

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

A PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Curitiba
2006

DIOGO SALOMÃO HECKE

A PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier.

Co-orientador: Doutorando Fernando Vernalha Guimarães.

Curitiba
2006

DIOGO SALOMÃO HECKE

A PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

De acordo:

Prof. Pedro Henrique Xavier
Orientador

Curitiba, 29 de setembro de 2006.

TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO SALOMÃO HECKE

A PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador : _____
Prof. Pedro Henrique Xavier.

Co-orientador: _____
Doutorando Fernando Vernalha Guimarães.

Examinador: _____
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho.

Curitiba, 23 de outubro de 2006.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
INTRODUÇÃO.....	1
1 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	3
1.1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	3
1.2 ATO ADMINISTRATIVO.....	4
1.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	4
2 QUADRO TEÓRICO DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	10
2.1 PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.....	10
2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS INVALIDADES SEGUNDO A DOCTRINA BRASILEIRA	11
2.2.1 A posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.....	13
2.2.2 A posição de Miguel Seabra Fagundes.....	13
2.2.3 A posição de Hely Lopes Meirelles.....	14
2.2.4 A posição de Antônio Carlos Cintra do Amaral.....	14
2.2.5 A posição de Miguel Reale.....	15
2.2.6 A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	17
2.2.7 A posição de Weida Zancaner.....	18
2.2.8 A posição de Marçal Justen Filho	19
2.3 IDENTIFICAÇÃO E REGIMES JURÍDICOS DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	20
2.3.1 Inexistência.....	22
2.3.2 Nulidades e anulabilidades.....	23
2.3.3 Meras irregularidades.....	25
3 AS CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DA CONSTATAÇÃO DE VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	27
3.1 INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS.....	27
3.1.1 Conceito de invalidação.....	28
3.1.2 Sujeitos ativos da invalidação.....	29
3.1.3 Objeto e motivo da invalidação.....	31
3.1.4 A invalidação e a observância do devido processo legal.....	32
3.1.5 A invalidação derivada.....	33
3.2 PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS.....	34
3.2.1 Convalidação.....	34
3.2.1.1 <i>Limites à convalidação.....</i>	<i>36</i>
3.2.1.2 <i>Ausência de discricionariedade na decisão de invalidação e de convalidação.....</i>	<i>37</i>
3.2.2 Saneamento pelo particular.....	40
3.2.3 Ratificação e confirmação.....	41
3.2.4 Conversão e revalidação.....	41
3.2.5 A estabilização dos efeitos do contrato administrativo viciado.....	42
3.2.6 A incidência de prazos extintivos.....	45
3.2.6.1 <i>Prescrição da pretensão do administrado de provocar a invalidação do contrato..</i>	<i>46</i>

3.2.6.2 <i>Decadência da possibilidade de a Administração Pública invalidar o contrato.....</i>	47
3.2.7 A invalidação com efeitos não retroativos	50
4 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS	
ADMINISTRATIVOS VICIADOS.....	52
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	52
4.2 PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA..	54
4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	58
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

RESUMO

O presente trabalho objetivou demonstrar os fundamentos jurídicos da preservação dos contratos administrativos produzidos em desconformidade com a ordem normativa. A partir da classificação das invalidades proposta pela doutrina administrativista nacional para os atos administrativos em sentido estrito, apresenta a tipologia dos vícios que maculam especificamente os contratos administrativos. Distingue, desse modo, os contratos viciados em inexistentes, anuláveis, nulos e meramente irregulares em virtude da gradação da intensidade da repulsa que a avença defeituosa sofre pelo Direito. Após, o estudo expõe as conseqüências jurídicas que podem decorrer da constatação de um vício na relação contratual administrativa. Em um primeiro momento aborda o instituto da invalidação e, em seguida, discorre a respeito das formas de preservação do contrato administrativo viciado. É a partir da invocação dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da boa-fé que se busca fundamentar a possibilidade da convalidação dos contratos administrativos eivados de vícios, da estabilização em virtude da incidência de prazos extintivos e da própria primazia da convalidação frente à invalidação. Nesse intuito, o trabalho encerra-se justamente com a investigação do papel que desempenham os mencionados princípios na preservação do contrato administrativo viciado.

Palavras-chaves: Contratos administrativos; Vícios de legalidade; Invalidação; Convalidação; Princípios gerais do Direito.

INTRODUÇÃO

A invalidação do contrato administrativo ante a constatação de que a avença foi produzida ao arrepio da lei não mais se sobrepõe de forma automática às demais alternativas jurídicas disponíveis.

Por muito tempo, a doutrina entendeu que o ato administrativo praticado com vício seria nulo e dele não poderiam surtir quaisquer efeitos. Entretanto, após esta primeira fase, passou-se a identificar uma gradação nas reações do Direito diante das diferentes hipóteses de ilegalidade. A solução que pregava a completa invalidação passa a conviver com a possibilidade da convalidação e até mesmo da pura e simples manutenção do ato viciado.

O dever de invalidar ganha limites, na medida em que surgem fundamentos jurídicos para a preservação do contrato administrativo padecente de vício. Em que pese a invalidação do contrato viciado obedecer ao princípio da estrita legalidade, a invocação de outros princípios gerais do Direito, como a segurança jurídica e a boa-fé, demonstra que muitas vezes os preceitos maiores do ordenamento coadunam-se com a preservação da avença defeituosa e não com sua desconstituição.

A própria existência de um Estado Democrático de Direito não se harmoniza com a tomada de soluções radicais por parte da Administração Pública. É inaceitável que o co-contratante particular tenha seu contrato invalidado e, conseqüentemente tenha que arcar com prejuízos que daí possam advir, em razão de irregularidades cometidas pelo Poder Público, para as quais o administrado sequer concorreu.

Mostra-se visível a inaplicabilidade das soluções tradicionais em um sistema jurídico republicano e democrático. Os próprios princípios consagrados na Constituição de 1988 fomentam uma releitura das concepções autoritárias do Poder Público. Não foi por outra razão que as noções peculiares de um Estado absolutista passaram a ser objeto de intensa revisão por parte da doutrina.

Cumprе ressaltar, no entanto, que tal evolução doutrinária não se compagina, como alguém poderia supor, com a desmedida prática de irregularidades. Nos casos de conservação da avença viciada, não é descartada a punição dos agentes públicos responsáveis pela atuação reprovável. Além disso, não resta olvidada a análise da eventual culpa concorrente do particular.

É neste contexto que o presente trabalho se propõe a demonstrar em quais

circunstâncias ocorrerá a preservação dos contratos administrativos viciados. Em verdade, procurar-se-á investigar os fundamentos pelos quais os contratos produzidos em desconformidade com a ordem normativa podem continuar a produzir os efeitos para os quais foram estipulados.

Para tanto, a estrutura do presente trabalho é dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo visa a delimitar a porção da atividade administrativa que o estudo tem como o foco. Apresenta-se, assim, um breve panorama acerca da figura dos contratos administrativos com a caracterização, em especial, dos seus elementos constitutivos e de suas formalidades.

Já no capítulo segundo delinea-se o quadro teórico dos vícios que maculam tal relação jurídica bilateral. É analisada a distinção acerca dos planos da existência, validade e eficácia efetuada pela Teoria Geral do Direito, bem como exposta a classificação das invalidades proposta pela doutrina administrativista nacional. Em seguida, procura-se examinar a questão acerca das nulidades que afetam especificamente os contratos administrativos.

Apresentada a classificação dos tipos de nulidades que podem atingir tais avenças, arrola-se, no capítulo terceiro, as conseqüências decorrentes da constatação de um vício no contrato administrativo. Cuida-se, nesse ponto, das características essenciais atinentes ao instituto da invalidação e, em contraposição, das formas de preservação dos contratos administrativos viciados admitidas pelo Direito.

Por fim, no quarto e último capítulo é investigada a incidência dos princípios jurídicos da legalidade, da segurança jurídica e da boa-fé na atividade administrativa a fim de demonstrar o papel que estes exercem a favor da manutenção das relações contratuais celebradas pela Administração Pública.

Encerra-se o estudo com a relação das principais conclusões que se obteve.

1 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

As funções estatais, em nosso tempo histórico, compreendem a função administrativa, a jurisdicional e a legislativa. O estudo do contrato administrativo pressupõe a análise, ainda que superficial, da função administrativa. Aliás, como o Direito Administrativo é o ramo do Direito que disciplina justamente o exercício dessa função, qualquer pesquisa nesta seara deve partir necessariamente dessa primeira observação.¹

De início, pode-se afirmar que o conteúdo da função administrativa é o mais indefinido dentre as funções estatais. Abrange tanto a atuação material da Administração nos casos concretos a ela apresentados, quanto a decisão de litígios em processos administrativos e a formulação de normas gerais, como os regulamentos e as instruções.²

Em que pese a heterogeneidade de seu conteúdo,³ a função administrativa pode ser definida como a atividade desempenhada pelo Estado, ou quem faça suas vezes, dentro de uma estrutura hierárquica, destinada a satisfazer os interesses públicos previstos na lei, mediante manifestações infralegais e submetidas ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.⁴

Desde já, denota-se que a principal característica da função administrativa é a infralegalidade. É assim, pois as prerrogativas que são outorgadas à Administração Pública somente podem funcionar como um instrumento para a promoção do interesse público, que é definido pela lei.

¹ Augustín GORDILLO afirma que o conceito de função administrativa é o ponto de partida para se encontrar a definição de ato administrativo e classificar noções como regulamento e contrato administrativo. Assevera o autor que: "La definición a ofrecerse debe entonces responder a una adecuada metodología y a una satisfactoria sistematización de la realidad del régimen jurídico de la función administrativa, pues las definiciones y clasificaciones han de servir para explicar su funcionamiento". (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. X-1).

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 28.

³ A dificuldade em se definir o que é função administrativa decorre justamente da heterogeneidade e extensão do seu conteúdo, conforme expõe Marçal JUSTEN FILHO. Este autor ressalta ainda que "o conceito de função administrativa adotado pelo direito positivo brasileiro não é resultado apenas da lógica e da razão, mas deriva da evolução histórica e de razões de ordem política". (*Curso...*, p. 28).

⁴ Os mesmos elementos apresentados neste conceito estão presentes nas definições de função administrativa propostas por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, p. 34) e Daniele Coutinho TALAMINI (*Revogação do ato administrativo*, p. 22).

1.2 ATO ADMINISTRATIVO

Conforme já afirmado, a atividade administrativa se desenvolve mediante manifestações infralegais, ou seja, através da concretização de comandos presentes no texto legal. No entanto, a aplicação da lei a um caso concreto decorre da edição de um ato administrativo, haja vista que a administração não pode executar a lei de forma direta.

O ato administrativo em sentido amplo pode ser definido como “a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.⁵

Neste conceito lato, estão compreendidos os atos unilaterais gerais e abstratos, os atos unilaterais concretos (sentido estrito) e os contratos administrativos.

Para se chegar à definição de ato administrativo em sentido estrito, basta agregar ao conceito de ato administrativo em sentido lato as características de unilateralidade e concreção.

Por sua vez, os atos gerais e abstratos, como os regulamentos e instruções, são atos normativos expedidos sem destinatários determinados. Alcançam toda a coletividade de sujeitos que se encontra na mesma situação fática estipulada por seus preceitos.

Diferem tanto dos atos administrativos em sentido estrito, quanto dos atos normativos, os atos convencionais, também chamados de contratos administrativos, os quais serão analisados a seguir.

1.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Com a redução do autoritarismo estatal e a instauração do Estado Democrático de Direito, o contrato tornou-se o instrumento jurídico de maior importância para o ente público na obtenção de bens ou serviços dos particulares.⁶

A manifestação da vontade administrativa que ocorria principalmente através do ato administrativo na Época Liberal passa agora a ser veiculada por meio dos

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 356.

⁶ JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 11.

contratos administrativos. Com isso, o caráter autoritário e unilateral das manifestações do Estado cede lugar a formas concertadas de ação.⁷

Pode-se dizer que o próprio aumento das possibilidades de participação dos administrados no exercício da função pública conduziram a maior utilização deste acordo de vontades.

Acrescenta Pedro GONÇALVES que se “afigura indiscutível ser a procura de soluções *consensus-based* um critério de orientação interessante para a Administração”.⁸ Para o autor, “na medida em que o consenso seja alcançado, o contrato apresenta-se (...) como a forma jurídica que traduz mais fielmente o modo como o conteúdo da relação foi construído”.⁹

Neste contexto, cumpre explicitar o que singulariza essa relação jurídica consensual, que antes de se filiar ao direito civil ou ao direito administrativo, pertence à Teoria Geral do Direito.

No direito privado, contrato é definido como um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Os traços marcantes dessa figura residem na autonomia da vontade das partes para a formação do vínculo e na conseqüente obrigatoriedade de seus termos.¹⁰

Quando a Administração Pública figura em um dos pólos dessa relação jurídica consensual, a questão ganha contornos especiais. Aqui, os traços acima mencionados (autonomia da vontade e obrigatoriedade dos seus termos) sofrem certas restrições. Trata-se de conseqüência da submissão do contrato ao regime jurídico de direito público,¹¹ que tem como postulados a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Como à Administração Pública compete utilizar o contrato justamente como instrumento para a consecução do interesse público, são-lhe outorgadas prerrogativas necessárias para tanto. Daí é que surgem as características especiais dos contratos administrativos, que, conforme expõe Marçal JUSTEN FILHO, consistem “nas faculdades de a Administração modificar unilateralmente alguns aspectos da avença, extingui-la, impor sanções ao particular e exigir em alguns casos o cumprimento das prestações alheias sem observância ao princípio da

⁷ KLEIN, Aline Lícia. *Os vícios dos contratos administrativos*, p. 3.

⁸ GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 24.

⁹ GONÇALVES, P. *Idem*, ibidem.

¹⁰ JUSTEN FILHO, M. *Comentários...*, p. 477.

¹¹ Conforme assevera Marçal JUSTEN FILHO, “o impacto do regime de direito público altera a fisionomia 'contratual' dos contratos administrativos”. (*Comentários...*, p. 478).

'exceptio non adimpleti contractus' (...).¹²

Conforme sintetiza Pedro GONÇALVES, o regime jurídico de direito público “se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de *supremacia jurídica* sobre o seu contratante: aquela entidade fica pois investida de certos *poderes públicos de autoridade* – as por vezes designadas 'prerrogativas exorbitantes' – que *desigualam* as posições em que as partes estão colocadas”.¹³

No entanto, ao mesmo tempo em que concede certas prerrogativas à Administração Pública, o regime jurídico administrativo lhe impõe um rol de sujeições. Segundo exemplifica Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “As sujeições são representadas, entre outras, pela própria imposição do procedimento licitatório antecedendo a contratação administrativa”.¹⁴

Deve-se ressaltar que, dentre os contratos que a Administração celebra, a doutrina diferencia duas categorias em razão da disciplina que regularia o vínculo. Existiriam os chamados contratos de direito privado da Administração e os contratos administrativos propriamente ditos.

Todavia, esta distinção encontra-se relativizada no direito brasileiro, na medida em que o disposto no artigo 62, § 3º, da Lei n.º 8.666/93 pretendeu unificar esses contratos ao estender a possibilidade do exercício de prerrogativas por parte do Poder Público aos denominados contratos de direito privado da Administração. Assim, em determinados aspectos o regime de direito público sempre incidirá, em que pese o contrato seja daqueles que se submetem em maior parte às normas do direito privado.¹⁵

Por isso é que sintetiza Lúcia Valle FIGUEIREDO que, no direito brasileiro, existem “contratos da *Administração Pública* ora sob maior influxo de regras de Direito Público, ora de Direito Privado”.¹⁶ A autora questiona inclusive a utilidade da referida distinção, porque entre nós “não há grande importância em separar contratos administrativos e contratos privados da Administração, pois todos vão se submeter a única jurisdição.”¹⁷⁻¹⁸

¹² JUSTEN FILHO, M. *Comentários...*, p. 478.

¹³ GONÇALVES, P. Obra citada, p. 33.

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato administrativo*, p. 321.

¹⁵ Conforme assevera Marçal JUSTEN FILHO: “A mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável”. (*Comentários...*, p. 519).

¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 497.

¹⁷ FIGUEIREDO, L. V. *Idem*, *ibidem*.

