contrato administrativo é o Tribunal de Contas. Embora o Poder Legislativo tenha a competência para sustá-lo, não lhe cabe apontar se o contrato é inválido ou não. Isso já foi feito pela Corte de Contas. Se Parlamento sustar um contrato sem a prévia declaração da invalidade pelo Tribunal, o órgão legislativo estará atuando além das atribuições que a Constituição lhe outorgou, ou seja, haverá desvio de poder.³⁶⁸

Aliás, essa decisão do Tribunal de Contas *vincula* o Poder Legislativo: este não pode realizar um juízo político acerca da sustação ou não do contrato.³⁶⁹ Cabe-lhe, tão-somente, comunicar o Poder Executivo (para que esse adote as providências cabíveis e editar) o ato de sustação. Lembre-se que, nesse momento, o órgão legislativo está no exercício de função administrativa e que o ato de sustação (tal como o de invalidação) é vinculado, pois deverá ser produzido se presentes em dado caso as condições para sua aplicação. Como reforço a essa tese, basta salientar que, exaurido o lapso temporal de 90 dias, caberá ao Tribunal de Contas sustar o contrato. Isso significa que o constituinte desejou que fosse dada efetividade ao pronunciamento do Tribunal acerca da invalidade do contrato.

Um dado interessante é que o art. 71, § 1º, da Constituição não aponta quais serão as “medidas cabíveis” a cargo do Poder Executivo. Num primeiro momento,

³⁶⁸ “Note-se que o art. 49 da Constituição, ao arrolar as competências exclusivas do Congresso Nacional, embora referisse, p. ex., a de ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa’ (inc. V), não mencionou a de sustar contratos, que veio prevista apenas no art. 71, § 1º. A razão disso é simples de perceber. Enquanto a atribuição parlamentar de sustar atos normativos é exercida autonomamente pelo órgão legislativo, sem qualquer verificação técnica externa quanto à existência ou não de exorbitância do poder regulamentar, a competência para sustar contratos está sempre vinculada à decisão técnica do órgão que lhe auxilia na fiscalização dos atos administrativos, qual seja, o Tribunal de Contas. Em outros termos: o Legislativo não dispõe de qualquer poder para sustar contratos fora do processo de controle das contas públicas regulado nos arts. 70 e seguintes da Constituição — e que envolve sempre e necessariamente a Corte de Contas.

Se o Poder Legislativo deixasse de lado o Tribunal de Contas, julgando a regularidade de um contrato e sustentando-o imediatamente, estaria, não só avançando sobre competência alheia (isto é, da Corte de Contas), como suprimindo o devido processo legal e seus princípios decorrentes, entre eles os do *contraditório* e da *amplitude de defesa*, incidindo, também por isso, em inconstitucionalidade” (SUNDFELD, Carlos Ari. Pode o Legislativo sustar contrato administrativo (CF, art. 71, § 1º) sem a prévia decretação da ilegalidade pelo Tribunal de Contas? *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 29, Curitiba: Zênite, julho, 1996, p. 489).

³⁶⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA (In: *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 756) defende justamente o contrário. Para o jurista, a decisão do Poder Legislativo “não é jurídica, mas política, à vista da oportunidade e da conveniência”.

seria possível supor que se trata da edição do ato de invalidação, em se tratando de órgão pertencente à sua estrutura administrativa. Todavia, convém mencionar que essa providência não é cabível em relação aos contratos inválidos celebrados pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público³⁷⁰; nesse caso, em vez de comunicar o Poder Executivo, o Parlamento deverá comunicar o Judiciário e o Ministério Público, a fim de que adotem as “medidas cabíveis”. Em relação às pessoas pertencentes à Administração indireta, serão adotadas pelo Poder Executivo apenas as condutas previstas em lei, de acordo com a amplitude do controle (tutela) que realiza sobre tais entidades.

Pode-se cogitar, como uma medida cabível, a execução judicial dos valores eventualmente devidos pelas pessoas que causaram lesão ao erário, ou ainda a imposição de sanção disciplinar aos servidores responsáveis pela invalidade, desde que pertencentes à sua estrutura administrativa.

Nos termos do art. 71, § 2º, da Carta Magna, em face da omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo, “o Tribunal decidirá a respeito”. Note-se que a Constituição não estabeleceu *expressamente* que tal decisão é pela edição do ato de sustação. Isso levou alguns juristas a sustentar a impossibilidade de a Corte de Contas sustar o contrato administrativo.

No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o conteúdo dessa decisão do Tribunal de Contas deve ser a declaração de nulidade do contrato e a eventual imputação de débito ou multa com eficácia de título executivo aos agentes responsáveis.³⁷¹

LUÍS ROBERTO BARROSO segue a mesma trilha ao asseverar que a decisão do Tribunal de Contas deverá se referir à declaração de legalidade ou ilegalidade do contrato, bem como da respectiva despesa para fins de julgamento das contas do administrador. Para esse autor, não pode o Tribunal de Contas invadir esfera de competência pertencente ao Legislativo, qual seja, a de sustar os contratos

³⁷⁰ Em verdade, contrato firmado pela pessoa política, por intermédio desses órgãos. No âmbito federal, os contratos “celebrados”, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Ministério Público Federal são contratos da União.

³⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 756.

administrativos. O controle externo é realizado pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas, o que significa que a última palavra pertence ao Poder Legislativo, restando ainda o recurso ao Poder Judiciário.³⁷²

Não se concorda com o posicionamento dos juristas acima citados, tendo em vista que a “declaração” de invalidade do contrato é uma etapa anterior ao ato de sustação pelo Poder Legislativo, ou, mais precisamente, é o seu pressuposto objetivo. Quando a matéria chega à Casa Legislativa, a invalidade do contrato já se encontra constituída. Não parece razoável que a Lei Fundamental tenha determinado uma nova apreciação da invalidade pelo Tribunal de Contas.

Ademais, também não se pode dizer que o Tribunal de Contas estaria invadindo esfera de competência alheia, ofendendo o princípio da separação dos poderes. Note-se que a Carta Magna, no que tange ao controle externo, fixa de forma clara as competências concernentes ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. Estabelece para o primeiro órgão, a atribuição de sustar os efeitos dos contratos, depois de verificada sua ilegalidade pelo Tribunal (art. 71, IX e § 1º).

Contudo, na hipótese de omissão do Legislativo e do Executivo em tomar as providências necessárias, cria a Lei Fundamental uma solução para essa falha, qual seja, a sustação dos contratos por outro órgão, também responsável pelo controle externo: o Tribunal de Contas, que exerce suas competências constitucionais com independência e autonomia em relação aos demais Poderes.³⁷³

Inclusive, convém mencionar que as leis orgânicas dos diversos Tribunais de Contas também adotam a diretriz aqui defendida. Como exemplo, cite-se o art. 45, § 3º, da Lei federal nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), o qual prevê o seguinte: “Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de

³⁷² BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 32, Curitiba: Zênite, outubro, 1996, p. 749. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (*In: Direito administrativo contratual*, p. 442) também entende que o Tribunal de Contas não pode sustar os contratos administrativos inválidos.

³⁷³ Nesse sentido, vide: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 404; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*, p. 935; GASPARINI, Diogenes. Extinção, sustação e suspensão do contrato administrativo. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 125, Curitiba: Zênite, julho, 2004, p. 621.

noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato”.

Em suma, a competência para a declaração da invalidade do contrato administrativo é do Tribunal de Contas. A sustação do contrato cabe, em princípio, ao Poder Legislativo. Todavia, se esse for omissivo, tal atribuição se transfere à Corte de Contas, que estará obrigada a sustar o contrato inválido.

15. Sustação pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas: ato de retirada?

Até o momento apenas se fez referência ao ato de sustação do contrato, sem que se apontasse qual seria o seu efeito jurídico específico em relação ao contrato inválido. O texto constitucional utiliza o vocábulo “sustação”, o que leva o intérprete a concluir que se trata de mera suspensão dos efeitos. Como consequência, seria possível afirmar que um contrato objeto de sustação pode voltar a ser executado, desde que “saneado” o vício; afinal, é uma mera “sustação”.³⁷⁴

Embora essa conclusão tenha sentido, dificilmente se encontrará na prática um contrato inválido objeto de sustação que, ainda assim, tenha sido novamente executado em função do “saneamento” do vício que o ensejou. Talvez essa dificuldade tenha uma razão de ser. Em verdade, ao se olhar para o sistema jurídico-positivo, percebe-se que o ato de sustação leva à extinção do contrato inválido.

Explica-se. Mas, antes, é preciso lembrar que o Tribunal de Contas, ao declarar a invalidade do contrato, assinará prazo para que o órgão competente adote as medidas cabíveis à correção da ilegalidade. Em tal decisão, a Corte de Contas poderá determinar, em relação ao contrato inválido, que seja tomada uma das seguintes medidas: (a) convalidação; (b) conversão; (c) saneamento; (d) invalidação. É evidente que haverá outros efeitos, como, por exemplo, a aplicação de sanção ao responsável. Mas, nesta dissertação, objetiva-se tão-somente tratar das situações mencionadas.

Frise-se novamente que o Tribunal de Contas não poderá *escolher*, fundado

³⁷⁴ Ao tratar do tema, DIOGENES GASPARINI (*Op. cit.*, p. 621) escreve que o “contrato continua existindo, mas seus efeitos estão paralisados até que haja a desejada regularização ou seja ele extinto de vez”.

num critério subjetivo, qual será a conduta concreta a ser adotada pelo órgão controlado. Cabe-lhe simplesmente verificar qual o tipo de vício que o contrato possui e, a partir disso, determinar que seja editado o ato de convalidação, de conversão ou de invalidação. É possível ainda que a decisão se pautar pelo saneamento do contrato inválido. Conforme se componha o suporte fático, a sua decisão deverá ser em um ou outro sentido.

Quando a Corte de Contas conclui (de modo objetivo) que o vício do contrato era de tal monta que sua permanência no ordenamento se tornou insustentável juridicamente, ela determina que se proceda à invalidação. Isso, por si só, não é suficiente para que seja cabível o ato de sustação do contrato. É preciso ainda que o órgão controlado não atenda às determinações do Tribunal. Conjugados esses dois elementos fáticos, o Poder Legislativo estará autorizado a sustar o contrato. Por sua vez, se esse órgão e o Poder Executivo se omitirem, o Tribunal de Contas estará habilitado juridicamente a promover a sustação.

A partir disso, percebe-se que *as condições para a produção do ato de sustação pelo órgão legislativo ou pelo Tribunal de Contas são praticamente as mesmas da invalidação*. A diferença reside apenas no fato de que a sustação só terá lugar quando o órgão competente para invalidar descumprir esse dever (o que, certamente, lhe trará conseqüências gravosas).

Assim, dentro dos pressupostos adotados neste trabalho, percebe-se que é juridicamente inviável que um contrato administrativo inválido objeto de sustação volte a ser executado. O vício é de tal monta que a sua manutenção no sistema jurídico não é mais cabível.

Com isso, pretende-se afirmar que um contrato objeto de sustação não mais produzirá efeitos jurídicos. Ele jamais incidirá novamente no plano dos fatos, restaurando a relação jurídica obrigacional. É evidente que desse fato jurídico (invalidade do contrato objeto de sustação) surtirão efeitos, que serão os mesmos decorrentes do fato jurídico da invalidação do contrato, notadamente os patrimoniais. Porém, o contrato inválido (ou melhor, as normas contratuais inválidas veiculadas por tal declaração jurídica) não terá mais aptidão para incidir, isto é, o contrato não terá

mais eficácia normativa. Logo, torna-se impossível a eficácia jurídica.

Portanto, o contrato inválido objeto de sustação deixará de existir para o ordenamento jurídico. Vale lembrar que as normas deixam de existir no sistema jurídico-positivo (a) em razão da impossibilidade de produção de novos efeitos, ou (b) por força da retirada operada por outra norma (regras de rechaço). No caso em estudo, o contrato inválido se extingue em função da impossibilidade de produção de novos efeitos. Todavia, como isso decorre da produção de um ato específico para esse fim, trata-se de um caso de retirada, aplicando-se a segunda regra de rechaço.

Esse é o motivo pelo qual se inseriu o ato de sustação dentre os atos extintivos de contratos administrativos inválidos. Aliás, tal como a invalidação, o ato de sustação do contrato inválido consiste igualmente numa sanção jurídica.

16. Sustação e invalidação do contrato: semelhanças e diferenças

Os atos administrativos de sustação e de invalidação se aproximam em diversos pontos. Em primeiro lugar, ambos são atos de retirada de contratos administrativos ilícitos. Com isso, fica claro que nos dois casos há introdução de normas jurídicas no sistema, cuja finalidade reside na eliminação do contrato inválido e/ou de seus efeitos. Nesse sentido, tais normas são concretas.

Do mesmo modo, tais normas são veiculadas por uma declaração jurídica cuja edição é unilateral. Há apenas uma parte legitimada no sistema para expulsar o contrato inválido. Todavia, embora invalidação e sustação sejam atos unilaterais, os sujeitos legitimados no sistema são distintos. Na invalidação, somente a Administração Pública contratante ou o Poder Judiciário poderão assim proceder, conforme o caso; na sustação, apenas o Poder Legislativo ou, na omissão deste, o Tribunal de Contas.

A sustação também se aproxima da invalidação no que tange ao motivo. O contrato inválido somente poderá ser invalidado se contiver vício de conteúdo, de objeto, de motivo, de finalidade (desde que não seja possível a conversão), de causa e de procedimento (que não afete a sua finalidade). A diferença reside no fato de que a sustação somente terá lugar quando o órgão *administrativo* competente para invalidar

não procede desse modo. Com isso, o Poder Legislativo estará habilitado juridicamente a sustar o contrato. O Tribunal de Contas, por sua vez, somente poderá atuar se, à omissão do órgão administrativo, for agregada a inércia do Poder Legislativo.

Também há semelhanças quanto ao objeto. A invalidação buscará eliminar o contrato inválido e/ou seus efeitos, tal como já mencionado acima (item 7). O ato de sustação, por sua vez, impedirá definitivamente a incidência das normas contratuais inválidas. Dada a impossibilidade de produção de novos efeitos, tais normas deixam de ser jurídicas, isto é, tornam-se *juridicamente* inexistentes. Além disso, os efeitos de direito até então produzidos serão considerados extintos. Deixará de haver direitos, pretensões, deveres e obrigações *contratuais*.

Aliás, essa observação leva à questão dos efeitos do ato de sustação. Convém lembrar que os efeitos da invalidação dos contratos inválidos são, em regra, retroativos (art. 59 da Lei nº 8.666/93). Apenas quando for impossível reverter os efeitos fáticos gerados é que os efeitos serão *ex nunc*. Em vista disso, questiona-se: quais seriam os efeitos do ato de sustação?

A resposta instintiva para tal pergunta é a de que os efeitos do ato de sustação são, como regra, *ex tunc*. Afinal, a sustação não deixa de ser uma espécie de invalidação editada pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas. Logo, a sustação expulsa as normas contratuais do sistema, eliminando os efeitos produzidos desde o início de sua produção. Os efeitos *ex nunc* existem, nessa linha, somente em caso de ser impossível reverter os efeitos fáticos decorrentes do contrato.