¹⁸ Conforme expõe a autora, “como não temos dualidade de jurisdição, e sim jurisdição única, quaisquer problemas existentes nos contratos da Administração serão resolvidos perante o Poder Judiciário”. (*Curso...*, p. 497).

Além disso, com relação ao procedimento de formação dos contratos da Administração Pública, ambas as espécies submetem-se ao processo comum da licitação. Conforme afirma Fernando VERNALHA GUIMARÃES: “Constata-se a existência de uma 'zona comum' da contratação pública, visível em toda a fase 'procedimental' – de formulação do conteúdo contratual e de seleção dos co-contratantes”.¹⁹

A existência de um regime comum de direito público quanto à formação do vínculo para as duas categorias, justifica, neste estudo, o tratamento comum dos vícios para ambos os contratos da Administração.

Delineados os aspectos peculiares do contrato administrativo, passamos a decompor didaticamente a figura para analisar seus requisitos e formalidades.

Para tanto, servimo-nos da lição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que reduz o contrato administrativo a sete elementos constitutivos a partir da agregação de elementos do contrato de direito privado aos do ato administrativo em sentido estrito. Com efeito, no intuito de configurar a bilateralidade da relação, o autor acrescenta aos elementos do ato administrativo unilateral, a capacidade da pessoa que contrata com a Administração Pública e o consenso que se produz entre as partes.²⁰

Assim, neste ponto de vista, figurariam como elementos do contrato administrativo: a competência, a finalidade, a forma, o motivo, o objeto, a capacidade especial da parte privada e o consenso.

A ausência ou a desconformidade legal de qualquer desses elementos torna a avença viciada.²¹

Conforme se verá adiante, o contrato somente existe juridicamente quando estão presentes os elementos necessários para sua formação. Por sua vez, a avença apenas é válida, se tais elementos estiverem de acordo com o modelo legal estabelecido pelo ordenamento. Em outras palavras, a conformidade de cada um de seus elementos com a lei é um requisito para a validade da relação contratual.

¹⁹ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo*, p. 81.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 161.

²¹ Conforme expõe Marcelo CAETANO: “O contrato está viciado quando nele se verifique a falta ou a irregularidade de qualquer dos seus elementos essenciais”. (*Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 210). Os elementos do contrato arrolados por este autor confundem-se em parte com aqueles expostos por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. É o que se infere da seguinte passagem da obra de Marcelo CAETANO: “está viciado o contrato celebrado por órgão incompetente da Administração ou com particular incapaz; a que falte objecto física e legalmente possível; que esteja afectado por vícios da vontade; que não revista a forma exigida por lei, ou a que hajam faltado formalidades na sua formação”. (*Princípios ...*, p. 210).

Neste contexto, o ente público deve ser titular da competência para contratar, bem como o particular deve ter capacidade para celebrar contratos. A competência é a “expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder estatal que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos para vinculá-los contratualmente”.²² Como se percebe, deve sempre ser estabelecida por lei.²³ A capacidade é a “condição subjetiva da parte contratante privada para celebrar um contrato administrativo”.²⁴ Este elemento é regulado essencialmente pelas normas do direito privado.²⁵ No entanto, o administrado deve ainda satisfazer duas condições subjetivas administrativas: não estar impedido para contratar com a Administração e estar habilitado em procedimento licitatório, ou deste for eximido.²⁶

A finalidade da avença necessita ser obrigatoriamente pública. Ou seja, a sua celebração deve destinar-se a satisfazer o interesse público. Insta ressaltar que o interesse público a ser perseguido pelo contrato não é o eleito livremente pelo administrador, mas sim o qualificado pela lei.

A forma do contrato precisa submeter-se àquela prescrita em lei. Como regra geral, o contrato deverá ser escrito, salvo quando se tratar de pequenas compras com pagamento à vista (art. 60, parágrafo único, Lei n.º 8.666/93). Além disso, deverão constar do instrumento contratual as cláusulas obrigatórias, que são aquelas dispostas nos artigos 55 e 61 da Lei n.º 8.666/93.²⁷

A existência de um motivo exato e lícito deve servir de respaldo fático ou jurídico do contrato.²⁸ De acordo com os termos do parágrafo único, alínea 'd' do artigo 2º da Lei n.º 4.717/95, “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

O objeto – que, conforme assevera Marçal JUSTEN FILHO, “consiste nas prestações que as partes se obrigam a realizar”²⁹– deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, bem como necessita atender à finalidade pública.³⁰

²² MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p. 161.

²³ FIGUEIREDO, L. V. Curso..., p. 502

²⁴ MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p. 162.

²⁵ FIGUEIREDO, L. V. Curso..., p. 502.

²⁶ MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p. 162.

²⁷ Quanto ao artigo 55, Marçal JUSTEN FILHO afirma que apenas as cláusulas dispostas nos incisos I, II, III, IV e VII são obrigatórias. “As demais [cláusulas] ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regra legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato”. (*Comentários...*, p. 487).

²⁸ MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p. 161.

²⁹ JUSTEN FILHO, M. *Comentários...*, p. 481.

³⁰ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 165.

Pode-se falar em objeto mediato – que é o bem jurídico sobre o qual versa o vínculo – e objeto imediato – que é a conduta humana de dar, fazer ou não fazer.

Por fim, é necessária a existência de consentimento recíproco das partes. Como quer Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, deve haver “a coincidência das vontades das partes relativamente ao objeto”.³¹ A Administração não poderá constranger o particular a formar o vínculo. Ao co-contratante privado, caberá livremente decidir contratar. A formação e exteriorização da sua vontade podem ser analisadas à luz das regras do diploma civil referentes aos vícios de consentimento.

Por outro lado, o consentimento da Administração em celebrar o contrato deverá ser auferido tendo em vista a vontade administrativa, dita funcional, que se forma ao longo de um processo sujeito a regras formais distintas do direito privado.³²

Não se deve olvidar da necessidade da precedência da realização de licitação (art. 37, XXI, da Constituição de 1988), ressalvados os casos de inexigibilidade e de dispensa. O procedimento licitatório é o antecedente necessário à celebração do contrato administrativo. Assim, se o primeiro não for válido, o segundo também não o será.³³ Tal vínculo decorre expressamente do disposto no artigo 49, § 2º da Lei n.º 8.666/93.³⁴

Percebe-se aí que a validade do contrato também depende da validade de outros atos jurídicos: os atos praticados pela Administração e pelos particulares no procedimento da licitação. A regularidade da própria fase interna da licitação condiciona a validade do contrato administrativo.

³¹ MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p. 162.

³² JUSTEN FILHO, M. *Curso...*, p. 184 e 280.

³³ Conforme afirma Marçal JUSTEN FILHO: “O vício na licitação acarreta a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato administrativo (se chegou a ser pactuado)”. (*Comentários...*, p. 502). Nesse mesmo sentido, Lúcia Valle FIGUEIREDO aduz que “a licitação apresenta-se como suporte de validade do contrato a ser celebrado”. (*Curso...*, p. 501).

³⁴ Art. 49, § 2º.: “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”.

2 QUADRO TEÓRICO DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Delimitada a porção da atividade administrativa que o presente trabalho tem como foco, qual seja, o contrato administrativo, passa-se a esboçar o quadro teórico dos vícios que maculam esta relação jurídica.

Primeiramente, analisar-se-á a distinção acolhida pela Teoria Geral do Direito acerca dos planos da existência, validade e eficácia, bem como verificar-se-á a classificação das invalidades proposta pela doutrina administrativista nacional, para, então, enfrentar a questão acerca das nulidades que afetam especificamente os contratos administrativos.

2.1 PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

PONTES DE MIRANDA propôs na Teoria Geral do Direito a sistematização entre os planos da existência, da validade e da eficácia.

A existência corresponde à presença de todos os elementos necessários à formação do ato jurídico. Existir juridicamente resulta da “incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente”.³⁵ Assim, o ato jurídico inexistente não chega a entrar no mundo jurídico, pois carece de algum elemento essencial. Vale dizer, o seu suporte fático é insuficiente.

Pode-se dizer que um contrato administrativo é inexistente quando, assim como ocorre com os atos administrativos inexistentes, faltar um dos elementos imprescindíveis ao seu surgimento.³⁶

A verificação da existência de um contrato administrativo é questão prévia à análise de sua validade. Com efeito, não se pode falar em contrato válido se este sequer existe para o Direito. Logo, uma vez constatado que o ato jurídico existe, passa-se a verificação de sua validade.

Conforme expôs PONTES DE MIRANDA, “(...) se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. 4, p. 8.

³⁶ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que “se os elementos forem insuficientemente completados, o contrato não se integra e, portanto, não logra *existência* no mundo jurídico”. (*Curso...*, p. 164).

existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos”.³⁷

A validade envolve a conformidade do ato jurídico com os requisitos do sistema normativo. O ato inválido ingressa no mundo jurídico, embora o faça em desconformidade com os termos da lei. O seu suporte fático é deficiente. Portanto, neste caso o ato jurídico existe – porque há um mínimo de suporte fático –, mas não é válido, pois não satisfaz as exigências normativas.

Romeu BACELLAR FILHO defende que a validade requer a legalidade em sentido amplo. Conforme aduz o autor, “para o ato ser considerado válido ele deve ser editado não em consonância com a lei, mas com o direito todo”.³⁸⁻³⁹

Já o plano da eficácia diz respeito à produção de efeitos jurídicos. A relação jurídica idônea a produzir efeitos é aquela existente e válida. Isto porque, em regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes. No entanto, nada impede que o ato inválido também produza efeitos. Afinal, a própria lei pode atribuir efeitos ao nulo.⁴⁰

Percebe-se, portanto, que os planos da validade e da eficácia não se confundem. Tal característica fica ainda mais evidente ao se constatar que há atos jurídicos válidos que, todavia, não produzem efeitos. Trata-se dos atos jurídicos pendentes por condição ou termo.

Na doutrina administrativista, há, além do estudo dos três planos mencionados, referências à perfeição do ato administrativo. Tal categoria abrangeria os atos que completaram o ciclo necessário à sua formação.⁴¹ Parcela da doutrina sustenta que a perfeição equivale à existência.⁴² Outros repudiam tal equiparação⁴³ ou mesmo reduzem o conceito de perfeição ao de validade.⁴⁴

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS INVALIDADES SEGUNDO A DOUTRINA BRASILEIRA

No direito administrativo brasileiro existem diferentes posições doutrinárias

³⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 7.

³⁸ BACELLAR FILHO, R. F. *Direito administrativo*, p. 67.

³⁹ Expõe o jurista que a consonância do ato com a lei é requisito para a sua perfeição. Assim, o ato perfeito seria aquele que obedece ao princípio da legalidade em sentido estrito, ao passo que o ato válido seria aquele que obedece ao princípio da legalidade em sentido amplo.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, p. 7.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 358.

⁴² Este é o posicionamento de REALE, Miguel, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 50-51.

⁴³ Nesse sentido ZANCANER, Weida, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 30.

⁴⁴ Nesse sentido, CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Teoria dos atos administrativos*, p. 169.

com relação à classificação dos atos inválidos. Tal circunstância decorre da falta de sistematização das leis administrativas, o que não acontece com a legislação civil. Diferente do que ocorreu nos demais ramos do Direito, não houve um processo de codificação legislativa do direito administrativo. Em decorrência, a questão das nulidades não foi abordada de forma ampla e sistemática pelo legislador. Diante dessa lacuna, a doutrina passou a sustentar diferentes entendimentos que, muitas vezes, revelam-se incompatíveis entre si.

Neste contexto, uma primeira divisão que se pode apontar na doutrina brasileira é entre aqueles que acolhem a aplicação da teoria das nulidades do direito civil no direito público e aqueles que a negam.

A aplicação no direito administrativo da divisão entre atos nulos e anuláveis apresentada pelo Código Civil é acolhida por Tito Prates da FONSECA⁴⁵ e Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO.⁴⁶ Todavia, o entendimento dominante da doutrina não aceita a transposição automática da teoria das nulidades construída no direito privado para o direito público.

A propósito, mesmo Tito Prates da FONSECA, que concorda com a transplantação do sistema do direito privado para o campo do direito administrativo, reconhece ser “profundamente diferente a função dos vícios da vontade em Direito Administrativo e em Direito Privado”.⁴⁷

De todo o modo, a seguir, serão apresentadas de forma resumida as principais classificações propostas no Brasil a respeito das invalidades que afligem o ato administrativo.

⁴⁵ FONSECA, Tito Prates da. *Direito administrativo*, p. 388-90 **apud** FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 43.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 576-593.

⁴⁷ FONSECA, T. P. da. *Atos administrativos nulos e anuláveis*. *Direito*, v. 13, p. 45-69 **apud** FAGUNDES, M. S. Obra citada, p. 44.

2.2.1 A posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, um dos adeptos à transplantação da teoria civilista ao direito público, expõe que os atos nulos são inconvalidáveis e podem ser desconstituídos em juízo mediante provocação do Ministério Público, desde que seja permitida a sua intervenção na causa, ou de ofício pelo juiz. Demais disso, referidos atos nulos prescreveriam apenas *longi temporis*, ou seja, após o decurso de 20 (vinte) anos, visto que este era o tempo mais longo que tratava o Código Civil de 1916.⁴⁸

Por sua vez, os atos anuláveis, de acordo com tal corrente doutrinária, seriam passíveis de convalidação e sua fulminação dependeria da manifestação dos interessados. Tais atos prescreveriam *brevi temporis*.

Os demais autores que tratam do assunto fazem ressalvas quanto à utilização dos textos da lei civil na teoria das invalidades dos atos administrativos.

2.2.2 A posição de Miguel Seabra Fagundes

Miguel Seabra FAGUNDES classifica os atos viciados em atos absolutamente inválidos (ou nulos), relativamente inválidos (ou anuláveis) e irregulares. Cumpre registrar, entretanto, que as duas primeiras espécies de invalidades não se identificam com os conceitos de atos nulos e anuláveis propostos pelo Código Civil. Isso porque as conseqüências típicas da classificação dicotômica do diploma civil não se ajustam, no entendimento do autor, à invalidez dos atos administrativos.⁴⁹ Todavia, para este jurista, é necessário se valer supletivamente dos dispositivos do Código Civil. Assim, os seus princípios devem ser aplicados, em parte, aos atos administrativos, de forma a articulá-los com os princípios gerais e especiais do direito administrativo.⁵⁰

Tal adaptação deve ser realizada, pois enquanto os atos administrativos envolvem múltiplos interesses, “o ato jurídico privado se restringe, normalmente, a repercutir entre os seus participantes diretos, e, quando interessa a terceiros, o faz de modo bem mais restrito do que em se tratando do ato jurídico público”.⁵¹

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, O. A. Obra citada, p. 588.

⁴⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 44.

⁵⁰ FAGUNDES, M. S. *Idem*, p. 40.

⁵¹ FAGUNDES, M. S. *Idem*, p. 39.

Segundo o Miguel Seabra FAGUNDES, os atos absolutamente inválidos não operam qualquer efeito. Já, nos atos relativamente inválidos, todos ou alguns dos efeitos do ato viciado podem ser preservados, pois o interesse público seria melhor atendido com a subsistência do ato do que com sua invalidação total.

Quanto aos atos irregulares, seriam aqueles que por apresentarem defeitos irrelevantes não afetariam o interesse público de modo substancial. O ato continuaria a produzir seus efeitos e os passados perdurariam.⁵²

Destaque-se que a classificação proposta por estes autores não fornece elementos objetivos para estabelecer uma catalogação rígida das invalidades, haja vista que a gravidade do vício deve ser apurada caso a caso, diante da repercussão sobre o interesse público.

2.2.3 A posição de Hely Lopes Meirelles

Hely Lopes MEIRELLES possui posição única. Este autor entende que o ato administrativo padecente de vício é sempre nulo. Não aceita, assim, a existência do ato anulável no direito administrativo. Explica o autor que “a nulidade absoluta e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse público e do interesse privado na manutenção ou eliminação do ato irregular”.⁵³ No entanto, a possibilidade de manter ou invalidar um ato ilegal segundo a vontade das partes não seria admitida no regime dos atos administrativos, pois “ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública”.⁵⁴

2.2.4 A posição de Antônio Carlos Cintra do Amaral

De grande utilidade é o posicionamento de Antônio Carlos Cintra do AMARAL, o qual distingue os atos inválidos em nulos e anuláveis em virtude da possibilidade de convalidação.⁵⁵ Os atos anuláveis seriam aqueles passíveis de convalidação, enquanto que os atos conceituados como nulos seriam os inconvalidáveis.