Contudo, o que se pode levantar contra a tese acima é que em nenhum momento a Constituição estabeleceu a irretroatividade dos efeitos do ato de sustação. Aliás, muito pelo contrário, pois a Lei Fundamental — ao prever o termo “sustação” (e não “invalidação”) para designar o fenômeno tratado nesta Seção II (a retirada por ilegalidade operada pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas) — pretendeu justamente atribuir efeitos distintos aos da invalidação. Enquanto esta seria, em regra, *ex tunc*, a sustação seria *ex nunc*.

Dois argumentos podem ser apresentados em abono a tal idéia. O primeiro é o

de que o art. 71, X, da Constituição da República prescreveu que o Tribunal de Contas está autorizado, caso o órgão controlado não adote as providências determinadas pelo Tribunal para recompor a legalidade (art. 71, IX), a “sustar a execução” dos atos unilaterais inválidos. Essa expressão transmite a idéia de que os efeitos do ato unilateral inválido devem ser encerrados a partir do pronunciamento da Corte de Contas.

A situação se assemelha ainda — e esse é o segundo argumento — à da extinção de lei declarada inconstitucional, em controle concreto, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, cabe a tal Corte comunicar o fato ao Senado, o qual deverá editar uma resolução com o objetivo de suspender a execução de tal diploma legal (art. 52, X, da Constituição). Atualmente, a doutrina majoritária postula que a resolução do Senado tem efeitos não retroativos. É bem verdade que uma das razões para tanto consiste no reconhecimento de discricionariedade ao Senado para deliberar sobre a conveniência e oportunidade na produção de tal resolução.³⁷⁵ Contudo, há outro apontamento, mais relevante: a preservação da segurança jurídica. A atribuição de efeitos retroativos à resolução do Senado levaria a uma instabilidade nas relações jurídicas (não impugnadas judicialmente) que foram firmadas sob a égide da lei declarada inconstitucional *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, os efeitos da resolução não são retroativos.

No caso, tendo em vista a semelhança nas situações, a sustação do contrato inválido operada pelo Poder Legislativo ou pela Corte de Contas também tem efeitos *ex nunc*. Também se procura, aqui, resguardar a segurança jurídica.

A questão, como se pode perceber, não é simples. Entretanto, tendo em vista a sistemática adotada pela Constituição em relação à matéria, tudo leva a crer que os efeitos *do ato de sustação* realmente são *ex nunc*. Note-se que a Lei Maior não conferiu ao Poder Legislativo ou ao Tribunal de Contas a prerrogativa de invalidar diretamente o contrato inválido.

Inclusive, no que se refere às Cortes de Contas, a Carta Magna não lhe atribuiu

³⁷⁵ Por todos, vide: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29 e ss.

em momento algum a competência para invadir, sem intervenção do Poder Judiciário, o patrimônio dos devedores do erário. É certo que, para assegurar a eficácia de suas decisões, a Constituição lhe conferiu algumas prerrogativas de cunho coercitivo (e não *coativo*), como a possibilidade de imposição de sanções e imputação de débito (art. 71, VIII, e § 3º). Todavia, não lhe possibilitou invadir diretamente a esfera jurídica de terceiros. Talvez a Lei Maior tenha procurado preservar a independência e a autonomia dos Poderes do Estado, vedando que órgão diverso do Poder Judiciário tomasse medidas tão drásticas.

Porém, é preciso salientar que o fato de o ato de sustação ter efeitos não retroativos não significa que os efeitos produzidos e interrompidos com tal ato não sejam eliminados desde o início. É que, ao se sustar o contrato, o Poder Legislativo ou o Tribunal de Contas deverá determinar que a Administração contratante extermine retroativamente tais efeitos. Essa extinção *ex tunc* dos efeitos do contrato inválido não decorrerá propriamente da sustação, mas do ato administrativo específico editado pela autoridade controlada destinado a cumprir a determinação do Poder Legislativo ou da Corte de Contas, conforme o caso.

É bom deixar claro que esse problema dos efeitos só se põe em relação a contratos inválidos em que seria possível reverter a situação ilícita, retornando as partes ao *status quo ante*. Quando isso for impossível, o problema não se põe, pois os efeitos (seja da invalidação, seja da sustação) serão necessariamente *ex nunc*.

Por fim, quanto aos efeitos patrimoniais, insta salientar que eles são os mesmos já apresentados no item 9 deste Capítulo. Isso se deve principalmente ao fato de que os seus requisitos não dependem propriamente do ato de invalidação ou de sustação, mas sim da celebração do contrato inválido. Esse é o fato jurídico que acarreta o dever de indenizar, seja por força da responsabilidade civil da Administração, seja em razão da vedação ao enriquecimento sem causa.

CAPÍTULO VI — SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Da existência, validade e eficácia das normas jurídicas

1.1. Neste trabalho, foi feita a distinção entre os termos “validade” e “existência”. Existência significa a relação de pertinência de uma norma com o sistema jurídico-positivo. Validade, por seu turno, representa a relação de conformidade de norma inferior com a norma superior. Assim, somente serão inválidas as normas jurídicas que, existentes no sistema, forem incompatíveis com as normas que lhes são superiores. Entretanto, as normas inválidas (portanto, existentes) permanecem no sistema até que sejam expulsas, de acordo com os critérios nele previstos para tanto.

1.2. Os critérios de identificação das normas jurídicas são compostos por regras de admissão e rechaço. Uma norma será admitida no sistema jurídico se: (a) for produzida validamente; (b) ainda que inválida, se for efetivamente observada pelos seus destinatários. Este último caso só é possível juridicamente porque esse é o suporte fático sobre o qual incide o princípio da segurança jurídica.

1.3. Por outro lado, uma norma deixará de existir juridicamente sempre que: (a) uma nova norma tenha como objeto justamente a sua eliminação; ou, (b) quando for impossível a produção dos seus efeitos (regras de rechaço).

1.4. A juridicização do fato — que se faz pela subsunção do suporte fático ao conceito previsto no antecedente normativo — consiste no fenômeno da *incidência* (ou *eficácia normativa*), a qual não ocorre de forma automática, porquanto o ser humano será necessário nesse processo de subsunção.

1.5. Como decorrência da eficácia normativa da norma jurídica sobre os fatos surge o fato jurídico. Por sua vez, esse leva à produção de *efeitos jurídicos*, os quais são de diversas ordens. Pode ser a formação de um *status pessoal*, ou a constituição, modificação e desconstituição de normas e relações jurídicas (em sentido estrito).

1.6. O contrato administrativo inválido — enquanto fato jurídico (ou seja,

suporte fático sobre o qual incidiu norma jurídica) — surte efeitos jurídicos específicos. Dentre eles, há o ato de convalidação, de conversão e de invalidação. Existe ainda o dever administrativo de se abster, que se traduz no saneamento.

2. Contrato administrativo: noções gerais

2.1. Neste trabalho, não se adota a tese de que o ato jurídico é uma manifestação *de vontade* produtora de efeitos, tendo em vista que a utilização do vocábulo “vontade” pode levar a resultados incompatíveis com os fundamentos de direito público.

2.2. A ciência do direito administrativo deve construir a teoria dos atos administrativos tão-somente a partir da teoria geral do direito. A aplicação do direito privado no campo dos atos administrativos é subsidiária, podendo ocorrer somente na ausência de previsão específica no direito público e, ainda assim, se for compatível com os fundamentos juspublicistas.

2.3. Ato e norma jurídica não se confundem, embora estejam diretamente relacionados. O ato jurídico nada mais é do que a manifestação sobre o qual o intérprete (tendo em vista o contexto normativo) produz a(s) norma(s) jurídica(s); é a declaração jurídica. Por isso, o ato administrativo, enquanto ato jurídico, não é *a* norma jurídica, mas sim o instrumento introdutor de normas jurídicas. Por vezes, apenas para facilitar a comunicação, é que se diz que o ato administrativo é norma jurídica.