⁵² FAGUNDES, M. S. Idem, p. 50.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 205.

⁵⁴ MEIRELLES, H. L. Idem, ibidem.

⁵⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, p. 67.

Para este jurista, não é possível classificar os atos administrativos inválidos em função da disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses que estes visam a efetivar. Isso porque o ato administrativo “produzido dentro da regra de competência, tem, por suposto, a função de realizar o interesse coletivo primário, que é indisponível”.⁵⁶ A realização do interesse público ou particular secundário “faz-se ou coincidentemente com a do interesse coletivo primário, ou porque o ordenamento jurídico erigiu o interesse secundário em interesse coletivo primário”.⁵⁷

Cumprе ressaltar que as correntes aludidas acima são concordes quanto à irrelevância jurídica dos atos inexistentes.⁵⁸

Em contraposição a essas teorias, Miguel REALE e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO adotam uma classificação tricotômica em que se dividem os atos inválidos em nulos, anuláveis e inexistentes, conforme se verá a seguir.

2.2.5 A posição de Miguel Reale

Miguel REALE, ao tratar da questão acerca da aplicação ou não dos princípios do direito civil à teoria dos vícios e defeitos dos atos administrativos, conclui que esta teoria se funda, primordialmente, em princípios de teoria geral do direito. A partir daí é que se verificariam as particularidades conaturais dos diversos ramos do direito.⁵⁹

Conforme mencionado acima, referido autor distingue os atos inválidos em três categorias: nulos, anuláveis e inexistentes.

A inexistência, para este jurista, é “pertinente àquilo que não chegou a 'entrar' nos domínios do Direito”.⁶⁰ Enfatiza o autor, porém, que entre o ato inexistente e o direito há uma referibilidade, ainda que infundada que suscita “uma pseudopretensão, que, como tal, comporta uma qualificação jurídica, embora de caráter negativo”.⁶¹

Expõe REALE que é preciso “não confundir o ato *juridicamente* inexistente com qualquer ato extrajurídico, ou totalmente estranho ao Direito, como é o caso das

⁵⁶ AMARAL, A. C. C. do. Idem, p. 69.

⁵⁷ AMARAL, A. C. C. do. Idem, p. 68.

⁵⁸ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, O. A., Obra citada, p. 589-590; MEIRELLES, H. L., *Direito administrativo brasileiro*, p. 174; e AMARAL, A. C. C. do., Obra citada, p. 30.

⁵⁹ REALE, M. *Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 47.

⁶⁰ REALE, M. Idem, p. 49.

⁶¹ REALE, M. Idem, p. 50.

infinitas formas de agir do homem, que não só não possuem qualificação jurídica, como também não são *tangentes* à experiência jurídica, destituídas de qualquer juridicidade intencional, tomado o termo *intencional*, em sua acepção lógica, e não psicológica”.⁶²

Enfim, o ato inexistente carece de algum elemento constitutivo, com o que “permanece juridicamente embrionário”.⁶³ Como não possui qualquer relevância jurídica, não há necessidade, para REALE, de sua desconstituição pela Administração ou pelo Poder Judiciário. Ele simplesmente é considerado como inexistente.

No que tange à invalidade, o autor a caracteriza como “pertinente àquilo que chegou a existir no mundo jurídico, apesar de eivado de vícios”.⁶⁴

Para o mestre, o ato nulo possui todos os elementos constitutivos, embora seja inidôneo para produzir efeitos válidos desde o seu nascimento. A nulidade pode ser decretada de ofício pelo juiz ou pela Administração Pública. Tal decretação, para REALE, é imprescindível, pois “há sempre uma aparência a destruir e, enquanto não intervém o Judiciário [ou a Administração Pública], a aparência subsiste, devendo presumir-se a sua regularidade”.⁶⁵

Este tipo de vício é apurado na “tela objetiva do Direito”, ou seja, exaure-se num discurso jurídico de validade, haja vista que não há qualquer questão de ordem fática a ser discutida.⁶⁶

Todavia, nos casos de nulidade relativa, por envolver a prévia determinação jurídica de matéria controvertida de fato, seria vedado à Administração Pública decretar a nulidade unilateralmente, o que caberia apenas ao Poder Judiciário. Segundo REALE, a Administração Pública não poderia decretar a nulidade dos atos relativamente inválidos, pois agindo assim estaria “emitindo uma decisão de cunho jurisdicional”,⁶⁷ bem como atingiria situações jurídicas constituídas ao abrigo do ato impugnado.

⁶² REALE, M. Idem, *ibidem*.

⁶³ REALE, M. Idem, p. 51.

⁶⁴ REALE, M. Idem, p. 49.

⁶⁵ REALE, M. Idem, p. 52.

⁶⁶ REALE, M. Idem, p. 54.

⁶⁷ REALE, M. Idem, p. 55.

2.2.6 A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello

Também agrupa os atos inválidos nas três categorias supracitadas (nulos, anuláveis e inexistentes) Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

Segundo o autor, os atos inexistentes “consistem em comportamentos que correspondem a 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”.⁶⁸

Este jurista, na esteira de Antônio Carlos Cintra do AMARAL, também entende que o critério de discriminação entre os tipos de invalidade é a possibilidade ou impossibilidade de convalidação. Todavia, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO sustenta que a possibilidade de convalidação agrupa de um lado os atos anuláveis (convalidáveis) e de outro, tanto os inexistentes quanto os nulos, ambos insuscetíveis de convalidação.⁶⁹

Por sua vez, o que distingue os atos inexistentes dos atos nulos, para o autor, é que estes prescrevem, ao passo que aqueles são imprescritíveis justamente por se encontrarem fora do possível jurídico.⁷⁰

Além disso, acrescenta o autor que os atos inexistentes jamais podem ser objeto de convalidação ou conversão, que existe o direito irrestrito de resistência contra eles, bem como nenhum de seus efeitos é resguardados.⁷¹

Os atos nulos, consoante o autor, também são inconvalidáveis, porém, são prescritíveis pelo decurso de cinco anos. A sua pronúncia pode ocorrer de ofício pelo Juiz ou sob provocação do Ministério Público.⁷²

Já os atos anuláveis, embora também prescrevam no prazo de cinco anos, são passíveis de convalidação. No entendimento do referido jurista, a decretação de seu vício dependeria da arguição do interessado.⁷³

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO reconhece existir ainda uma categoria de atos denominados irregulares. Entretanto, para o autor, tais atos não são inválidos, com o que são tratados de forma apartada. Ensina o jurista que atos

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 435.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 437-438.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 435.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 449.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 450.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, ibidem.

irregulares são aqueles inquinados de defeitos materiais irrelevantes ou que foram externados de modo defeituoso por violarem normas de padronização interna dos instrumentos de veiculação dos distintos atos administrativos.⁷⁴

Salienta o autor que somente se configurará o ato irregular se a formalização falha não afetar as garantias dos administrados, ou seja, “que a adoção de uma 'fórmula' para expedir o ato ao invés daquela que seria a própria tenha a mesma publicidade prevista para esta; que as vias recursais e os prazos para insurgir-se sejam idênticos etc”.⁷⁵

2.2.7 A posição de Weida Zancaner

Weida ZANCANER propõe uma classificação dos atos inválidos em função das conseqüências que o direito positivo lhes imputa. A autora concorda com Hely Lopes MEIRELLES acerca da impossibilidade de existir um ato *semi-inválido*, com o que um ato jurídico somente pode ser válido ou inválido. Todavia, para ela, isto não implica em afirmar que o ordenamento jurídico reaja da mesma maneira em relação aos atos que não lhes são acordes.

Segundo a jurisprudência, o Direito repele os atos viciados de modo variável e é justamente a diferença quanto à intensidade dessa repulsa que determina a distinção entre as várias espécies de invalidades.⁷⁶

Partindo desse pressuposto, a autora distingue os atos inválidos em atos absolutamente sanáveis, atos relativamente sanáveis, atos relativamente insanáveis e atos absolutamente insanáveis.

Os atos absolutamente sanáveis são aqueles que padecem de pequenas irregularidades. Em virtude da irrelevância do vício, o Direito recebe tais atos como se fossem regulares. Nem mesmo a impugnação do interessado cria uma barreira ao dever da Administração Pública de o convalidar.⁷⁷

Os atos relativamente sanáveis são os que devem ser convalidados pela Administração Pública. Tais atos também podem ser sanados por ato do particular afetado ou mesmo em razão do decurso de cinco anos. Além disso, sustenta a autora que a impugnação do interessado constitui uma barreira ao dever de

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 436.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 382.

⁷⁶ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 87-88.

⁷⁷ ZANCANER, W. *Idem*, p. 91-92.

convalidar, de modo que a Administração Pública fica obrigada a invalidar o ato relativamente sanável.⁷⁸

Por sua vez, os atos relativamente insanáveis são, segundo a jurista, aqueles que apesar de não poderem ser convalidados pela Administração Pública, nem sanados por ato do particular afetado, prescrevem *longi temporis* ou *brevi temporis*, na hipótese de tratar-se de ato ampliativo do direito de sujeito de boa-fé e desde que exista norma ou princípio que protegeria a situação caso houvesse sido corretamente expedido o ato.⁷⁹

Por fim, a autora classifica como absolutamente insanáveis os atos “que têm por objeto a prática de um ato criminoso, isto é, de um comportamento a que o Direito atribui sanção extrema”.⁸⁰ Segundo ZANCANER, referidos atos jamais poderão ser estabilizados, não precisam ser obedecidos e à Administração Pública cabe invalidá-los.⁸¹

2.2.8 A posição de Marçal Justen Filho

A classificação dos defeitos dos atos administrativos apresentada por Marçal JUSTEN FILHO leva em conta a gravidade dos seus vícios.

Para o autor, há irregularidade irrelevante “quando a desconformidade não traduz infração a valor ou interesses jurídicos”.⁸² Por sua vez, na irregularidade suprível, o defeito do ato administrativo pode ser sanado sem implicar lesão a valor ou a interesses jurídicos.

Na nulidade relativa, o defeito afeta interesses disponíveis de sujeitos específicos. Segundo o autor, este vício só pode ser conhecido se o interessado o argüir. Além disso, o ato invalidatório produzirá efeitos, geralmente, *ex nunc*.

Já a nulidade absoluta, segundo o jurista, é caracterizada por lesionar interesses indisponíveis ou interesses disponíveis de sujeitos indeterminados. Por essa razão, o autor sustenta que a Administração Pública teria o poder-dever de pronunciar o vício de ofício, com efeitos geralmente *ex tunc*.⁸³

A última categoria proposta pelo autor é a referente à inexistência jurídica, a

⁷⁸ ZANCANER, W. *Idem*, p. 92-94.

⁷⁹ ZANCANER, W. *Idem*, p. 94-97.

⁸⁰ ZANCANER, W. *Idem*, p. 97.

⁸¹ ZANCANER, W. *Idem*, p. 97-98.

⁸² JUSTEN FILHO, M. *Curso...*, p. 254.

⁸³ JUSTEN FILHO, M. *Idem*, *ibidem*.

qual “se verifica quando não existem os requisitos mínimos necessários à qualificação de um ato como jurídico”.⁸⁴ Existiria apenas ato material, dado a intensa desconformidade com os modelos jurídicos.

2.3 IDENTIFICAÇÃO E REGIMES JURÍDICOS DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Na legislação nacional há previsão da invalidação dos contratos administrativos (art. 49, §2º e art. 59 da Lei n.º 8.666/93)⁸⁵. Existe, também, tipificação acerca dos vícios que podem produzir a nulidade dos atos administrativos na lei que regula a Ação Popular (arts. 2º a 4º da Lei n.º 4.717/65).

O artigo 2º da Lei n.º 4.717/65 estabelece que são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo 1º, nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. O artigo 4º arrola espécies de atos e contratos que, por desconformidade com as prescrições nele indicadas, também são nulos. Por sua vez, o artigo 3º do mesmo diploma legal dispõe que os atos cujos vícios não estiverem compreendidos no referido artigo 2º são anuláveis.

No entanto, tarefa difícil é identificar, a partir da redação deste último dispositivo, quais seriam as hipóteses que gerariam a anulabilidade do ato ou contrato administrativo. Por outro lado, a não identificação dessas hipóteses conduziria à idéia de que não haveria graus no repúdio aos atos administrativos viciados, com o que todo ato defeituoso seria sempre nulo.

Ocorre que a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe sobre a anulação e a convalidação dos atos administrativos (arts. 53 a 55). Portanto, como existe norma legal que disciplina a convalidação de atos administrativos, não se pode negar que há uma categoria de atos viciados passíveis de correção e, portanto, anuláveis.

Todavia, a Lei n.º 9.784/99 não indica quais são os vícios que ocasionam cada uma das duas conseqüências jurídicas previstas (anulação ou convalidação). Tão-somente estipula que os atos eivados de vícios de legalidade devem ser

⁸⁴ JUSTEN FILHO, M. Idem, p. 255.

⁸⁵ Tal possibilidade é ainda reconhecida pela Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”.

anulados (art. 53) e que aqueles que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados, se tal providência não acarretar lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

Percebe-se, assim, que não há, em nenhum desses diplomas legais, uma diferenciação sistemática dos vícios que maculam o ato e o contrato administrativo com relação aos efeitos que deles podem surtir. Isto é, não foi estipulada uma gradação coerente dos vícios em razão de suas conseqüências jurídicas.⁸⁶

Sequer houve, por parte do legislador, uma diferenciação sistematizante dos vícios em virtude da possibilidade de correção do ato viciado. De um lado, a Lei n.º 9.784/99 permite a convalidação dos atos portadores de defeitos sanáveis. De outro, a Lei n.º 4.717/65 dispõe simplesmente que são nulos os atos que apresentarem um de seus elementos constitutivos desconforme ao modelo legal.⁸⁷

Assim, conforme expõe Almiro do COUTO E SILVA é “necessário definir, quando menos nos seus traços gerais, qual o sistema de invalidade de atos administrativos que pensamos vigorar no direito brasileiro, uma vez que a legislação nacional só muito incompletamente, na Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965) tratou dos vícios dos atos administrativos”.⁸⁸

Para este autor, a Lei da Ação Popular apenas lançou as primeiras linhas de um modelo de tratamento da invalidade dos atos administrativos. “Não houve, porém, além da Lei da Ação Popular, outro texto legislativo que cuidasse de desenvolver e de melhor articular o sistema, complementando-o com disposições mais detalhadas e abrangentes, especificamente na identificação das conseqüências da nulidade e da anulabilidade, disposições em cuja feitura deveriam ser consideradas as ricas contribuições do direito comparado”.⁸⁹

Diante dessa falta de sistematização legislativa, é relevante estabelecer os tipos de nulidades que podem atingir o contrato administrativo, o que será feito mediante a diferenciação dos vícios quanto à sua gravidade e às suas conseqüências.⁹⁰

Com efeito, o repúdio que os contratos administrativos viciados sofrem pelo

⁸⁶ Esta é a conclusão de Aline Líca KLEIN (Obra citada, p. 16 e 21).

⁸⁷ Segundo constata Almiro do COUTO E SILVA, “a lei não esclarece que conseqüências práticas decorrem da nulidade ou da anulabilidade”. [O *princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos*, p. 27].

⁸⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. *Idem*, p. 26.

⁸⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. *Idem*, p. 27.

⁹⁰ Nesse sentido, KLEIN, A. L., Obra citada, p. 21.

Direito ocorre de forma variável, de modo que é possível estipular uma gradação da intensidade dessa repulsa. A partir daí é que se estabelece uma tipologia das nulidades que podem macular o contrato.