2.4. Quando se diz que o ato jurídico é uma manifestação que serve de suporte para a produção de normas jurídicas, implicitamente se faz referência aos efeitos jurídicos. Isso porque o efeito jurídico nada mais é do que a decorrência da incidência da norma sobre o fato a que faz referência.

2.5. Num sentido amplo, o ato administrativo é o ato jurídico complementar à lei — e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição — editado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no âmbito de uma estrutura e regime hierárquicos, sujeito a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário. De forma mais

simples, ato administrativo é o ato jurídico emitido no exercício da função administrativa.

2.6. Se o fato jurídico que autoriza a produção do ato administrativo demandar uma só parte, então ele será unilateral. Todavia, quando tal fato requerer a manifestação de duas partes, ele será bilateral. É o caso do contrato administrativo.

2.7. O contrato, enquanto figura da teoria geral do direito, é o ato jurídico bilateral introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional.

2.8. Por sua vez, contrato administrativo é o ato administrativo bilateral introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes (sendo uma delas uma entidade da Administração Pública) e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional.

2.9. Quando se substitui a expressão genérica “ato jurídico” pela específica “ato administrativo”, evidencia-se o regime jurídico ao qual se submete o contrato administrativo. Tal regime, é bom lembrar, está marcado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público. Isso explica a razão pela qual a Administração detém determinadas “prerrogativas” (que, em verdade, são competências), as quais sequer precisam estar previstas no contrato. Elas decorrem da ordem jurídica, mais precisamente da Constituição e das leis. Assim, esses deveres-poderes somente podem exercidos com base e dentro dos limites traçados pelas normas constitucionais e legais.

2.10. Essa submissão do contrato administrativo ao direito administrativo faz com que se chegue à conclusão de que o regime jurídico de manutenção e de retirada dos contratos administrativos inválidos é basicamente o mesmo dos atos administrativos unilaterais inválidos.

2.11. A identificação do contrato administrativo como uma espécie de ato administrativo possibilita que aquele seja analisado a partir dos elementos e pressupostos criados para esse. Tal forma de encarar o contrato administrativo é bastante útil, tendo em vista que, conforme seja o vício específico do contrato administrativo, a consequência para a invalidade contratual será diversa.

2.12. Com base nas lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre o ato unilateral, pode-se dizer que o contrato administrativo possui os seguintes elementos: forma e conteúdo. Ademais, possui pressupostos de existência e de validade. São pressupostos de existência o *objeto* e a *pertinência à função administrativa*. Os pressupostos de validade são os seguintes: (a) pressuposto subjetivo (*sujeito*); (b) pressupostos objetivos (*motivo* e *requisitos procedimentais*); (c) pressuposto teleológico (*finalidade*); (d) pressuposto lógico (*causa*); (e) pressuposto formalístico (*formalização*).

2.13. No âmbito dos contratos administrativos, o conteúdo se identifica com as normas contratuais que estabelecem as prestações das partes. O objeto imediato consiste basicamente nessa prestação; já o objeto mediato é o bem jurídico sobre o qual versa a prestação.

2.14. No contrato administrativo, há uma dupla legitimação, porquanto são duas as partes necessárias para a elaboração da declaração jurídica. Num dos pólos, haverá sempre uma pessoa jurídica pertencente à Administração Pública, ou seja, alguém no desempenho de função administrativa. No outro, deverá figurar uma outra pessoa, que poderá ser tanto uma outra entidade administrativa como uma pessoa privada, natural ou jurídica.

Nesse último caso, a verificação da capacidade da parte contratual ocorrerá quando da fase de habilitação no processo administrativo pré-contratual (licitatório ou de contratação direta).

2.15. Como pressuposto objetivo do contrato, há o motivo que autoriza a Administração a contratar, que é a existência de uma necessidade pública a ser satisfeita. É a partir dessa necessidade que a Administração irá definir o objeto capaz de supri-la e os encargos que caberão ao contratado.

Ainda, em certas situações, deverão ser agregados outros elementos. É o que ocorre no âmbito da contratação direta, na qual, além da necessidade pública, é preciso que se demonstre que a circunstância fática configurada é aquela prevista nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, conforme o caso.

2.16. Outro pressuposto objetivo do contrato é a existência de requisitos

procedimentais prévios à contratação. A regra é que seja instaurada uma licitação, tal como determina o art. 37, XXI, e o art. 175, *caput*, da Constituição. Entretanto, por vezes, ela será afastada: são os casos de dispensa e inexigibilidade. Porém, mesmo na contratação sem licitação, não está afastada a realização de um processo administrativo pré-contratual.

2.17. Nos contratos administrativos, a finalidade será sempre a satisfação da necessidade pública. Note-se que a atuação administrativa em desconformidade com o fim representa desvio de poder, que ocorre se: (a) for buscada finalidade estranha ao interesse público; (b) for celebrado contrato em vista da finalidade pública, embora tenha sido adotada categoria diversa da legalmente estipulada para tanto.

2.18. A análise do pressuposto lógico do contrato administrativo passa pelo exame da compatibilidade do conteúdo do contrato com a necessidade concreta da Administração a ser satisfeita, tendo em vista a finalidade legal.

2.19. Quanto à formalização, os contratos deverão observar os termos do art. 60, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Em regra, o contrato administrativo verbal é ilícito, com exceção daqueles relativos a pequenas compras de pronto pagamento, quais sejam, as não superiores a 5% do valor previsto no art. 23, II, “a”, da Lei nº 8.666/93, feitas em regime de adiantamento (art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações). Ademais, o instrumento contratual deverá conter determinadas cláusulas, as quais se encontram previstas no art. 55 do mesmo diploma legal.

3. Da invalidade do ato e do contrato administrativo

3.1. Invalidade é a relação de desconformidade de norma inferior com a norma superior. Há, pois, um defeito nessa relação. A norma inferior apresenta uma incompatibilidade com a norma superior, seja no que se refere ao seu conteúdo, seja no que tange ao seu processo de produção.

3.2. Conforme seja o parâmetro de controle, uma norma jurídica poderá ser inválida por inconstitucionalidade ou por ilegalidade. A distinção é relevante juridicamente, porquanto o regime de desconstituição da norma será distinto.

3.3. Como os atos administrativos são complementares à lei, a regra será a invalidade por força da ilegalidade. Nesse sentido, o ato administrativo será inválido se for produzido e/ou se o seu conteúdo estiver em desconformidade com a lei. Por conseguinte, como o contrato administrativo é um ato administrativo bilateral, então aquele será inválido se estiver em desconformidade (formal e material) com o ato legislativo.

3.4. Uma das vantagens da perspectiva aqui adotada acerca da natureza do contrato administrativo reside na possibilidade de aplicar a teoria das invalidades dos atos administrativos. Isso significa que a sistematização referente aos atos administrativos inválidos é a mesma para os contratos administrativos.

3.5. Para proceder a uma classificação dos atos inválidos, o jurista deverá agrupar numa mesma categoria os atos viciados que trazem as mesmas conseqüências e diferenciar os que possuem efeitos distintos. O critério a ser adotado deve ser, portanto, o do regime jurídico.

3.6. Com base nisso, pode-se concluir que caberá ao direito positivo determinar quais são aquelas conseqüências, não havendo, portanto, uma regra geral que discipline a questão. Cada sistema jurídico terá um regime jurídico específico. Não se trata de matéria própria da teoria geral do direito. Isso significa que o direito positivo poderá, por meio de um ato de valoração, estabelecer as mesmas ou diferentes conseqüências para os atos inválidos. Logo, é possível existir uma só categoria de atos inválidos, duas, três ou mais.