Deve-se salientar que essa classificação não significa a admissão da existência de graus de invalidade no direito administrativo. Conforme explicita Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “Não há graus na invalidade. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles”.⁹¹

Esse mesmo critério de diferenciação foi utilizado por Weida ZANCANER para determinar o *discrímen* entre as diversas espécies de atos administrativos inválidos. Conforme salienta a autora: “uma classificação da teoria das invalidades dos atos jurídicos terá forçosamente que partir da análise das conseqüências jurídicas imputadas aos atos inválidos em um dado sistema jurídico positivo para verificar a intensidade da reação repulsiva ou o nível de tolerância que a ordem jurídica dispensa aos atos que lhe são desconformes”.⁹²

Deve-se ressaltar que a sistematização a ser exposta não significa que dos vícios de uma mesma categoria surtirão conseqüências idênticas. As diferenças que podem ocorrer resultam das circunstâncias verificadas no caso concreto.

2.3.1 Inexistência

Dizer que um contrato administrativo é inexistente equivale a afirmar que a relação jurídica não é admitida pelo Direito. Conforme leciona Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, os atos inexistentes “encontram-se fora do possível jurídico e [são] radicalmente vedados pelo Direito”.⁹³

Entretanto, há uma aparência de contrato da qual podem surtir efeitos. E será relevante algumas vezes que esses efeitos sejam preservados. Isto se dará em razão da incidência dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, os quais são analisados adiante em capítulo próprio.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 427.

⁹² ZANCANER, W. Obra citada, p. 88.

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 435.

Por outro lado, os contratos inexistentes não podem ser objeto de convalidação e são imprescritíveis. Com efeito, aquilo que não chegou a entrar no Direito, não pode por este ser ratificado.

Ademais, ao administrado é reconhecido o direito de resistência contra a exigência do cumprimento dos contratos inexistentes. Isto se explica, na medida em que tais figuras sequer gozam da presunção de legitimidade.

2.3.2 Nulidades e anulabilidades

Por ocasião do estudo da classificação das invalidades, pode-se perceber que o critério utilizado pela doutrina dominante para distinguir os atos anuláveis dos nulos é a possibilidade ou impossibilidade de sua convalidação.

De igual forma, entende-se que os contratos administrativos existentes mas inválidos podem ser agrupados em duas categorias distintas – anuláveis e nulos – em razão da possibilidade ou não da supressão dos vícios que os inquinam.

Os contratos administrativos anuláveis seriam aqueles passíveis de terem o seu vício corrigido. Tal categoria abarcaria tanto os contratos que podem ter a sua invalidade sanada por parte da Administração através da convalidação, quanto por meio da manifestação do particular.

Por sua vez, quando o vício presente no contrato não for passível de supressão, estar-se-á diante de um contrato administrativo nulo. Embora o contrato nulo não possa ser convalidado, é possível que este seja estabilizado em virtude do decurso de certo lapso de tempo e da existência de boa-fé do particular contratado.

Afora isso, o regime jurídico dos contratos anuláveis e nulos é semelhante. Ambos gozam de presunção de legitimidade e, nos dois casos, a pronúncia da sua invalidade fica obstada com a incidência dos mesmos prazos extintivos.

Ademais, contra a exigência do cumprimento desses contratos não há garantia de um direito de resistência do particular. Isto porque ao descumprir o contrato por ter constatado nele um vício, o particular estará se antecipando à pronúncia da invalidade a ser feita pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública de ofício. Assim, conforme ensina Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o particular atuará por sua conta e risco, uma vez que “a qualificação do ato como inválido perante o Direito Positivo só vai ser definida a *posteriori*, isto é, quando

houver um pronunciamento do órgão jurisdicional, único que possui competência para dizer em definitivo se o ato era ou não inválido”.⁹⁴⁻⁹⁵

No que tange aos atos administrativos unilaterais, a doutrina afirma que os defeitos de competência, formalidade e procedimento podem ser corrigidos, com o que o ato seria considerado anulável. Por outro lado, os atos portadores dos vícios de motivo, conteúdo, causa, finalidade e procedimento – quando o vício desvirtuasse a finalidade visada com a instauração do procedimento – seriam inconvalidáveis e, portanto, nulos.⁹⁶

Nos contratos administrativos, tal catalogação não pode ser aplicada automaticamente, dado os distintos requisitos de validade que estes possuem, os quais decorrem da conciliação de elementos dos contratos de direito privado aos dos atos administrativos unilaterais.⁹⁷

Além disso, a suscetibilidade de os contratos administrativos violarem o ordenamento jurídico das mais variadas formas torna impossível enumerar de modo exaustivo as conseqüências que podem advir do não cumprimento de cada um seus requisitos de validade.

No entanto, em princípio, pode-se afirmar que a correção do defeito do contrato viciado é possível desde que isto não importe alteração do conteúdo do próprio contrato.⁹⁸

A fim de alcançar maior concreção neste ponto, pode-se acolher as conclusões de Aline Lícia KLEIN. Esta autora, partindo das conclusões apontadas pela doutrina para o ato administrativo unilateral e considerando os elementos constitutivos do contrato administrativo, afirma que, “em termos bastantes simplificados, poderão ter o defeito corrigido ou saneado os contratos portadores de vícios de competência e incapacidade relativa das partes, consentimento, forma e procedimento”.⁹⁹

Já não serão passíveis de correção “os defeitos de objeto, causa, finalidade, conteúdo em sentido estrito, capacidade absoluta e procedimento – quando o vício deste comprometer o atingimento da própria finalidade visada com a instauração do

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 448.

⁹⁵ Deve ser ressalvado que, não obstante o Poder Judiciário ser o único a pronunciar em definitivo acerca da invalidade do contrato, a Administração Pública poderá antes disso invalidar a avença ex officio.

⁹⁶ Nesse sentido, ZANCANER, W., Obra citada, p. 68 e 73.

⁹⁷ Conforme já exposto *supra*, item 1.3.

⁹⁸ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 24.

⁹⁹ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 25.

procedimento”.¹⁰⁰

Tal catalogação permitiria inferir, ainda que de modo não decisivo, quando um contrato viciado é nulo ou simplesmente anulável.

2.3.3 Meras irregularidades

Viu-se que Miguel Seabra FAGUNDES classifica como irregulares os atos administrativos inquinados de defeitos irrelevantes cuja existência não tem o condão de afetar o interesse público de modo substancial. Em outras palavras, para o autor, apesar de existir uma certa desconformidade com o modelo legal, a finalidade visada pelo ato pode não ser atingida pelo vício.¹⁰¹

Os atos que possuem tal defeito confundem-se com aqueles classificados por Weida ZANCANER como absolutamente sanáveis. Para a autora, o que os macula são pequenas irregularidades que não comprometem o fim a que o ato visa a satisfazer. Exemplo típico dessas irregularidades são os erros de grafia.

Todavia, existe uma certa dificuldade em se determinar quando o interesse público é afetado de modo substancial ou quando o fim a que o ato visava a satisfazer é comprometido pelo vício. Em virtude disso, deve-se considerar a delimitação do conceito de atos irregulares apresentada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Assim, são atos irregulares “aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos”.¹⁰²

Nos contratos administrativos, a presença dessa espécie de vício não acarreta a sua invalidação. Com efeito, a invalidação do contrato administrativo eivado dessas pequenas irregularidades afrontaria substancialmente o princípio da segurança jurídica, dado o mínimo de perturbação que o vício causa no sistema jurídico.

Portanto, o contrato permanece válido e continua a produzir os seus efeitos normalmente, bem como não são desconstituídos os seus efeitos pretéritos. Saliente-se que o defeito não pode afetar a garantia de direitos do particular.

¹⁰⁰ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 25.

¹⁰¹ Ver *supra*, item 2.2.2.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 436.

Podem ser incluídos nesta categoria os contratos cujas formalidades não essenciais deixaram de ser observadas. Trata-se, a princípio, de vícios de forma e procedimento que não são capazes de comprometer a validade da avença.¹⁰³

Insta salientar a observação feita por Marçal JUSTEN FILHO a propósito do disposto no artigo 61 da Lei n.º 8.666/93. Segundo o jurista, embora a ofensa a formalidades não essenciais seja superável, ela “acarreta forte presunção de irregularidade”.¹⁰⁴ Desta forma, a sua constatação ensejaria a investigação da eventual existência de outros vícios na avença.

¹⁰³ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 25.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, M. *Comentários...*, p. 514.

3 AS CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DA CONSTATAÇÃO DE VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Restou explicitado que os contratos inexistentes não podem ser objeto de invalidação ou convalidação, pois sequer existem para o Direito.

Por sua vez, é vedada a pronúncia da invalidade dos contratos inquinados de meras irregularidades, haja vista que o ordenamento jurídico lhes dá respaldo. Por outro lado, a convalidação de tais contratos é desnecessária, pois estes continuam a produzir os seus efeitos normalmente, não obstante constatada uma irregularidade.

Logo, a dificuldade maior que enfrenta o operador jurídico nesta matéria reside na determinação das conseqüências que decorrem dos contratos administrativos anuláveis e nulos. Conforme foi exposto, ambos são passíveis de invalidação, bem como podem ter seus efeitos estabilizados pela incidência de prazos extintivos (sendo que os anuláveis podem ainda ser convalidados). Tais soluções passam a ser analisadas abaixo.

3.1 INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Os atos administrativos destinam-se a produzir efeitos no mundo jurídico. Porém, outros atos ou fatos posteriores podem determinar a sua extinção, com o que serão eliminados os efeitos produzidos.

Quando o próprio Poder Público emite um ato a fim de extinguir o anterior ocorre a denominada retirada. Tal forma extintiva do ato administrativo se contrapõe às demais formas naturais de extinção, uma vez que é provocada pela Administração.¹⁰⁵

Dentre as hipóteses de retirada do ato, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO arrola como as mais importantes a revogação, que se trata da retirada por razões de conveniência e oportunidade, e a invalidação, que é efetuada por razões de legalidade.¹⁰⁶

Quanto aos contratos administrativos, a sua extinção pode ocorrer por rescisão unilateral da Administração (artigo 79, I, da Lei n.º 8.666/93), por mútuo

¹⁰⁵ Conforme ensina Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, um ato administrativo extingue-se também pelo cumprimento de seus efeitos; pelo desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica constituída pelo ato; e pela renúncia do beneficiário (Obra citada, p. 413).

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 413.

acordo entre as partes (artigo 79, II), por via judicial sob provocação do interessado (artigo 79, III), pelo decurso natural do prazo de vigência e pelo cumprimento do objeto. Além dessas hipóteses, o contrato pode ser extinto por ilegalidade, de acordo com o disposto no artigo 59 da Lei n.º 8.666/93. Aliás, a doutrina é uníssona no sentido de que a desconstituição do contrato desconforme ao ordenamento é permitida em virtude do próprio princípio de legalidade.¹⁰⁷

A extinção dos contratos não acordes com o Direito é classificada por Lucia Valle FIGUEIREDO como uma das modalidades “patológicas” de extinção da relação contratual.¹⁰⁸ A possibilidade dessa solução é fundamentada pela autora pelo fato de que “no Estado de Direito, a Administração Pública só pode agir *secundum legem*”.¹⁰⁹

Traçados esses pressupostos, cumpre apresentar o conceito de invalidação.

3.1.1 Conceito de invalidação

A invalidação é a desconstituição de um ato ou contrato administrativo em virtude destes terem sido praticados em desconformidade com o modelo contido em uma norma jurídica. Produz, em princípio, efeitos retroativos (*ex tunc*) à data em que o ato portador do vício foi emitido.¹¹⁰

Assim, a invalidação não se confunde com a simples constatação de um vício no ato administrativo. Enquanto esta constitui um juízo de verificação de adequação do ato com a ordem jurídica, a invalidação é a retirada do ato desconforme ao ordenamento. Tal distinção deve ser feita, pois há situações em que o próprio ordenamento determina que atos e contratos viciados permaneçam no sistema como válidos.¹¹¹⁻¹¹²

Desta forma, tanto os atos portadores de vícios quanto os regulares podem

¹⁰⁷ O ponto sobre o qual não há uniformidade na doutrina, trata-se de se saber se a Administração pode se valer do exercício da autotutela e invalidar seus contratos administrativos defeituosos ou se a pronúncia desses vícios compete exclusivamente ao Poder Judiciário. Tal questão é melhor analisada no próximo item.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*, p. 38-39.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, L. V. *Idem*, p. 67

¹¹⁰ Conforme se verá no item 3.2.7, é possível conservar os efeitos do contrato administrativo viciado, não obstante a pronúncia de sua invalidade.

¹¹¹ ARRUDA CÂMARA, Jacintho de. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*, p. 4.

¹¹² Jacintho de ARRUDA CÂMARA anota que: “É perfeitamente admitida pela Direito a hipótese segundo a qual exista um juízo constatando o vício de determinado contrato sem que este deva ser invalidado pela autoridade competente”. (*Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 37).

produzir efeitos. Conforme assevera Antônio Carlos Cintra do AMARAL, “a distinção entre eles, somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade”.¹¹³ Para o autor, a Ciência do Direito pode apenas opinar acerca da validade ou não do ato. “De um ponto de vista jurídico, porém, não há atos inválidos, senão os assim qualificados por decisão judicial passada em julgado”.¹¹⁴

3.1.2 Sujeitos ativos da invalidação

Os sujeitos ativos da invalidação podem ser o Poder Judiciário ou a própria Administração. O que é necessário é que a invalidação seja constituída por um órgão para isso qualificado no ordenamento jurídico.¹¹⁵

A competência do Poder Judiciário para decretar as nulidades decorre do princípio da universalidade da jurisdição. Consoante ensina Miguel REALE, “por ser uma função primordial a de certificar e tutelar o direito: não há, como efeito, ilegalidade que escape ao controle jurisdicional, pelo menos em tese...”.¹¹⁶

A Administração atuará em razão da provocação de qualquer interessado, da denúncia de terceiro ou espontaneamente em virtude da prerrogativa de autotutela sobre os próprios atos.

O exercício da autotutela corresponde ao poder-dever atribuído à Administração Pública de anular os seus atos contrários à lei. Com efeito, cabe à Administração exercer controle sobre os atos que edita, pois está sujeita ao princípio da legalidade. Tal prerrogativa está consagrada na parte inicial da Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, a qual estipula 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”.

No que tange aos contratos administrativos, a doutrina não é uníssona acerca da possibilidade de a Administração fazer uso da autotutela. Hely Lopes

¹¹³ AMARAL, A. C. C. do. Obra citada, p. 61.

¹¹⁴ AMARAL, A. C. C. do. Idem, ibidem.

¹¹⁵ AMARAL, A. C. C. do. Idem, p. 64.

¹¹⁶ REALE, Miguel. Obra citada, p. 46.

MEIRELLES¹¹⁷, Lúcia Valle FIGUEIREDO¹¹⁸, Diogenes GASPARINI¹¹⁹ e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹²⁰ admitem que o exercício de autotutela referente aos atos unilaterais também se aplica às relações jurídico-contratuais de que participa a Administração.

Para esta última autora, o poder da Administração de declarar a nulidade dos contratos administrativos decorre do disposto no artigo 59 da Lei n.º 8.666/93.¹²¹

Aline Lúcia KLEIN, enumera outros dispositivos específicos da lei de licitações e contratos administrativos que autorizariam o exercício de autotutela pela Administração:

No art. 59, há a previsão de que a pronúncia da invalidade opera retroativamente. O parágrafo único deste dispositivo condiciona a invalidação do contrato à indenização do contratado. Já o art. 49 dispõe acerca da invalidação da licitação pela autoridade competente para sua aprovação. No §2º deste dispositivo estipula-se que a invalidade da licitação induz à do contrato subsequente e remete expressamente ao art. 59.¹²²

Concluiu a autora que “não haveria sentido em se prever a invalidade conseqüente do contrato nestes termos caso não se reconhecesse a competência da Administração para a pronúncia da invalidade tanto da licitação quanto do contrato”.¹²³

No entanto, também baseado na análise do referido diploma legal, Carlos Ari SUNDFELD entende que, não havendo acordo entre as partes, a Administração Pública não pode invalidar unilateralmente seus contratos viciados.¹²⁴

Isso porque o artigo 79, I, da Lei n.º 8.666/93 estipula que a rescisão do contrato através de ato unilateral da Administração ocorrerá somente em virtude dos motivos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo 78 da mesma lei. Ocorre que nestes incisos mencionados não se encontra a rescisão por vício de legalidade. Para o autor, a omissão legal tem o efeito de negar a possibilidade de invalidação pela Administração, pois para o contrato, diferentemente do que ocorre para o ato administrativo, há lei específica, qual seja, a de licitações.¹²⁵

De todo o modo, oportuno esclarecer que o fundamento da invalidação para a

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 232.