3.7. O direito brasileiro prevê duas categorias de atos inválidos: os atos nulos e anuláveis. Eles se assemelham nos seguintes aspectos: (a) persistência de efeitos quanto aos terceiros de boa-fé, inclusive efeitos patrimoniais; (b) resistência (ativa ou passiva) dos administrados; (c) eliminação dos efeitos; (d) prazos decadenciais e prescricionais.

3.8. O critério decisivo para distinguir atos nulos dos anuláveis reside na possibilidade ou não de serem convalidados. Somente os atos anuláveis podem ser objeto de convalidação. Ademais, frise-se que tais atos se diferenciam também pelo fato de que só os atos nulos podem ser invalidados de ofício pelo juiz; nos atos

anuláveis, o juiz poderá invalidar apenas se o interessado argüir o vício.

3.9. Neste trabalho, defende-se que os atos inexistentes não são atos jurídicos, não veiculam normas *jurídicas*. Aqui, haverá um fato jurídico, consistente não propriamente *no* ato inexistente (na prescrição), mas sim na sua produção e no seu cumprimento por alguém. Enquanto situação indesejada pela ordem jurídica, a esse fato jurídico a ordem jurídica imputa efeitos (que não são próprios dos atos jurídicos, mas sim efeitos de índole penal, civil e administrativa). Todavia, ressalve-se que — quando os destinatários do ato, em função da sua ignorância, cumprirem os termos da norma por ele introduzida por entenderem que ela é válida — tal ato existirá para a ordem jurídica; entretanto, será nulo por vício de conteúdo.

3.10. Adota-se aqui o entendimento de que tanto a resistência ativa como a passiva podem ser opostas em relação aos atos inválidos, nulos ou anuláveis. A resistência será considerada como um ato de legítima defesa do administrado.

3.11. Há um plano abstrato, em que há a descrição da invalidade do ato que deve implicar conseqüências distintas, sintetizadas no dever do órgão competente de manter ou retirar o ato. Num plano concreto, há o fato jurídico da invalidade de certo ato e os efeitos jurídicos dele decorrentes, quais sejam: (a) convalidação; (b) conversão; (c) saneamento; (d) invalidação; (e) sustação pelo Poder Legislativo ou pelos Tribunais de Contas.

4. Da manutenção dos contratos administrativos inválidos

4.1. No que se refere à conservação de atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais), percebe-se que, por vezes, a Administração estará obrigada a tomar uma atitude ativa, ou seja, a editar um ato administrativo com esse fim. Tal fenômeno se chama “manutenção ativa de atos inválidos”, categoria que abarca a convalidação e a conversão.

4.2. Por outro lado, haverá situações em que a Administração não poderá tomar qualquer atitude, isto é, estará obrigada a se omitir quanto à eliminação do ato. Trata-se da manutenção passiva, que é composta apenas pelo saneamento.

4.3. O princípio da legalidade, que prevê a invalidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral), não determinará que a Administração sempre o retire do sistema jurídico. Em muitos casos, a retirada do ato inválido irá provocar um distúrbio indevido na estabilidade das relações constituídas, frustrando expectativas legítimas dos administrados. Em tais hipóteses, estará caracterizada a ofensa ao princípio da segurança jurídica, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição).

4.4. Em realidade, com base no princípio da segurança jurídica, pode-se afirmar que o direito positivo sempre busca manter os atos jurídicos inválidos, seja qual for o setor do direito. Trata-se do princípio da conservação dos atos jurídicos. Por força dele, antes de retirar o ato jurídico é preciso verificar se não é possível mantê-lo no ordenamento jurídico. A preservação do ato inválido será sempre a primeira medida a ser adotada em face da invalidade. A retirada só se põe quando for impossível a conservação do ato.

4.5. A manutenção dos atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais) é um dever jurídico que se põe para o órgão competente, o qual decorre dos princípios da legalidade e da segurança jurídica; ou, de modo mais sintético, do princípio da conservação dos atos jurídicos. Por isso, há vinculação, e não discricionariedade. Esta só existirá nos casos de atos discricionários com vício de competência; aqui, o agente público efetivamente titulado pelo sistema poderá, com base em critérios subjetivos, decidir pela convalidação ou pela invalidação.

4.6. A competência para editar os atos legislativos que disciplinarão as formas de manutenção dos atos unilaterais inválidos é de cada ente federativo. Contudo, no que se refere à conservação de contratos inválidos, tal competência cabe à União, por força do art. 22, XXVII, da Constituição. Apesar disso, não há na legislação nacional qualquer dispositivo sobre o tema.

4.7. É importante frisar que essa omissão não obriga os demais entes políticos a aplicar a Lei federal nº 9.784/99 pelo simples fato de ter sido produzida pela União. Em verdade, deverá ser utilizada, em primeiro lugar, a legislação específica de cada ente sobre licitações e contratos. Em caso de omissão dessa, a legislação de cada esfera

federativa sobre processo administrativo.

4.8. Convalidação é o ato administrativo concreto que visa a conservar o ato inválido e/ou seus efeitos. O ato de convalidação somente será cabível se: (a) tiver como pressuposto objetivo (motivo) a existência de um ato administrativo inválido; (b) for possível produzir validamente na atualidade o ato inválido (porque já o seria na época em que foi editado); (c) houver a possibilidade de retroação.

4.9. Em caso de ato administrativo inválido ineficaz (unilateral ou bilateral), a convalidação terá como objeto apenas o contrato (ou melhor, as normas jurídicas contratuais). Quando o ato for abstrato, a convalidação visará a conservar o próprio ato e seus efeitos. Em se tratando de atos concretos, defende-se que por vezes não apenas os efeitos do ato serão objeto de convalidação, mas sim o próprio ato inválido concreto. É o que ocorre no âmbito dos contratos administrativos, em que certas normas contratuais inválidas que ainda não incidiram são mantidas no sistema em razão da convalidação.

4.10. A convalidação não poderá ser levada a cabo quando: (a) houver o esgotamento da competência atual para agir, o que ocorre, por exemplo, no caso da impugnação judicial e da apreciação pelo Tribunal de Contas; (b) já tiver transcorrido o prazo decadencial; e, (c) o ato viciado for restritivo à esfera jurídica dos administrados, desde que tenha sido impugnado pelo interessado.

4.11. Para saber que atos (unilaterais ou bilaterais) são ou não convalidáveis, deverá o jurista analisar os elementos e pressupostos do ato administrativo. São convalidáveis os atos que possuem defeitos relacionados ao sujeito, à formalização e aos requisitos procedimentais (desde que a prática do ato não lhe retire a finalidade). Esses são os “defeitos sanáveis” a que faz referência o art. 55 da Lei federal nº 9.784/99.

4.12. O vício de sujeito, no âmbito dos contratos administrativos, tem relação apenas com a Administração Pública contratante, e não com o contratado. As condições pessoais deste último devem ser analisadas durante o procedimento pré-contratual. Logo, os vícios a ele relacionados acabam por tornar inválido tal procedimento (licitatório ou de contratação direta).

4.13. Neste trabalho, defende-se que os contratos administrativos com vícios de formalização (que não são os meramente irregulares) podem ser objeto de convalidação.

4.14. Se a invalidade da licitação não afetou a seleção isonômica da proposta mais vantajosa para Administração, o contrato dele decorrente pode ser convalidado. O mesmo pode ser dito em relação aos procedimentos de contratação direta.

4.15. Contratos administrativos com vício de motivo também não podem ser convalidados. Se não há necessidade pública a ser satisfeita com o contrato, então ele será inválido. Mais do que isso, ele será considerado um ato anti-econômico, em ofensa ao art. 70, *caput*, da Constituição de 1988.

4.16. O contrato administrativo com vício de conteúdo ou de objeto não pode ser convalidado. A repetição do ato não afastaria a invalidade. Eventualmente, pode haver a reforma do ato, que consiste, em última análise, na invalidação de normas que não disciplinam a obrigação principal.

4.17. Caso o contrato administrativo tenha sido firmado com o objetivo de satisfazer interesse pessoal de determinado servidor, não será possível convalidá-lo. Por outro lado, se não foi utilizado o tipo contratual previsto na ordem jurídica para satisfazer determinada necessidade pública (embora ela tenha sido buscada), será possível convertê-lo naquele de categoria adequada.

4.18. O vício de causa também macula irremediavelmente o contrato administrativo. Em regra, esse vício tem origem no processo licitatório, mais precisamente no ato convocatório. Isso, todavia, não autoriza o intérprete a supor que se trata de vício de procedimento em que há prejuízo à sua finalidade. Na verdade, uma vez celebrado o contrato, o edital passa a fazer parte do contrato, isto é, as normas lá constantes passam a ser normas contratuais. Logo, o vício de causa reside no próprio contrato.

4.19. A conversão consiste no ato administrativo que aproveita, com efeitos *ex tunc*, o ato inválido (unilateral ou bilateral) em outra categoria, essa sim legítima para atingir o fim objetivado originalmente. Será cabível quando: (a) procurou-se, por meio do contrato de categoria inadequada, realizar uma finalidade pública; (b) o contrato

inválido tiver os mesmos elementos e pressupostos previstos para a produção do ato a ser convertido; (c) for possível a eficácia retroativa.

4.20. O saneamento consiste no efeito jurídico que tem como finalidade preservar os atos inválidos e/ou seus efeitos, sem que a Administração venha a adotar qualquer conduta tendente a preservá-los ativamente ou a retirá-los.

4.21. O saneamento terá lugar quando: (a) houver ato do particular que tenha faltado para conferir validade à decisão administrativa anteriormente tomada, desde que aquele expresse a intenção de fazê-lo retroagir; (b) o prazo decadencial tiver se esaurido; (c) a retirada do ato inválido causar maiores gravames ao interesse público do que a sua manutenção no sistema.

4.22. Nesta dissertação, está-se ao lado daqueles que defendem a natureza decadencial do prazo que a Administração possui para invalidar seus atos. O Poder Público, ultrapassado o lapso temporal decadencial, estará livre de seu encargo, estando impedido de tomar qualquer atitude positiva (seja de retirada, seja de manutenção) relativa ao ato inválido.

4.23. Em relação aos contratos administrativos, não há na Lei nº 8.666/93 dispositivo que prescreva o prazo de decadência para a Administração invalidá-los. Em vista dessa omissão, deverá ser aplicado o previsto na legislação de cada ente político sobre licitações e contratos. Se essa também for lacunosa, deverá ser utilizado o prazo previsto nas leis de processo administrativo de cada esfera federativa.

4.24. No âmbito federal, tal prazo se encontra no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Se o contratado tiver atuado de má-fé, deverá ser aplicado, por analogia, o maior prazo previsto no Código Civil de 2002, que é de dez anos. Neste ponto, as lições de MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES são acolhidas.

4.25. Há casos em que a retirada do ato inválido (unilateral ou bilateral) trará maiores prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção no sistema jurídico. Aliás, isso é bastante comum em relação a contratos inválidos. Quando isso ocorrer, o ato inválido deverá ser conservado.

Em relação à hipótese levantada, se houver dúvida quanto à retirada ou à manutenção (passiva) do contrato inválido tendo em vista a indeterminação dos

conceitos normativos, caberá ao órgão competente conservar o ato administrativo inválido (unilateral ou bilateral). Isso porque, em razão do princípio da conservação dos atos jurídicos (que é uma decorrência do princípio da segurança jurídica), deverá o aplicador optar pela preservação do ato inválido.

5. Da retirada dos contratos administrativos inválidos

5.1. Os atos administrativos bilaterais serão extintos (a) se não for mais possível produzir efeitos, ou (b) em razão da retirada operada por outro ato jurídico.

A extinção decorrente da impossibilidade de produção de efeitos de um ato bilateral terá lugar se houver: (a.1) o esgotamento do conteúdo; (a.2) a sua execução material; (a.3) o implemento de condição resolutiva ou de termo final; (a.4) o desaparecimento do sujeito ou do objeto; (a.5) a denúncia.

A retirada de um ato bilateral consiste nos seguintes atos jurídicos: (b.1) invalidação; (b.2) sustação pelo Poder Legislativo ou pelos Tribunais de Contas; (b.3) caducidade (no mesmo sentido utilizado para os atos unilaterais); (b.4) rescisão administrativa unilateral: (b.4.1) por inadimplemento do contratado³⁷⁶; (b.4.2) por conveniência administrativa³⁷⁷; (b.5) rescisão judicial; (b.6) rescisão amigável; (b.7) contraposição (ou derrubada).

5.2. A invalidação consiste no ato jurídico estatal, unilateral e concreto que visa à retirada dos atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais) e/ou seus efeitos. A invalidação é uma sanção jurídica.

5.3. O dever de invalidar se funda no princípio da legalidade. Trata-se de dever jurídico, e não direito subjetivo da Administração. Esta não pode escolher, fundada em critérios subjetivos, se invalida ou não um dado ato, salvo no caso do ato discricionário com vício de competência.

5.4. As hipóteses de manutenção dos atos inválidos (quais sejam, convalidação, conversão e saneamento) e a inexistência de competência atual são

³⁷⁶ Nas concessões de serviço público, esta hipótese de extinção recebe o nome de caducidade.

³⁷⁷ Lembre-se que nas concessões de serviço público a situação citada corresponde à encampação.

“barreiras” ao dever de invalidar.

5.5. O ato de invalidação tem caráter constitutivo (negativo): ele retira do mundo jurídico o ato inválido e/ou seus efeitos jurídicos, conforme o caso. É sempre necessário que um órgão legitimado pelo sistema atue desse modo para que o ato inválido (e/ou seus efeitos) deixe de existir juridicamente.

5.6. O pressuposto de fato para a edição do ato de invalidação é a invalidade do ato administrativo (unilateral ou bilateral). Essa invalidade pode ser constituída quando da prática do próprio ato de invalidação ou em momento anterior.

Ademais, não é qualquer tipo de vício de legalidade que leva à invalidação, mas somente os vícios de conteúdo, de objeto, de motivo, de finalidade (desde que a conversão não seja possível), de causa e de procedimento (com desvirtuamento do seu fim).

5.7. A leitura do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93 — o qual prescreve que a “nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato” — não pode confundir o intérprete, fazendo-o acreditar que é a licitação o objeto da invalidação, o que acarretaria, como mera consequência, a extinção do ajuste. Não é essa a inteligência do dispositivo. Em realidade, invalida-se o contrato em função de vícios ocorridos durante a licitação.

5.8. No que tange ao contrato ineficaz, o objeto da invalidação consistirá na eliminação do próprio contrato viciado, ou melhor, das normas jurídicas contratuais por ele introduzidas.

Em se tratando de contrato inválido eficaz, há que se diferenciar o caso do contrato em execução e o já executado. Quando o contrato estiver sendo executado, além das normas contratuais, a invalidação eliminará os efeitos jurídicos decorrentes do contrato. O contratado, por exemplo, não estará mais obrigado a cumprir as prestações que lhe cabem. Note-se que, conforme a natureza do contrato, será possível retornar totalmente ao estado inicial em que as partes se encontravam.

No caso de contrato viciado já executado e não pago pela Administração, o objeto da invalidação residirá tanto nas normas inválidas ainda existentes (exemplo: aquela que obriga o pagamento em caso de adimplemento) como nos efeitos jurídicos

próprios do contrato.

Se o contrato inválido já tiver sido concluído, havendo inclusive o pagamento integral pela Administração, deverá ser analisada a possibilidade de ser reverter os efeitos fáticos gerados. Se for possível, a invalidação buscará desconstituir tais efeitos, fazendo com que as partes retornem ao *status quo ante*.