¹¹⁸ FIGUEIREDO, L. V. *Extinção...*, p. 67.

¹¹⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 604.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 261.

¹²¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, *ibidem*.

¹²² KLEIN, A. L. *Obra citada*, p. 68.

¹²³ KLEIN, A. L. *Idem*, *ibidem*.

¹²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Os contratos de concessão e sua anulação*, p. 3.

¹²⁵ SUNDFELD, C. A. *Idem*, *ibidem*.

Administração é a restauração da ordem jurídica violada. Por sua vez, o que fundamenta a invalidação para o Judiciário é “o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável ao caso concreto”.¹²⁶

3.1.3 Objeto e motivo da invalidação

Quanto ao objeto da invalidação, mister relembrar o conceito de objeto do ato administrativo. Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe”.¹²⁷ Neste prisma, o ato invalidatório pode dispor sobre um outro ato, sobre uma relação jurídica ou sobre um ato e as relações jurídicas por ele produzidas.

Tudo dependerá do ato a que se refere a invalidação. No caso de um ato administrativo ineficaz, será fulminado apenas o próprio ato, pois este ainda não produziu efeitos.

Quando se tratar de atos eficazes, deve-se distinguir entre os atos abstratos e os atos concretos. Como os atos abstratos são fontes contínuas de efeitos (cada vez que se repetir a situação prevista hipoteticamente no ato, ocorre a sua aplicação), o objeto da invalidação será tanto o ato quanto os seus efeitos, a fim de evitar a produção de novas relações jurídicas e desconstituir as já existentes.

Já, com relação aos atos concretos, a invalidação visará a eliminar a relação jurídica produzida pelo ato, haja vista que o ato se esgota com sua aplicação concreta.

Nos contratos administrativos, a invalidação terá objetos variados. Caso a avença ainda não tiver sido executada, o objeto da invalidação será o próprio contrato. Se se tratar de contrato de prestação continuada, ainda em execução, a invalidação incidirá tanto sobre o contrato quanto sobre os efeitos produzidos. Por sua vez, após a execução do contrato, a invalidação atingirá apenas os efeitos criados pela avença.¹²⁸

O motivo do ato invalidador é a ilegitimidade do ato que se visa a eliminar e da relação por ele gerada, consoante aponta Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.¹²⁹ Noutras palavras, é o próprio vício do ato. Destaque-se que esse motivo,

¹²⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 430.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, p. 365.

¹²⁸ ARRUDA CÂMARA, J. de. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 47.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 430.

conforme relembra Diogenes GASPARINI, “precisa ser devidamente demonstrado pela Administração Pública, sob pena de ilegalidade da declaração invalidadora”.¹³⁰

3.1.4 A invalidação e a observância do devido processo legal

É imprescindível que a invalidação do contrato administrativo observe o devido processo legal. Tendo em vista que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, a sua desconstituição sem a instauração do devido procedimento administrativo afrontaria o princípio da segurança jurídica.

Mais do que isso, vilipendiaria o disposto nos incisos LIV e LV, do artigo 5º da Constituição que estipulam, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Marçal JUSTEN FILHO chega a afirmar que não é possível “apontar um único argumento que legitime a recusa da Administração Pública em ouvir previamente o interessado, facultar-lhe a ampla defesa e o contraditório”.¹³¹ O autor afirma que a própria qualificação do ato administrativo como nulo deve decorrer do processo administrativo. Para ele, seria “juridicamente incabível” concluir que um ato é inválido sem a realização do adequado processo administrativo.¹³²

A jurisprudência nacional tem caminhado nesse mesmo sentido. Os julgados transcritos abaixo são invocados como precedentes pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal:

SERVIDOR PUBLICO. ATO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. I - O poder de a administração pública anular seus próprios atos não é absoluto, porquanto há de observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. II - Recurso ordinário provido.¹³³

ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a

¹³⁰ GASPARINI, D. Obra citada, p. 107.

¹³¹ JUSTEN FILHO, M. *Curso...*, p. 271.

¹³² JUSTEN FILHO, M. *Idem*, *ibidem*.

¹³³ STJ, ROMS 737/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 6.12.1993, p. 26.653.

Administração e ao particular.¹³⁴

Não se olvide que a própria Lei n.º 8.666/93 prevê a indispensabilidade da manifestação dos interessados antes da decisão de anulamento da licitação. É o que dispõe o seu artigo 49, § 3º: “No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

3.1.5 A invalidação derivada

A invalidade do contrato administrativo pode derivar da pronúncia de nulidade de um ato referente à fase de formação da avença. Segundo ensina Marcelo CAETANO: “Os próprios vícios dos actos administrativos em que se funda a celebração do contrato se convertem em vícios deste”.¹³⁵

Assim, tendo sido celebrado o contrato administrativo, a pronúncia da invalidade de um ato pré-contratual poderá desencadear a invalidação da própria avença. Trata-se de consequência da regra contida no artigo 49, § 2º da Lei n.º 8.666/93 que dispõe: “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”.

Afinal, a licitação é caracterizada por ser uma seqüência encadeada de atos tendente a um resultado final, com o que a validade do ato subsequente fica condicionada à validade do anterior.

No entanto, nem todo e qualquer ato prévio viciado acarretará a invalidação do contrato. Primeiramente, é essencial que o vício do ato seja pronunciado, haja vista que não há uma comunicação automática entre o vício não pronunciado do ato prévio e a validade do contrato.¹³⁶

Ademais, deve-se verificar se mesmo suprimido o ato, os demais (posteriores e/ou anteriores) podem manter-se por si próprios. Conforme sintetiza Aline Lícia KLEIN, “a questão a ser enfrentada é a do estabelecimento de uma relação de causa-efeito entre o ato preparatório viciado e o contrato. Deve ser aferido o grau de dependência do contrato concluído com relação ao ato prévio invalidado para que se pondere se é aplicável ou não o regime da invalidade consequente previsto no art.

¹³⁴ STF, RE 158.543/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 6.10.1995, p. 33.135.

¹³⁵ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 211.

¹³⁶ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 84.

49, § 2º da Lei n.º 8.666/93".¹³⁷

Assim, se não houver qualquer vínculo entre o ato prévio e o contrato e se, além disso, a desconformidade do ato não ocasionar prejuízo à finalidade visada com a instauração do procedimento licitatório, poderá não ser decretada a invalidade do contrato. Orientação semelhante é propagada por Lucia Valle FIGUEIREDO:

Em tese, quando se tratar de procedimento administrativo, deverá a Administração, se houver ato inválido, anular todo o procedimento, caso não possa promover seu saneamento. É o caso típico de habilitação, no procedimento licitatório, por ocorrência da preclusão. Entretanto, embora o ato habilitatório (por força da preclusão) não seja passível de saneamento, não deverá conduzir, inexoravelmente, à anulação de todo o procedimento se a habilitação do licitante não tiver contaminado outros atos procedimentais, apesar de ter deflagrado efeitos típicos.¹³⁸

Logo, a invalidação derivada do contrato administrativo deverá ser precedida da verificação da existência ou não de repercussão do vício do ato prévio na avença.

3.2 PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Estabelecidas as características essenciais atinentes ao instituto da invalidação, analisar-se-á o ponto crucial do presente estudo, qual seja, as formas de preservação dos contratos administrativos viciados admitidas pelo Direito.

Tratam-se de soluções que visam a conservar ora o contrato e as situações por ele criadas, ora tão-somente os efeitos já produzidos.

Perceber-se-á que as formas de conservação do contrato administrativo viciado abaixo arroladas muitas vezes configuram verdadeiros limites ao dever de invalidar da Administração Pública, na medida em que presentes os pressupostos que exigem a manutenção da relação jurídica-contratual, estará a Administração, de acordo com o que sustenta a doutrina dominante, vedada a desconstituí-la.

3.2.1 Convalidação

O aproveitamento total ou parcial dos efeitos do ato administrativo inválido ocorre com a convalidação. O ato convalidador é praticado pela Administração com a finalidade de suprir o vício existente em um ato ilegal. Mais precisamente, Carlos

¹³⁷ KLEIN, A. L. Obra citada, p.85.

¹³⁸ FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p. 239.

Ari SUNDFELD aponta que este novo ato “tem dupla finalidade: a) reconhecer a invalidade de um ato passado; e b) herdar os efeitos que, historicamente, este produzira, fazendo-os efeitos seus, com o que se os salva do desfazimento”.¹³⁹

Tal como ocorre com os atos unilaterais, o contrato administrativo portador de vício pode ser conservado através da convalidação.

A primeira condição para que o contrato possa ser convalidado reside na circunstância deste poder ser editado validamente no presente.¹⁴⁰ Trata-se de condição *sine qua non* para a convalidação do contrato administrativo.

Afinal, tal condição decorre da própria natureza da convalidação. Caso a ilegalidade não pudesse ser suprida, não haveria por que editar novamente o ato. Neste contexto, Carlos Ari SUNDFELD expõe que “o vício tem de ser tal que, uma vez eliminado, não impeça a prática de novo ato com conteúdo igual ao do anterior”.¹⁴¹

Além disso, como o ato convalidador busca corrigir o defeito do ato anteriormente editado, deverá produzir efeitos retroativos. Antônio Carlos Cintra do AMARAL é enfático ao sustentar que “só existe convalidação (mediante produção de novo ato) quando os efeitos do ato convalidador retroagem (porque podem retroagir) ao momento da produção do ato convalidado. Caso contrário, está-se diante de um novo ato, com eficácia *ex tunc*”.¹⁴²

Com efeito, quanto ao instituto da convalidação, Carlos Ari SUNDFELD anota que “a possibilidade de praticá-lo depende, teoricamente, de dois fatores: a) da possibilidade de se repetir, sem vícios, o ato ilegal, porque assim poderia ter sido praticado à época; e b) da possibilidade de este novo ato retroagir”.¹⁴³

Ademais disso, o artigo 55 da Lei n.º 9.784/99 dispõe que a Administração Pública, ao convalidar seus atos defeituosos, deverá demonstrar que estes não acarretam “lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros”. É por essa razão que Romeu BACELLAR FILHO afirma que a convalidação “só se justifica em consequência de relevante interesse público”.¹⁴⁴

¹³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*, p. 51.

¹⁴⁰ Conforme explicita Jacintho de ARRUDA CÂMARA: “Não se pode convalidar um contrato quando sua existência em si importe a manutenção do vício que o macula. Não se poderá convalidar pela impossibilidade de corrigir seus vícios”. (*Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p.39).

¹⁴¹ SUNDFELD, C. A. *Ato...*, p. 52.

¹⁴² AMARAL, A. C. C. do. *Obra citada*, p. 71.

¹⁴³ SUNDFELD, C. A. *Ato...*, p. 52.

¹⁴⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Direito administrativo*, p. 71.

3.2.1.1 Limites à convalidação

Existem limites à supressão do vício do ato inválido. Conforme leciona Weida ZANCANER, constituem barreiras à convalidação: a impugnação do interessado e o decurso do tempo.¹⁴⁵

Se o ato que já foi impugnado pudesse ser convalidado, seria, na opinião de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “inútil a arguição do vício, pois a extinção dos defeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica”.¹⁴⁶

Jacinto de Arruda CÂMARA arrola outro fundamento para essa situação. Segundo este jurista, a convalidação atende aos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Esclarece, no entanto, que uma vez impugnado o ato viciado pelo particular, o mesmo princípio da segurança jurídica vedaria a sua convalidação, porque a segurança jurídica decorre da observância do princípio da legalidade, na medida em que esta “conduz à previsibilidade das situações jurídicas”.¹⁴⁷

Neste ponto, arremata que “a confiança que se tem nos atos administrativos – e os contratos também se inserem nessa classe –, por derivarem do Estado e gozarem de presunção de legitimidade, é sobreposta pela confiança que se tem na lei, amparada pela garantia constitucional de que não serão criados direitos nem obrigações senão em virtude desta”.¹⁴⁸

Cumprе salientar que a impugnação pode ser tanto expressa como por resistência do interessado. Disso decorre que os particulares que descumpriram o ato viciado no passado não podem, por isso, ser sancionados, na medida em que o ato deverá ser invalidado.

Acrescente-se que a impugnação do interessado deve ser procedente. Ademais, nos contratos inquinados de vícios meramente irregulares, a impugnação do particular não obstará à Administração convalidá-los, haja vista que tais defeitos são, em princípio, insuscetíveis de invalidação.

O outro limite à convalidação trata-se do decurso de tempo, o qual segundo Weida ZANCANER, “poderá, só por si, gerar a estabilidade do ato, fazendo

¹⁴⁵ ZANCANER, W. Obra citada, p. 60.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 440.

¹⁴⁷ ARRUDA CÂMARA, J. de. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*, p. 8.

¹⁴⁸ ARRUDA CÂMARA, J. de. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 39.

prescindível a convalidação, pois já tê-lo-á sanado pela via chamada 'prescricional'".¹⁴⁹ A estabilização do contrato viciado em razão da incidência de prazos extintivos será objeto de análise específica adiante.¹⁵⁰

3.2.1.2 Ausência de discricionariedade na decisão de invalidação e de convalidação

Questão controvertida na doutrina nacional e estrangeira é relativa ao problema de se saber se a invalidação dos atos viciados trata-se de uma faculdade ou de um dever imposto à Administração Pública. Isto é, se existiria discricionariedade na decisão da Administração de invalidar ou não os seus atos praticados em desconformidade com a matriz normativa.

Pietro VIRGA,¹⁵¹ Guido ZANOBINI,¹⁵² Miguel Seabra FAGUNDES¹⁵³ e Miguel REALE¹⁵⁴ entendem que a invalidação não constitui um dever ao qual a Administração Pública está adstrita.

Para Pietro VIRGA, além do vício de legitimidade, é necessária a existência de um interesse público concreto e específico que justifique a desconstituição do ato. No mesmo sentido, Guido ZANOBINI expõe que “as leis, com efeito, consideram sempre o anulamento *ex officio* como uma *faculdade da Administração*: isto significa que esta, mesmo reconhecendo a ilegitimidade de um ato próprio, *pode abster-se de anulá-lo, por motivos de eqüidade ou de conveniência*, e especialmente para não perturbar as relações complexas porventura constituídas em torno dele”.¹⁵⁵

Miguel Seabra FAGUNDES defende que a invalidação do ato inválido não é um dever imposto à Administração, pois a manutenção desse ato pode prevalecer sobre a sua eliminação, tendo em vista o interesse público.

O entendimento de Miguel REALE não corresponde integralmente às posições acima apresentadas. Para o autor, a invalidação não se trata de uma simples faculdade conferida à Administração, mas sim de um poder-dever. Explicita

¹⁴⁹ ZANCANER, W. Obra citada, p. 60.

¹⁵⁰ Ver *infra*, item 3.2.6.

¹⁵¹ VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*, p. 445-456 **apud** ZANCANER, W. Obra citada, p. 46-47.

¹⁵² ZANOBINI, Guido. *Corso de diritto amministrativo*, vol. I, p. 320 **apud** ZANCANER, W. Obra citada, p. 46-47.

¹⁵³ FAGUNDES, M. S. Obra citada, p. 60 e ss.

¹⁵⁴ REALE, M. Obra citada, p. 61-66.

¹⁵⁵ ZANOBINI, Guido. Obra citada, vol. I, p. 247 **apud** REALE, M. Obra citada, p. 60.

que “as nulidades de pleno direito configuram-se *objetivamente*, mas a Administração, desde que se não firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexista dolo, pode deixar de proferi-la”.¹⁵⁶

Em sentido contrário, Almiro do COUTO E SILVA sustenta que o anulamento de atos viciados é um dever da Administração, pois resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Explica o autor que, não há como defender ser o ato de invalidação facultativo, pois a autoridade que praticou o ato defeituoso pode vir a ser responsabilizada se deste resultar prejuízo para os cofres públicos.¹⁵⁷

Weida ZANCANER também defende que não existe discricionariedade na decisão da Administração Pública de invalidar seus atos eivados de vícios. Afirma que o exercício de faculdades discricionárias advém da lei. Assim, como não existe norma jurídica que confira à Administração Pública a possibilidade de opção discricionária para decidir acerca da invalidação dos atos viciados, estará ela obrigada a invalidar, desde que não seja possível a convalidação.¹⁵⁸

Anote-se que a autora ressalva uma única hipótese no tange a ausência de liberdade da Administração Pública para decidir se invalida ou não determinado ato administrativo reputado inválido. Trata-se dos atos discricionários exarados com vício de competência. Neste caso, cabe à autoridade competente decidir se elimina o ato viciado ou se o convalida.