5.9. A invalidação é um ato jurídico que pode ser editado tanto no exercício de função administrativa, como no desempenho de função jurisdicional. Administração Pública e Poder Judiciário estão habilitados pelo sistema a promover a invalidação de um ato administrativo viciado e/ou de seus efeitos.

No âmbito da função administrativa, o órgão deverá ter competência atual para invalidar. Por vezes, ele não terá mais competência para declarar a invalidade e tampouco a invalidação. É o que ocorre quando o ato está sujeito a controle jurisdicional.

5.10. Num Estado Democrático de Direito, o exercício da autotutela está limitado formalmente pelo dever de se instaurar o procedimento administrativo invalidador. Desse modo, a leitura da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal não pode levar o intérprete a entender que o devido processo legal é dispensável.

5.11. Os atos administrativos inválidos (unilaterais e bilaterais) também são fontes de efeitos. Enquanto não houver a pronúncia da sua invalidade, as normas por ele veiculadas existem no sistema jurídico e incidem sobre os casos a que fazem referência, tendo em vista que elas têm presunção de validade.

Por isso, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal — ao prever que os atos com vícios de legalidade podem ser invalidados pela Administração, “porque deles não se originam direitos” — não foi feliz nesse ponto. Mas, é possível interpretar esse texto do seguinte modo: “porque deles não *deveriam* se originar direitos”.

5.12. O ato de invalidação — como mecanismo previsto no ordenamento jurídico para reparar ofensas ao princípio da legalidade — procura eliminar os efeitos produzidos com o ato desde o seu nascedouro. Assim, num primeiro momento, pode-se afirmar que os efeitos da invalidação são retroativos (*ex tunc*), pois o órgão competente estará obrigado desconstituir a relação jurídica originada com o ato

inválido.

Entretanto, ressalte-se que, em se tratando de atos unilaterais ampliativos à esfera jurídica dos administrados que atuaram de boa-fé, os efeitos do ato invalidador serão *ex nunc*. Admitir a retroatividade, nesse caso, poderá resultar em ofensa à segurança jurídica.

5.13. A invalidação dos contratos administrativos tem, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93, efeitos *ex tunc*.

Todavia, é possível que os efeitos do ato de invalidação dos contratos sejam *ex nunc*, o que ocorrerá quando for impossível devolver as prestações já executadas pelas partes, ou seja, quando não for faticamente possível retornar ao *status quo ante*.

5.14. O dever da Administração de indenizar o particular em razão da celebração do contrato inválido pode ter fundamento em duas normas distintas, conforme seja o caso concreto: (a) o princípio da responsabilidade objetiva da Administração em razão de seus atos; e, (b) o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

5.15. Se um contrato foi objeto de invalidação e, em decorrência da invalidade do ajuste, o contratado que atuou de boa-fé e sem culpa sofreu um dano, a Administração contratante estará obrigada a indenizá-lo, tal como determina o art. 37, § 6º, da Constituição da República.

5.16. A indenização será composta pelos danos emergentes (o que inclui a remuneração do particular pelo que já executou) e pelos lucros cessantes. O art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 não pode ser interpretado de forma a excluir o pagamento dos lucros cessantes. Aliás, o próprio dispositivo legal deixa isso claro, ao prever que também haverá indenização em relação “aos prejuízos regularmente comprovados”. Essa cláusula impede que o dispositivo seja considerado ofensivo ao art. 37, § 6º, da Constituição de 1988.

5.17. Por evidente, se qualquer dos requisitos necessários à configuração da responsabilidade objetiva da Administração — como a ausência de dano do particular e a sua culpa na formação do vício — não se configurar em dado caso concreto, não caberá a indenização com base no art. 37, § 6º, da Constituição.

5.18. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa terá lugar quando houver: (a) o empobrecimento de uma parte o enriquecimento de outra; (b) nexos entre o empobrecimento e o enriquecimento; (c) ausência de causa, ou seja, de norma jurídica válida que legitime aquela relação; (d) inexistência de outros meios jurídicos destinados a recompor o dano (subsidiariedade). Além disso, o empobrecido não poderá ter atuado de má-fé.

5.19. A celebração de contratos administrativos inválidos pode majorar indevidamente o patrimônio da Administração, acarretando o empobrecimento do ex-contratado. A invalidade do contrato se traduz na ausência de título jurídico legítimo para justificar o enriquecimento do Poder Público.

Em vista do caráter subsidiário do princípio da proibição do locupletamento indevido, ele será aplicável quando o ex-contratado tiver atuado com culpa em sentido estrito na formação do vício. Se houve má-fé desse, o princípio em tela não incide.

5.20. O valor da indenização deverá corresponder, no caso da vedação ao enriquecimento sem causa, ao benefício auferido pela Administração com o contrato inválido, o que inclui o lucro pelo que já foi executado. Aliás, se não foi iniciada a execução do contrato, não há que se falar na incidência da norma em tela, pois não houve qualquer enriquecimento do Poder Público.

Ainda, quanto aos lucros cessantes, eles também não serão devidos, tendo em vista que eles não se relacionam com o enriquecimento da Administração.

5.21. A aplicação *autônoma* do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ao caso dos contratos inválidos é menos freqüente. A regra será a incidência do princípio da responsabilidade objetiva da Administração. Isso se deve, primeiramente, ao caráter subsidiário do princípio da proibição ao locupletamento indevido. Em segundo lugar, tendo em vista o dever jurídico da Administração de zelar pela legalidade da contratação, há uma certa dificuldade em se localizar a culpa do particular na formação do vício. Frise-se que não se está afirmando ser rara a aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa. Apenas se assevera a sua menor incidência *direta* à situação dos contratos inválidos, se comparada com a responsabilidade objetiva.

5.22. Os Tribunais de Contas não fazem parte de qualquer dos demais Poderes do Estado. Tal como o Ministério Público, é órgão que faz parte diretamente da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme o caso.

5.23. No desempenho de suas tarefas constitucionais, os Tribunais de Contas não exercem função jurisdicional, mas sim função administrativa. Logo, sua atividade é infralegal e submetida a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.

Desse modo, em função da natureza administrativa de suas atividades, as Cortes de Contas não realizam apenas o controle da observância do regime jurídico-administrativo pelos órgãos e entidades controladas. Ele próprio, Tribunal de Contas, está sujeito a tal regime para a tomada de suas decisões.

5.24. Há fundamentos jurídicos para a realização, pelos Tribunais de Contas, de um amplo controle da validade dos atos administrativos (unilaterais ou bilaterais). A invalidade de um ato não precisa ser constituída apenas com base na ofensa à legalidade: há ainda o controle de legitimidade (que, em última análise, abarca todos os demais princípios da Administração Pública) e da economicidade (que, incorporado à Constituição, também é um critério *jurídico* de controle).

5.25. As Cortes de Contas têm competência para declarar a invalidade dos atos e contratos administrativos ilegais, ilegítimos e anti-econômicos (art. 71, IX, da Constituição de 1988). E, uma vez constituída essa invalidade, não lhe é aberta qualquer possibilidade de escolha subjetiva acerca da providência a ser tomada; ele não possui discricionariedade no exercício de suas atividades finalísticas, pois se trata de um órgão técnico no exercício de função administrativa. O Tribunal de Contas, ao decidir sobre a invalidade de um ato administrativo (unilateral ou bilateral), deverá exigir que o órgão controlado adote exatamente a medida requerida pela ordem jurídica para aquele caso, que consistirá, dentre outros efeitos, na manutenção e na invalidação. Do contrário, a própria decisão da Corte poderá ser considerada inválida pelo Poder Judiciário, caso esse venha a ser provocado pelo interessado.

5.26. Embora o Poder Legislativo tenha a competência para sustar o contrato administrativo, não lhe cabe apontar se esse é inválido ou não. Isso já foi feito pela Corte de Contas. Se Parlamento sustar um contrato sem a prévia declaração da

invalidade pelo Tribunal, o órgão legislativo estará atuando além das atribuições que a Constituição lhe outorgou, ou seja, haverá desvio de poder.

5.27. A decisão do Tribunal de Contas acerca da invalidade do contrato vincula o Poder Legislativo: este não pode realizar um juízo político acerca da sustação ou não do contrato. Cabe-lhe, tão-somente, comunicar o Poder Executivo (para que esse adote as providências cabíveis) e editar o ato de sustação. Como reforço a essa tese, basta salientar que, exaurido o lapso temporal de 90 dias, caberá ao Tribunal de Contas sustar o contrato. Isso significa que o constituinte desejou que fosse dada efetividade ao pronunciamento do Tribunal acerca da invalidade do contrato.

5.28. Apesar de o art. 71, § 1º, da Constituição não apontar quais serão as “medidas cabíveis” a cargo do Poder Executivo, é possível dizer que se trata da edição do ato de invalidação, em se tratando de órgão pertencente à sua estrutura administrativa. Contudo, tal providência não é cabível em relação aos contratos inválidos celebrados pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público; nesse caso, em vez de comunicar o Poder Executivo, o Parlamento deverá comunicar o Judiciário e o Ministério Público, a fim de que adotem as “medidas cabíveis”. Em relação às pessoas pertencentes à Administração indireta, serão adotadas pelo Poder Executivo apenas as condutas previstas em lei, de acordo com a amplitude do controle (tutela) que realiza sobre tais entidades.

Pode-se cogitar, como uma medida cabível a cargo do Poder Executivo, a execução judicial dos valores eventualmente devidos pelas pessoas que causaram lesão ao erário, ou ainda a imposição de sanção disciplinar aos servidores responsáveis pela invalidade, desde que pertencentes à sua estrutura administrativa.

5.29. Caso o Poder Legislativo e o Executivo não adotem as condutas requeridas pela ordem jurídica para eliminar o contrato inválido, o Tribunal de Contas determinará a sua sustação. Essa é a interpretação que deve ser dada ao art. 71, § 2º, da Constituição da República.

5.30. As condições para a produção do ato de sustação pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas são praticamente as mesmas da invalidação. A diferença

reside apenas no fato de que a sustação só terá lugar quando o órgão competente para invalidar descumprir esse dever (o que, certamente, lhe trará conseqüências gravosas). Por tal motivo, é juridicamente inviável que um contrato administrativo inválido objeto de sustação volte a ser executado. O vício é de tal monta que a sua manutenção no sistema jurídico não é mais cabível.

Por conseguinte, um contrato objeto de sustação não mais produzirá efeitos jurídicos. Ele jamais incidirá novamente no plano dos fatos, restaurando a relação jurídica obrigacional. É evidente que desse fato jurídico (invalidade do contrato objeto de sustação) surtirão efeitos, que serão os mesmos decorrentes do fato jurídico da invalidação do contrato, notadamente os patrimoniais. Porém, o contrato inválido (ou melhor, as normas contratuais inválidas veiculadas por tal declaração jurídica) não terá mais aptidão para incidir, isto é, o contrato não terá mais eficácia normativa. Logo, com o ato de sustação, torna-se impossível a eficácia jurídica.

5.31. Invalidação e sustação do contrato inválido se aproximam em vários aspectos. Ambos são atos unilaterais de retirada. Ainda, assemelham-se quanto: (a) ao motivo que enseja a prática do ato; (b) ao seu objeto; (c) aos efeitos patrimoniais.

5.32. Por outro lado, afastam-se no que tange aos sujeitos, pois a sustação será realizada apenas pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas.

Quanto aos efeitos do ato de sustação, tendo em vista a sistemática adotada pela Constituição em relação à matéria, tudo leva a crer que eles são *ex nunc*. Note-se que a Lei Maior não conferiu ao Poder Legislativo ou ao Tribunal de Contas a prerrogativa de invalidar diretamente o contrato inválido.

Porém, é preciso salientar que o fato de o ato de sustação ter efeitos não retroativos não significa que os efeitos produzidos e interrompidos com tal ato não sejam eliminados desde o início. É que, ao se sustar o contrato, o Poder Legislativo ou o Tribunal de Contas deverá determinar que a Administração contratante extermine retroativamente tais efeitos. Essa extinção *ex tunc* dos efeitos do contrato inválido não decorrerá propriamente da sustação, mas do ato administrativo específico editado pela autoridade controlada destinado a cumprir a determinação do Poder Legislativo ou da Corte de Contas, conforme o caso.

É bom deixar claro que esse problema dos efeitos só se põe em relação a contratos inválidos em que seria possível reverter a situação ilícita, retornando as partes ao *status quo ante*. Quando isso for impossível, o problema não se põe, pois os efeitos (seja da invalidação, seja da sustação) serão necessariamente *ex nunc*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 4. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2002.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: BOSCH, 1970. Tomo I.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 2. tir. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, nº 05. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fevereiro/março/abril, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Pressupostos da licitação. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 98, Curitiba: Zênite, abril, 2002, p. 236-241.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 32, Curitiba: Zênite, outubro, 1996, p. 740-751.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 1.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris: Sirey, 1926.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. 6. reimp. atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1997. Tomo I.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Estudos de direito administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. Tatiana Mendes Cunha (coord.) São Paulo: Max Limonad, 1996.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Saraiva, 1939.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Contratação direta, sem adequada observância de requisitos procedimentais, e a possibilidade de regularização. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 29, Curitiba: Zênite, julho, 1996, p. 484-487.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. Volume I.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. Tomo 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

COSTALDELLO, Angela Cassia. Entidades privadas que recebem recursos públicos: necessidade de licitar. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 82, Curitiba: Zênite, dezembro, 2000, p. 988-990.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular

seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, abril/maio/junho, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2007

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*, nº 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1987, p. 46-63.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de direito administrativo*, nº 231, Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março, 2003, p. 47-66.

_____. A execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Volume 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 85.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. *As leis do processo administrativo (Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98)*. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (coords.) São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GASPARINI, Diogenes. Extinção, sustação e suspensão do contrato administrativo. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 125, Curitiba: Zênite, julho, 2004, p. 609-621.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2002. Tomo 1.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003. Tomo 2.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2002. Tomo 3.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 3. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

GUIMARÃES, Edgard. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. Tomo III.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005,

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Frank; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1983. Tomo I.

LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de direito administrativo*, nº 231, Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março, 2003, p. 93-115.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 7. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

MENDES, Renato Geraldo. Aspectos fundamentais do contrato administrativo — relação entre encargos e remuneração. *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 155, Curitiba: Zênite, janeiro, 2007, p. 5-18.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Tomo V.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo IV.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. Volume II.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista eletrônica de direito do Estado*, nº 05. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25 de julho de 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 3. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, nº 60. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril/junho, 1960, p. 16-26.

_____. Eficácia do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, nº 61. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/setembro, 1960, p. 15-41.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. 11. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PONDÉ, Lafayette. O ato administrativo, sua perfeição e eficácia. *Revista de direito administrativo*, nº 29. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/setembro, 1952, p. 16-21.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, nº 6. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, outubro, 1946, p. 41-78.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 77

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

_____. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Volume 3.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Atenas: Collection de L'Institut Français D'Athènes, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Pode o Legislativo sustar contrato administrativo (CF, art. 71, § 1º) sem a prévia decretação da ilegalidade pelo Tribunal de Contas? *Revista zênite de licitações e contratos — ILC*, nº 29, Curitiba: Zênite, julho, 1996, p. 488-490.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: P.U.F., 1984.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milão: Giuffré, 1972.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)