Compartilha desse mesmo entendimento, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para o qual, “perante atos inválidos a Administração Pública (...) não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo”.¹⁵⁹

Na visão destes dois últimos autores, a pronúncia tanto da invalidação quanto da convalidação são obrigatórias para a Administração Pública. Sustentam que nem mesmo a opção por uma ou outra é discricionária. “Isso porque”, conforme expõe magistralmente Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente”.¹⁶⁰

Nas palavras de Weida ZANCANER, “a convalidação é um ato que não visa

¹⁵⁶ REALE, M. Obra citada, p. 63.

¹⁵⁷ COUTO E SILVA, A. do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, p. 61.

¹⁵⁸ ZANCANER, W. Obra citada, p. 47.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 441.

¹⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Idem*, ibidem.

apenas a restauração do princípio da legalidade, mas também a estabilidade das relações constituídas”.¹⁶¹ Portanto, a opção pela convalidação prevaleceria sobre a invalidação, porque aquela se alicerçaria não só no princípio da legalidade, como também no princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido também se posiciona Almiro do COUTO E SILVA, na medida em que afirma 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”.¹⁶²

Conforme acrescenta Romeu BACELLAR FILHO: “Defende-se o dever de convalidação dos atos que apresentam vícios sanáveis em razão da proteção à estabilidade das relações constituídas, segundo o princípio da segurança jurídica, bem como em homenagem à boa-fé e ao interesse público, desde que o vício, por óbvio, não comprometa a finalidade pública”.¹⁶³

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO questiona, inclusive, a constitucionalidade do disposto no artigo 55 da Lei n.º 9.784/99, que estipula a convalidação como uma faculdade conferida a Administração. Para o jurista, o princípio da segurança jurídica é um dos princípios gerais do Direito que informa a “compostura nuclear” da Constituição.¹⁶⁴ Assim, o legislador infraconstitucional não poderia simplesmente ignorá-lo.

Solução semelhante é a preconizada por José Joaquim Gomes CANOTILHO, o qual entende que o dever de anular os atos administrativos inválidos deve necessariamente partir da articulação de vários subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito.¹⁶⁵ Conforme afirma o jurista luso:

Tendo em conta as exigências resultantes dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica (direitos dos particulares directamente interessados, direitos de terceiros) não se vê como é que a anulação de actos inválidos possa ser uma faculdade discricionária. Os princípios da constitucionalidade e da legalidade não se compaginam com a «arrogância» da administração sobre os próprios vícios.¹⁶⁶

Demais de tudo isso, há, ainda, mais um motivo que favorece a convalidação

¹⁶¹ ZANCANER, W. Obra citada, p. 58.

¹⁶² COUTO E SILVA, A. do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, p. 61.

¹⁶³ BACELLAR FILHO, R. Obra citada, p. 71-72.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 443.

¹⁶⁵ Em que pese o autor ter partido de premissas do direito português, suas conclusões podem ser emprestadas ao direito brasileiro.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 266.

frente à invalidação. É que esta última pode acarretar a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos pelos indivíduos de boa-fé.

No entanto, não se deve olvidar que mesmo nos casos de convalidação, os agentes responsáveis pela prática do ato viciado poderão ser punidos. Segundo expõe Marçal JUSTEN FILHO, a simples preservação do ato defeituoso em virtude da danosidade da pronúncia de seu vício incentivaria a prática de irregularidades. De acordo com o autor, é imprescindível impor punição àqueles que atuaram de forma reprovável a fim de evitar a legitimação de atos teratológicos.¹⁶⁷

3.2.2 Saneamento pelo particular

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁶⁸ e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO¹⁶⁹ admitem que a convalidação pode derivar de um ato do particular afetado. Tal caso ocorreria quando a expedição do ato administrativo tivesse como pressuposto legal a manifestação de vontade do particular e esta exigência não fosse observada. Assim, o particular ao emití-la convalidaria o ato.

Preferimos denominar de saneamento o suprimento de vício através da prática posterior de ato faltante pelo particular.

De todo modo, é imprescindível que, conforme expõe Weida ZANCANER, a prática do ato que fora omitido deva ser feita pelo particular com manifesta intenção de retroagir.¹⁷⁰

Nos contratos administrativos, poderão ser corrigidos por parte do particular vícios de capacidade, consentimento e de procedimento.¹⁷¹

Saliente-se que o suprimento do vício em razão do decurso de tempo também é designado de saneamento por Weida ZANCANER. Para esta jurista, “o decurso de tempo constitui uma das formas de estabilização das relações, e é capaz, portanto, de forma indireta, de validar atos viciados”.¹⁷² No entanto, para fins deste estudo, é aconselhável não confundir estabilização com saneamento.

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, M. *Comentários...*, p. 400.

¹⁶⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Obra citada*, p. 235.

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Obra citada*, p. 440.

¹⁷⁰ ZANCANER, W. *Obra citada*, p. 72.

¹⁷¹ KLEIN, A. L. *Obra citada*, p. 92.

¹⁷² ZANCANER, W. *Obra citada*, p. 73.

3.2.3 Ratificação e confirmação

O suprimento da invalidade do ato administrativo também pode ser denominado ratificação ou confirmação. Recebe o nome de ratificação, quando a emenda procede de declaração de vontade por parte do mesmo órgão da Administração. Por sua vez, denomina-se confirmação, quando a correção do vício do ato administrativo se dá através da declaração de vontade de outra autoridade, desde que competente para tanto.¹⁷³

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que ocorre ratificação na hipótese em que o ato a que se visa corrigir ter sido praticado com vício de incompetência.¹⁷⁴ Ressalva a autora, porém, que não é possível a ratificação se se tratar de competência outorgada com exclusividade. Explica que se um órgão praticar um ato de competência de outro órgão sem que haja delegação, o órgão competente poderá ratificá-lo. Entretanto, se a matéria for de competência exclusiva do segundo órgão, a jurista afirma que não será possível a ratificação. Nessa situação, ousa-se afirmar que, embora não seja possível haver ratificação, o órgão competente poderá confirmar o ato.¹⁷⁵

3.2.4 Conversão e revalidação

Há autores ainda que fazem menção à distinção existente entre os institutos da conversão e da revalidação. Esta última se caracterizaria quando a convalidação aproveitasse a totalidade dos efeitos do ato inválido anterior.¹⁷⁶ Trata-se da substituição deste ato inválido por outro de igual conteúdo e válido. Vale dizer: a retroatividade é completa. Dentro do conceito de revalidação estariam incluídas a ratificação e a confirmação, nos termos supra expostos.

Por outro lado, a conversão é a substituição do ato inválido por outro válido,

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 441.

¹⁷⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 237.

¹⁷⁵ Deve-se ressaltar que não se utiliza aqui a expressão confirmação no sentido que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO a impinge. Para esta autora, na esteira de GORDILLO e CASSAGNE, a confirmação é tanto a renúncia da Administração ao poder de anular o ato ilegal, quanto a vedação para a prática de tal conduta em virtude da prescrição do direito de anular o ato (*Direito administrativo*, p. 238). Para fins deste trabalho, conforme exposto acima, a confirmação é a correção do vício do ato administrativo através de declaração de vontade de órgão diverso daquele que emitiu o ato originário.

¹⁷⁶ Romeu BACELLAR FILHO afirma que o instituto da revalidação “se refere ao prazo de validade dos atos administrativos, ou seja, a Administração Pública renova, com efeitos retroativos, a validade do ato...”. (*Direito Administrativo*, p. 72).

embora de conteúdo diverso do primeiro. Diante disso, os efeitos do ato inválido anterior são apenas parcialmente aproveitados. É por isso que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aduz que o ato cujo objeto ou conteúdo for ilegal não será passível de convalidação, porém poderá ser objeto de conversão.¹⁷⁷

Ademais disso, parcela da doutrina prefere não confundir conversão com convalidação. Afirma-se que o primeiro não é espécie do gênero convalidação, mas instituto diverso,¹⁷⁸ pois a conversão implica a substituição de um ato por outro.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma que com a conversão “o Poder Público trespassa, também com efeitos retroativos, um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido”.¹⁷⁹ Assim, diferentemente do que ocorre na convalidação, em que são resguardados os mesmos efeitos do ato inválido, haverá, na conversão, a produção retroativa de efeitos próprios do novo ato.

Exemplo que nos fornece Lúcia Valle FIGUEIREDO quanto à possibilidade de conversão, trata-se da prática de ato de concessão quando seria tão-somente possível a permissão, haja vista a inexistência de autorização legislativa.

É importante frisar que a conversão de um contrato administrativo depende da concordância do contratante particular, bem como não deve impor a este conseqüências desfavoráveis ou mais gravosas do que as previstas na contratação original.

3.2.5 A estabilização dos efeitos do contrato administrativo viciado

Na estabilização do contrato administrativo viciado não há qualquer ação, quer por parte da Administração, quer pelo particular, que se destine à correção do vício.¹⁸⁰

O contrato é mantido tal como foi celebrado, inclusive o vício permanece existindo.¹⁸¹ No entanto, a avença torna-se imune a qualquer tentativa de

¹⁷⁷ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 237.

¹⁷⁸ Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, C. A., Obra citada, p. 441; DI PIETRO, M. S. Z., Obra citada, p. 237; e FIGUEIREDO, L. V., *Curso...*, p. 230.

¹⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 441.

¹⁸⁰ Conforme expõe Jacintho de ARRUDA CÂMARA, a estabilização “não reclama qualquer ação, seja da Administração, seja do contratado, no sentido de corrigir o vício que maculou o contrato”. (*Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p.40).

¹⁸¹ Conforme afirma Aline Lúcia KLEIN: “Na estabilização, não se verifica propriamente o saneamento da ilegalidade. O contrato viciado permanece tal como foi celebrado, sem a correção do defeito”

desconstituição. Os efeitos produzidos pelo contrato viciado são resguardados e a relação continua a produzir efeitos para o futuro.

Em suma, a ilegalidade não é pronunciada e, com o decurso de prazos extintivos como a prescrição e a decadência, tanto a avença quanto os seus efeitos são preservados. Como se percebe, a vedação à pronúncia da ilegalidade decorre nestes casos da incidência de prazos extintivos previstos em lei.

Todavia, há autores que sustentam que o contrato administrativo viciado pode ser estabilizado mesmo antes do decurso de tais prazos extintivos.¹⁸² Para tais autores, o que determina a estabilização dos efeitos dos contratos administrativos nestes casos seria a incidência de princípios jurídicos destinados a preservar a relação construída.

Segundo afirma Jacintho de ARRUDA CÂMARA, “os efeitos do ato viciado encontram, por assim dizer, outro suporte que não o ato que os produziu”. Afirma o jurista que através desta forma de preservação do ato administrativo viciado “não carece ser atingido o prazo prescricional para que se dê a estabilização; entretanto, é necessário agregar outro princípio ao da segurança jurídica, para que os efeitos do ato viciado se vejam estabilizados. Este princípio é o da proteção à boa-fé dos administrados”.¹⁸³

Aline Lícia KLEIN aponta a diferença que existiria entre a vedação à pronúncia da ilegalidade que ocorreria na referida estabilização do contrato viciado e aquela que se verifica quando a invalidade não pode ser decretada em razão incidência de prazos extintivos como a prescrição e a decadência:

No caso da verificação de prazo extintivo, é o simples decurso de determinado lapso temporal expressamente previsto em lei que permite a manutenção do contrato viciado. Já no caso dos contratos 'estabilizados' ora analisados, o Direito impede a pronúncia do vício, mesmo antes do decurso do prazo decadencial ou prescricional, visando ao atendimento de outros valores e princípios jurídicos que se sobressaem no caso concreto.¹⁸⁴

Poder-se-ia associar tal espécie de estabilização com as situações resultantes da constatação de barreiras ao dever de invalidar e de convalidar, tal como pensado por Weida ZANCANER.

Conforme ensina a autora, “frente a nosso sistema jurídico positivo, [a

(*Os vícios dos contratos administrativo*, p. 96). Segundo Jacintho de ARRUDA CÂMARA, o fato de o contrato permanecer ostentando o mesmo vício de quando foi celebrado é precisamente o que difere a estabilização da convalidação (*Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 40).

¹⁸² A incidência dos prazos extintivos será analisada com mais detalhes no próximo item.

¹⁸³ ARRUDA CÂMARA, J. de. Idem, p. 19.

¹⁸⁴ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 97.

Administração Pública] ora tem o dever de convalidar, ora o dever de invalidar os atos por ela exarados com vício, mas ambos os deveres têm limites, isto é, barreiras impostas pelo próprio ordenamento jurídico, e quando essas barreiras são detectadas descabe à Administração Pública convalidar ou invalidar seus atos viciados”.¹⁸⁵

Neste contexto, a referida jurista ensina que a incidência de prazos extintivos implicaria em uma barreira ao dever de invalidar.¹⁸⁶ No entanto, explica que o dever de invalidar poderia ser obstruído mesmo nos casos em que não tenha ocorrido a completude do prazo dito prescricional. Isso se daria quando, diante de um ato inválido que produziu situação jurídica ampliativa de direito ou concessiva de benefício, fossem preenchidos os seguintes requisitos: “houver decorrido um certo 'lapso de tempo' desde a instauração da relação viciada; existência de uma regra ou princípio de Direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário”.¹⁸⁷

Assim, de acordo com tal raciocínio, satisfeitas as referidas exigências, a Administração Pública ficaria impedida de invalidar o ato viciado, com o que configurar-se-ia um caso de estabilização da relação jurídica produzida com vícios mesmo antes do decurso dos prazos extintivos legais.

Contudo, Weida ZANCANER previu que o lapso de tempo a ser decorrido a partir da instauração da relação jurídica deveria ser de no mínimo cinco anos. Conforme se verá adiante, este é o prazo decadencial para a Administração anular seus atos eivados de vícios. Assim, escoado tal prazo, restaria decaída a possibilidade de o Poder Público invalidar o ato, com o que não haveria necessidade de se valer tão-somente da invocação de princípios de Direito para a sua estabilização.

A propósito, ao tratar do artigo 59 da Lei n.º 9.784/99, Almiro do COUTO E SILVA afirma que “não há que se fazer qualquer ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica” no caso da incidência do prazo decadencial.¹⁸⁸ Arremata o autor que: “O legislador ordinário é que efetuou essa ponderação, decidindo-se pela prevalência da segurança jurídica, quando verificadas as

¹⁸⁵ ZANCANER, W. Obra citada, p. 62.

¹⁸⁶ A incidência de prazos extintivos será objeto de análise na próxima seção.

¹⁸⁷ ZANCANER, W. Obra citada, p. 62.

¹⁸⁸ COUTO E SILVA, A. 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*, p. 21.

circunstâncias perfeitamente descritas no preceito”.¹⁸⁹

Por outro lado, sustentar a estabilização da relação jurídica viciada antes mesmo do transcurso do lapso de cinco anos parece que não se coadunaria com o princípio da segurança jurídica. Afinal, a segurança jurídica é garantida com a observância da lei. Assim, antes da exaustão do prazo extintivo legalmente previsto, a segurança jurídica impõe, em princípio, a eliminação do ato ou contrato defeituoso. Somente após o transcurso desse lapso temporal, é que este mesmo princípio indica a conservação da avença viciada. O próprio Jacintho de ARRUDA CÂMARA expõe de forma clara o aspecto que a segurança jurídica visa proteger em cada situação:

Antes do prazo, a “segurança” se faz jurídica preservando a legalidade, dando garantia de que os efeitos produzidos em desconformidade com a lei serão desconstituídos; após o marco temporal estabelecido, a “segurança” protegida juridicamente está em preservar situações há muito constituídas sem sofrer qualquer impugnação e que merecem estabilidade do ordenamento jurídico sob pena de se cair num clima de incerteza constante, a cuja existência o direito se opõe ontologicamente.¹⁹⁰

Portanto, antes do decurso de prazo extintivo legal, não parece ser possível afirmar ter sido a relação jurídica contratual estabilizada em virtude da invocação do princípio da segurança jurídica e da existência de boa-fé por parte do contratado. Dentro desse espaço de tempo, a Administração deverá convalidar, caso presentes os requisitos, ou, em última alternativa, invalidar o contrato viciado, nos termos já expostos.

3.2.6 A incidência de prazos extintivos

À Administração Pública não é dado decretar a invalidade de seus atos e contratos viciados a qualquer tempo. O decurso de certo lapso de tempo é capaz de consolidar determinadas relações jurídicas criadas de modo ilegal, de modo que fica obstruída a sua desconstituição.

Conforme ensina Miguel REALE, “o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometa”.¹⁹¹

Afinal, o Direito não se coaduna com situações de eterna incerteza. É preciso que as relações sociais se estabilizem. Tal raciocínio é justamente o que

¹⁸⁹ COUTO E SILVA, A. do. *Idem*, *ibidem*.

¹⁹⁰ ARRUDA CÂMARA, J. de. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*, p. 16.

¹⁹¹ REALE, M. *Obra citada*, p. 68.

fundamenta a existência dos institutos como os da prescrição e da decadência.

No direito administrativo, a vedação à atuação tardia da Administração frente a situações constituídas de modo viciado é ainda mais relevante, pois os atos administrativos gozam da presunção de legalidade. Com efeito, este atributo robustece a expectativa dos administrados na manutenção das relações jurídicas formadas.

O próprio princípio da segurança jurídica impõe a existência de prazos extintivos. Como se percebe, passado um certo lapso considerável de tempo, os prejuízos decorrentes da desconstituição de um ato ou contrato administrativo serão maiores do que os resultantes da sua preservação.

Assim, tendo exaurido o prazo para a anulação do contrato, este continuará a emanar seus efeitos, em que pese o vício não deixar de existir. Ocorre que este defeito não poderá mais ser invocado para a desconstituição do contrato.

Antes de analisar os prazos que vedam a invalidação do contrato por parte do particular e da Administração, é útil delinear as diferentes espécies de prazos extintivos. A prescrição é “a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento...”.¹⁹² Vale dizer, na prescrição ocorre o desaparecimento de um instrumento, qual seja, o meio de defesa de uma pretensão jurídica. Por sua vez, a decadência “é o perecimento do direito pelo não exercício no prazo fixado em lei”.¹⁹³ Desta forma, incide tal prazo extintivo, quando o próprio direito substantivo não é exercitado. Deve-se citar ainda a preclusão, que é a perda de uma oportunidade processual. Esta opera-se no interior da relação processual, seja esta administrativa ou judicial.

3.2.6.1 Prescrição da pretensão do administrado de provocar a invalidação do contrato

A lei de licitações e contratos administrativos estipula prazos específicos para o resguardo de direitos por parte de particulares na via administrativa. Consoante disposto no artigo 109, I, da referida lei, o prazo para a interposição de recurso é de cinco dias úteis. Na hipótese de se impugnar ato praticado em licitação na modalidade convite, o prazo diminui para dois dias úteis, conforme prevê o contido

¹⁹² MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 710.

¹⁹³ MEIRELLES, H. L. *Idem*, ibidem.

no § 6º do citado dispositivo legal.

O decurso desses prazos implica na preclusão administrativa, mas não na prescrição, de modo que o administrado ainda tem a sua disposição outros meios de se opor ao ato que reputar inválido.

Segundo adverte Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ainda que esteja preclusa a pretensão do administrado na via administrativa em virtude da exaustão dos prazos previstos, não é permitido à Administração Pública ignorar a sua insurgência procedente se ainda não ocorreu a prescrição na via judicial.¹⁹⁴

Conforme explana o doutrinador, uma vez que a atuação da Administração está adstrita ao princípio da legalidade, esta “não poderá contemporizar com atos violadores do direito impugnados, e terá de fulminá-los”.¹⁹⁵ É claro que se a possibilidade do administrado insurgir-se estiver prescrita na via judicial, não poderá a Administração eliminar o ato ou contrato viciado, pois já terá decorrido “o lapso de tempo a partir do qual o Direito considerou necessário promover a definitiva estabilização da sobredita situação jurídica”.¹⁹⁶

No caso das ações judiciais propostas pelos administrados contra o Poder Público, estas de modo geral prescrevem em cinco anos, nos termos do disposto no artigo 1º do Decreto 20.910/32.

Prescreve no mesmo prazo de cinco anos a impugnação do contrato viciado através da ação popular, conforme dispõe o artigo 21 da Lei n.º 4.717/65. No entanto, na hipótese de o administrado optar pelo manejo do mandado de segurança, o prazo, como se sabe, será de cento e vinte dias a teor do contido no artigo 18 da Lei n.º 1.533/51.

3.2.6.2 Decadência da possibilidade de a Administração Pública invalidar o contrato

A Administração também está sujeita a prazo específico para invalidar seus atos e contratos viciados. No entanto, esse prazo não é prescricional, mas sim decadencial.

Isso porque não se trata de perda da ação. Trata-se da perda do próprio

¹⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 965.

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, ibidem.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 966.

direito pela omissão de seu exercício no prazo previsto. Afinal, diferentemente do que ocorre com os administrados, a Administração não necessita utilizar um meio (ação) para invalidar seus atos ilegais. Conforme demonstrado acima, a Administração Pública pode valer do exercício da autotutela e, assim, desconstituir *sponte propria* os atos e contratos administrativos desconformes à lei.

Por essa razão, é que Weida ZANCANER entende que “o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência...”. Conforme conclui a autora, “o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação”.¹⁹⁷

De toda sorte, a regra insculpida no artigo 54 da Lei n.º 9.784/99 indica de forma apurada que a impossibilidade de a Administração anular os seus atos viciados em decorrência do transcurso do prazo ali fixado configura situação de decadência.

Referido texto legal dispõe que: “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”.

Assim, ressalvados os casos de má-fé, o prazo para a Administração prover ela própria sobre determinada situação é de cinco anos.

Aos contratos administrativos, aplica-se perfeitamente o mencionado dispositivo legal. Essa é a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o qual assevera que “dito prazo também se aplica aos contratos administrativos, pois, se é impositivo perante atos unilaterais, quando o particular, então, sequer concorreu para a integração deles, maiormente deverá sê-lo se estes são fruto de vontades que se transfundem para lhes dar nascimento”.¹⁹⁸

Entende-se que o Poder Público dispõe do mesmo prazo quinquenal para impugnar o contrato judicialmente.¹⁹⁹ Tal conclusão decorreria da dicção legal do § 2º do mesmo artigo 54 da Lei n.º 9.784/99, o qual prevê que: “Considera-se exercício do direito anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.²⁰⁰

Ainda que não se concorde com tal interpretação, ao utilizar raciocínio diverso

¹⁹⁷ ZANCANER, W. Obra citada, p. 77.

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 970.

¹⁹⁹ Discorda nesse ponto Hely Lopes MEIRELLES, para o qual “a prescrição das ações da Fazenda Pública contra o particular é a comum da lei civil ou comercial, conforme a natureza do ato ou contrato a ser ajuizado”. (*Direito administrativo brasileiro*, p. 712).

²⁰⁰ Essa é a conclusão de KLEIN, A. L., Obra citada, p. 103.

se chegará ao mesmo prazo de cinco anos, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé.²⁰¹ Conforme ensina Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, na medida em que não haja especificação legal que disponha de modo diverso, estará o Poder Público adstrito ao aludido prazo prescricional quando proceder judicialmente, pois “este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos”.²⁰²

O autor expõe que carece de fundamento diferenciar a Administração do administrado no que tange ao prazo previsto para cada qual ingressar tempestivamente em juízo contra o outro.²⁰³

Posição oposta é a de Régis Fernandes de OLIVEIRA. Este autor propõe ser imprescritível o reconhecimento da invalidade dos atos administrativos por parte do Poder Público. Diante da constatação tardia de uma invalidade, ainda seria facultado à Administração, segundo o autor, decidir entre a convalidação ou a eliminação do ato.²⁰⁴

De todo o modo, cabe salientar que nem mesmo estando configurada a comprovada a má-fé aludida pelo artigo 54 da Lei n.º 9.784/99, estará o direito de invalidar da Administração privado da incidência de prazos extintivos. Nesta hipótese, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO propõe a analogia com o direito civil, de modo que o prazo seria o de dez anos em face do que dispõe o artigo 205 do Código Civil.²⁰⁵

Alerta o autor, todavia, que tal prazo só deve começar a correr na gestão seguinte àquela durante a qual foi praticado o ato defeituoso. Isto para evitar o acobertamento do ilícito, conforme estatui regra semelhante presente no artigo 23, I da Lei n.º 8.429, que dispõe acerca do combate à improbidade administrativa.²⁰⁶

²⁰¹ Cumpre anotar que Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende que o aludido prazo prescricional inicia-se apenas após encerrar-se o período em que a autoridade praticante do ilícito permaneceu no governo (Obra citada, p. 973).

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 972.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, ibidem.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, p. 139-141.

²⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 973.

²⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, ibidem.

3.2.7 A invalidação com efeitos não retroativos²⁰⁷

A invalidação do ato administrativo produz em regra efeitos retroativos, com o que se desconstitui tanto a relação jurídica formada quanto os efeitos por ela produzidos. Todavia, é possível afastar a incidência retroativa da pronúncia de invalidade e, assim, conservar os efeitos já produzidos pelo ato invalidado.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ensina que a invalidação nem sempre opera efeitos *ex tunc*, pois em alguns casos são resguardados certos efeitos pretéritos de atos nulos e anuláveis em respeito ao princípio da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa.²⁰⁸ Essa também é a posição de Marcelo CAETANO, para quem “a retroactividade da anulação é condicionada pelas possibilidades de destruição dos efeitos já produzidos e deve ser temperada segundo as exigências do interesse público”.²⁰⁹

Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, a sua invalidação deverá produzir efeitos *ex tunc*. No entanto, a supressão do ato operará efeitos *ex nunc*, caso este seja ampliativo da esfera jurídica do administrado que laborou de boa-fé e não concorreu para o vício.²¹⁰

Uma vez que os atos administrativos revestem-se da presunção de legitimidade, não haveria justificativa para o desfazimento daquilo que foi produzido com a aquiescência da Administração Pública e observado pelo administrado de boa-fé.²¹¹

Da mesma forma, para os contratos administrativos, existem autores que sustentam a possibilidade de a invalidação não produzir efeitos retroativos, em que pese o artigo 59 da Lei n.º 8.666/93 expressamente prever o contrário.²¹²

Para tais autores, poderão ser conservados os efeitos que foram produzidos anteriormente pelo contrato, apesar da pronúncia da sua invalidade. A preservação desses efeitos também se daria em razão da incidência dos princípios da segurança

²⁰⁷ Optou-se por estudar a invalidação com efeitos não retroativos ao lado das demais formas de preservação do contrato viciado, pois, em que pese tal figura não corresponder à manutenção do contrato administrativo em si, refere-se à preservação dos seus efeitos, o que muitas vezes chega a ser mais relevante do que a preservação da avença propriamente dita.

²⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 432.

²⁰⁹ CAETANO, M. Obra citada, p. 211.

²¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 445.

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem, p. 445-446.

²¹² Sustentam tal possibilidade ARRUDA CÂMARA, J., *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 44; e KLEIN, A. L., Obra citada, p. 78-83.

jurídica e da boa-fé.²¹³

Expõem os defensores de tal possibilidade que, muitas vezes, a desconstituição dos efeitos do contrato invalidado poderia causar maior lesão ao interesse público do que a simples manutenção da situação criada. De acordo com Aline Lícia KLEIN, “seja por consistirem em situação fática já consolidada seja pelo fato de sua desconstituição vulnerar desproporcionalmente os interesses envolvidos, os efeitos dos contratos viciados podem ser preservados mesmo no caso de invalidação da avença”.²¹⁴

Para Jacintho de ARRUDA CÂMARA, “o que fora constituído com base em contrato declarado nulo, desde que não importe prejuízo patrimonial à Administração, em regra é preservado”.²¹⁵

Este autor explica que, após a invalidação, o contrato deixa de ser ato jurídico capaz de prescrever obrigações para as partes e passa a ser fato jurídico sobre o qual incidem outras normas jurídicas.²¹⁶ Existiriam, assim, efeitos criados pelo contrato inválido que encontram suporte no ordenamento jurídico e que, portanto, não devem ser desconstituídos. Conforme expõe o citado jurista:

Se, com certeza, o contrato inválido perde sua eficácia jurídica, o mesmo não se pode afirmar para a sua eficácia de ordem fática. Algumas das *situações fáticas* criadas a partir do contrato inválido não são suscetíveis de desconstituição. Situações irreversíveis por sua própria natureza (demolição de um prédio, por exemplo), ou aquelas cuja desconstituição implique um prejuízo maior ao interesse público do que o causado pela sua manutenção afrontosa à legalidade, são exemplos de efeitos que, não obstante derivem de um contrato inválido, permanecem no mundo fenomênico, produzindo reflexos jurídicos.²¹⁷

Portanto, a partir desse raciocínio, a invalidação do contrato administrativo viciado poderia atingir tão-somente os seus efeitos jurídicos – os quais dizem respeito às prescrições que emanam da avença – e, assim, manter incólumes os efeitos fáticos anteriormente produzidos.

²¹³ KLEIN, A. L. Obra citada, p. 79.

²¹⁴ KLEIN, A. L. Idem, ibidem.

²¹⁵ ARRUDA CÂMARA, J. de. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 46.

²¹⁶ ARRUDA CÂMARA, J. de. Idem, p. 43.

²¹⁷ ARRUDA CÂMARA, J. de. Idem, p. 44.

4 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA PRESERVAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS

Verificou-se que a pronúncia da invalidade com efeitos não retroativos e a conservação dos contratos administrativos viciados – seja pela convalidação, seja pela incidência de prazos extintivos – representam soluções que decorrem da incidência de determinados princípios jurídicos na atividade administrativa.

Nesse contexto é que se examinará o papel que exercem os princípios da legalidade, da segurança jurídica (e da proteção à confiança) e da boa-fé na preservação das relações contratuais celebradas pela Administração Pública.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Trata-se de princípio específico do Estado de Direito, o qual garante que a atuação do Executivo não ultrapassará a mera concretização da vontade geral expressa na lei.

À Administração Pública é defeso agir *contra-legem* ou *praeter legem*, sendo-lhe apenas facultado atuar *secundum legem*. Ou seja, não basta à Administração apenas evitar infringir a lei. Mais do que isso, deve atuar somente em consonância com as suas prescrições.

É o que André Gonçalves PEREIRA chama de concepção ampliativa do princípio da legalidade, a qual é identificada na teoria de Charles EISENMANN como um relação de conformidade com a lei.²¹⁸ Em suma, só é permitido fazer o que a lei autoriza, pois o que não é permitido é proibido.

No que tange especificamente ao princípio da prevalência da lei (uma das vertentes do princípio da legalidade), José Joaquim Gomes CANOTILHO leciona que este “vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência da aplicação da lei)”.²¹⁹

No Brasil, o princípio da legalidade é previsto especificamente nos artigos 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição.

²¹⁸ VIEIRA, José Roberto. *Princípios constitucionais e Estado de Direito*, p. 96.

²¹⁹ CANOTILHO, J. J. G. Obra citada, p. 256.

De acordo com a dicção do referido artigo 5º, II,²²⁰ depreende-se que a Administração não poderá obrigar ou proibir conduta alguma aos administrados a menos que exista lei que assim determine. O ato administrativo somente cerceará direitos de terceiros caso se destine a pormenorizar o mandamento previamente delineado pelo texto legal.

Nos termos do artigo 84, IV, da Carta Magna,²²¹ verifica-se que os decretos e regulamentos serão expedidos pelo Presidente da República tão-somente a fim de promover a “fiel execução da lei”. Por sua vez, o artigo 37, *caput*, da Constituição²²² proclama o dever de obediência da própria Administração Pública ao seu postulado.

Resta claro, portanto, que, em virtude do princípio da legalidade, a atividade da Administração não poderá extrapolar os limites legais, na medida em que esta deve se reter a apenas expedir comandos complementares da lei.

No entanto, deve-se frisar que a atividade administrativa não está apenas subordinada ao atendimento da lei, mas também do Direito.²²³ Isto implica em afirmar que a Administração deverá necessariamente obedecer aos demais princípios gerais de Direito e princípios específicos do ramo administrativo. Vale dizer, a Administração está submissa ao ordenamento jurídico como um todo.

Tal raciocínio reflete uma noção mais ampla do princípio da legalidade, em que a conformidade com a lei não é considerada em termos absolutos. O que passa a ser imprescindível é a conformidade com o Direito. Segundo expõe Angela Cassia COSTALDELLO, na esteira de Georges DUPUIS, Marie-José GUÉDON e Patrice CHRÉTIEN, o princípio da legalidade, neste sentido amplo, avoca a feição de “princípio da juridicidade”.²²⁴

Assevera a autora que “a estrita legalidade, que retira da literalidade da lei a sua aplicação aos casos concretos, exige novos contornos, em moldes menos inflexíveis”.²²⁵

Não se deve olvidar que a necessidade da fiel subsunção das atividades da Administração à lei constitui um meio para realizar o interesse público. Afinal, é a lei

²²⁰ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei”.

²²¹ “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

²²² “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”.

²²³ Nesse sentido, MEIRELLES, H. L., *Direito administrativo brasileiro*, p. 88.

²²⁴ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos*, p. 131.

²²⁵ COSTALDELLO, A. C. *Idem*, *ibidem*.

que define quais interesses públicos devem ser perseguidos, bem como estabelece quais são as formas adequadas para concretizá-los. Conforme ressalta Weida ZANCANER: “A necessidade da completa subsunção da Administração à lei não é um fim em si, mas constitui meio para que ela possa cumprir o fim ao qual se encontra adstrita, isto é, a consecução do interesse público”.²²⁶

Neste contexto, reconhece-se, atualmente, que para satisfazer o bem comum, a atividade estatal não só deve obedecer aos termos da lei, como deve estar em consonância com outros princípios gerais do Direito, em especial a segurança jurídica e a boa-fé.

De acordo com Lúcia Valle FIGUEIREDO: “Sem dúvida, valor a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica, a segurança das relações estabelecidas”.²²⁷

A consideração destes outros princípios alcança também os contratos administrativos viciados, de modo que sua convalidação deverá ser efetivada quando for constatada a presença de um vício que, embora esteja desconforme ao estrito termo da lei, apresente-se em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo.

4.2 PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Conforme relembra José Roberto VIEIRA, já no preâmbulo da Constituição a segurança é proclamada como um dos valores supremos da sociedade brasileira.²²⁸ Os constitucionalistas, entretanto, não reconhecem força obrigatória aos preceitos do preâmbulo constitucional se estes não estiverem repetidos dentro do próprio corpo da Constituição.²²⁹ Todavia, asseveram o caráter ideológico²³⁰ e o elevado valor desses dizeres no exercício de interpretação dos dispositivos constitucionais.

De toda a forma, a segurança é reafirmada no *caput* do artigo 5º da Lei Máxima como uma das garantias asseguradas aos cidadãos. Constitui, assim, em

²²⁶ ZANCANER, W. Obra citada, p. 23.

²²⁷ FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p. 240.

²²⁸ VIEIRA, J. R. Obra citada, p. 98.

²²⁹ Anota José Roberto VIEIRA que nesse sentido é a lição de Celso Ribeiro BASTOS, Pinto FERREIRA e Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Princípios constitucionais e Estado de Direito*, p. 98).

²³⁰ Conforme leciona José Roberto VIEIRA, o caráter ideológico do preâmbulo constitucional já era afirmado por Hans Kelsen (*Princípios constitucionais e Estado de Direito*, p. 98).

um princípio que visa a assegurar segurança jurídica às pessoas.

Em verdade, conforme assevera José Joaquim Gomes CANOTILHO, o princípio da segurança jurídica é considerado como um dos elementos constitutivos do próprio Estado de Direito.²³¹ Ou, nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES, uma das vigas mestras da ordem jurídica.²³²

Certamente por essa razão é que o artigo 2º da Lei n.º 9.784/99 determinou a obediência por parte da Administração ao princípio em questão.

Impende, assim, estipular o conteúdo deste princípio. Este se identifica com a noção de certeza do direito, a qual “é relacionada com a de delimitação das esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado...”.²³³

Um dos efeitos da aludida noção de certeza do direito, é a previsibilidade da ação estatal. A circunstância de os indivíduos saberem antecipadamente o que devem ou o que podem fazer, dada a previsão que conseguem ter de seus deveres e direitos dentro de um determinado Estado de Direito.

Conforme bem sintetiza Paulo de Barros CARVALHO: “Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”.²³⁴

Percebe-se, nesse ponto, que o objetivo do referido princípio confunde-se com um dos objetivos do próprio Direito, qual seja, o de ensejar a estabilização das relações sociais juridicamente relevantes.

Consoante bem lembrado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO “um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilização das relações constituídas. É a pacificação social dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem”.²³⁵ Na visão do autor, esse objetivo é muito mais importante para o direito administrativo do que para o direito privado, dado que os atos administrativos repercutem de modo mais amplo, isto é, “interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior”.²³⁶

²³¹ CANOTILHO, J. J. G. Obra citada, p. 257. É o que também afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para o qual o princípio da segurança jurídica é “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. (*Curso de direito administrativo*, p. 112).

²³² MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, p. 98.

²³³ VIEIRA, J. R. Obra citada, p. 99.

²³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 150.

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 439.

²³⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 439.

Verifica-se, assim, a importância do princípio da segurança jurídica para o presente trabalho, na medida em que o contrato administrativo se apresenta como a relação jurídica na qual os contratados depositam a expectativa legítima de que não haverá modificações repentinas em virtude de vícios de legalidade, haja vista que a Administração possui o dever de agir somente em conformidade com o ordenamento.

O princípio da segurança jurídica impõe, como se vê, a tutela da confiança do co-contratante particular. Em verdade, a proteção da confiança está estritamente associada ao princípio da segurança jurídica. Parte da doutrina chega a considerá-la como sendo o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO ensina que “a *proteção da confiança* se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”.²³⁷

No entanto, Almiro do COUTO E SILVA afirma que, modernamente, em especial no direito comparado, a doutrina tem evocado a existência de dois princípios distintos, segurança jurídica e proteção da confiança, em que pese as íntimas conexões entre eles.²³⁸

No direito brasileiro, a preocupação com a identificação do aspecto subjetivo da segurança jurídica é recente, de forma que os textos legislativos fazem menção tão-somente a segurança jurídica, em que pese, muitas vezes, estarem tratando, na verdade, acerca da proteção da confiança.

No que diz respeito ao conteúdo da proteção à confiança, Almiro do COUTO E SILVA expõe que o referido princípio:

(a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais, por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.²³⁹

Ou seja, o que justifica a preservação dos atos administrativos inquinados de vícios é “a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de

²³⁷ CANOTILHO, J. J. G. Obra citada, p. 257. Por outro lado, expõe o autor que a segurança jurídica propriamente dita se relacionaria com os elementos objetivos da ordem jurídica, quais sejam, a garantia de estabilidade jurídica e a segurança de orientação e realização do direito.

²³⁸ COUTO E SILVA, A. 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*, p. 4.

²³⁹ COUTO E SILVA, A. do. *Idem*, p. 5.

legalidade e da aparência de legitimidade que têm os atos do Poder Público”.²⁴⁰

Nesse passo, impende lembrar algumas noções acerca da presunção de legitimidade que envolve o exercício da função administrativa.

A Administração Pública encontra-se em posição de supremacia frente aos particulares, precisamente porque a sua atuação destina-se a satisfação do interesse público. Em virtude disso, o ordenamento jurídico lhe confere certas prerrogativas que não se verificam nas relações de direito privado. Os atributos dos atos administrativos, como a imperatividade, a exigibilidade, a exectoriedade e a presunção de legitimidade, são exemplos desses poderes especiais outorgados à Administração.

Para o presente estudo, importa em especial o atributo da presunção de legitimidade. Em virtude dele, os atos administrativos são considerados legítimos até que seja pronunciado o contrário pelo órgão competente.

Essa presunção também se encontra presente quando a Administração celebra contratos com o particular. O contratado presume que a relação contratual atende ao princípio da legalidade e, por isso, cria a legítima expectativa de que a relação jurídica não será modificada em razão de ilegalidade.

Conforme sintetiza com precisão Angela Cassia COSTALDELLO: “A legalidade, a que está jungida a atividade administrativa, e a presunção de legitimidade que possuem os atos administrativos, constituem baluartes nos quais os administrados têm, ainda que tênue, a segurança e a certeza de que aquela ação ou ato não irá, repentinamente, resultar em alteração da situação jurídica concretizada”.²⁴¹

Soma-se a isso a circunstância de que mesmo sendo o contrato inválido, o particular é obrigado a cumpri-lo até que a invalidade seja pronunciada, sob pena de restar configurada a sua inadimplência. Conforme se viu acima,²⁴² contra a exigência do cumprimento dos contratos nulos e anuláveis não há garantia de um direito de resistência do particular.

Desta feita, não seria admissível recaírem conseqüências negativas sobre o particular que agiu de acordo com um contrato inválido – que, saliente-se, tinha o dever de presumir ser válido –, haja vista que a sua orientação não poderia ter sido

²⁴⁰ COUTO E SILVA, A. 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*, p. 5.

²⁴¹ COSTALDELLO, A. C. Obra citada, p. 135.

²⁴² Ver *supra*, item 2.3.2.

de outra forma.

No escólio de Marçal JUSTEN FILHO: “Se todo o particular tem o dever de atender e respeitar atos administrativos dotados de um mínimo de aparência de regularidade, isso significa a impossibilidade de imputar-se ao dito particular algum defeito de conduta quando atua de modo a respeitar a atividade administrativa do Estado”.²⁴³

A quebra da expectativa do particular de que o contrato era válido e regular, como se percebe, ofende frontalmente a segurança jurídica e a proteção à confiança que o Direito visa a garantir.

Acrescente-se que o princípio da segurança jurídica revela-se útil não só aos administrados, como também ao próprio Poder Público, que certamente terá custos mais baixos ao contratar com o particular se agir de modo uniforme e previsível.

Portanto, pode-se concluir que é da maior relevância a função do princípio da segurança jurídica na manutenção de atos e contratos administrativos eivados de vícios.

4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Assim como o princípio da segurança jurídica, o princípio da boa-fé revela-se de extrema importância para a fundamentação das soluções que preconizam a preservação dos contratos administrativos viciados.

Em verdade, os dois princípios formam um binômio protetor dos efeitos produzidos por atos administrativos eivados de vícios.²⁴⁴ Com efeito, fundamentam o dever de a Administração convalidar seus atos defeituosos – quando tal solução seja possível –, bem como servem de base à estabilização dos atos viciados alcançados pela prescrição ou decadência.

No que diz respeito especificamente à boa-fé, a doutrina civilista a distingue em duas acepções: a subjetiva e a objetiva.

A boa-fé subjetiva é um estado de ignorância do indivíduo sobre a real situação jurídica que se apresenta diante de si. A pessoa acredita ser titular de direitos que, entretanto, só existem na aparência.²⁴⁵ Em consequência disso, a

²⁴³ JUSTEN FILHO, M. *Comentários...*, p. 509.

²⁴⁴ Essa é a conclusão de ARRUDA CÂMARA, J., *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*, p. 19.

²⁴⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 132.

expectativas alimentadas podem ser tuteladas pelo Direito.

Na acepção objetiva, a boa-fé configura um dever de agir de acordo com certos padrões de correção, lisura e honestidade a fim de não frustrar a confiança depositada pela outra parte.²⁴⁶ Indica, sobremaneira, a necessidade de os participantes de uma determinada reação jurídica observarem aquilo a que se comprometeram.

É o que indica Almiro de COUTO E SILVA quando assevera que, “nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade como que se comprometeram e com a palavra empenhada...”.²⁴⁷

Nesta última acepção é que se pode falar em verdadeiro princípio da boa-fé, pois só a boa-fé objetiva é dever de agir.²⁴⁸

Nas relações contratuais da Administração Pública, a aplicação deste princípio é admitida, haja vista que este tem o *status* de princípio geral do Direito. Em que pese a doutrina já ter levantado óbices à aplicação do princípio da boa-fé no âmbito do direito administrativo,²⁴⁹ não há como negar que esta consiste em vetor que deve reger a atividade contratual do Poder Público. Conforme arremata Angela Cassia COSTALDELLO: “A Administração Pública, embora detentora da 'potestá' administrativa, o que a coloca em posição privilegiada em relação aos particulares para obter a realização do interesse público, não está dispensada de atentar para a proteção da boa-fé dos administrados”.²⁵⁰

Neste trabalho, o estudo do princípio da boa-fé cinge-se à sua incidência nas conseqüências advindas dos contratos administrativos viciados. E, neste ponto, a aplicação do princípio da boa-fé se coaduna com a preservação das relações jurídicas ainda que produzidas com vício. A invalidação seria apenas a última alternativa disponível ao administrador.

Com efeito, na medida em que a intenção das partes ao contratar era a produção válida de efeitos – e a boa-fé implica justamente no respeito à intenção das partes tal com esta surgiu no momento da formação do ajuste –, a manutenção

²⁴⁶ NORONHA, F. Idem, p. 136.

²⁴⁷ COUTO E SILVA, A. 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*, p. 3.

²⁴⁸ NORONHA, F. Idem, p. 129.

²⁴⁹ Acerca dos obstáculos à admissão do princípio da boa-fé no direito administrativo, confira Angela Cassia COSTALDELLO, *A invalidade dos atos administrativos*, p. 116.

²⁵⁰ COSTALDELLO, A. C. Obra citada, p. 120.

da relação transforma-se na solução que melhor atende a tal desígnio.

Conforme aduz Juarez FREITAS, “o princípio da confiança ou da boa-fé estatui o poder-dever, em casos de longo curso temporal, de não anular, senão que de sanar ou convalidar determinados atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo da própria estabilidade das relações jurídicas”.²⁵¹

Além disso, como o contrato administrativo cria direitos subjetivos para o contratante particular, a tutela da boa-fé incide de forma ainda mais robusta.

Contudo, não tendo as partes agido de boa-fé, a situação se reverte. Se comprovada a existência de má-fé por parte do contratante que se beneficiou com a contratação produzida de forma irregular, o Direito não mais preza pela preservação da relação, mas sim por sua desconstituição. É o que leciona Jacintho de ARRUDA CÂMARA ao aduzir que: “Não há como cogitar da preservação dos efeitos de um ato praticado com vício, em que o beneficiário do ato tenha concorrido com sua má-fé para a consecução da ilegalidade”.²⁵²

²⁵¹ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*, p. 23.

²⁵² ARRUDA CÂMARA, J. de. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*, p. 20.

CONCLUSÃO

Das proposições que foram desenvolvidas no presente trabalho, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. A função administrativa é caracterizada pela infralegalidade. Ou seja, a atividade da Administração Pública é subsumida à lei. Todavia, tal subsunção constitui apenas um instrumento para a consecução do interesse público, que justamente é definido pelo corpo legal.

2. Dentro do conceito de atos administrativos em sentido amplo, compreendem-se os atos administrativos em sentido estrito, os atos gerais e abstratos e os contratos administrativos.

3. Dentre os contratos que a Administração celebra, a doutrina distingue duas espécies: os contratos de direito privado da Administração e os contratos administrativos. Como, quanto à formação do vínculo, pode-se falar na existência de um regime único de direito público para as ambas categorias, é possível realizar um tratamento comum acerca dos vícios dos contratos da Administração.

4. Os elementos constitutivos do contrato administrativo caracterizam-se pela: competência, finalidade, forma, motivo, objeto, capacidade especial da parte privada e consenso. O contrato somente existe juridicamente quando estão presentes tais elementos. Por sua vez, a avença apenas é válida, se esses elementos estiverem de acordo com o modelo legal estabelecido pelo ordenamento.

5. As classificações das invalidades propostas pelos autores citados serviram para propiciar uma sistematização das nulidades que atingem o contrato administrativo. Com efeito, o critério de diferenciação dos vícios que maculam o ato administrativo em razão das conseqüências jurídicas imputadas pelo sistema jurídico ao ato inválido foi utilizado para estipular as categorias de vícios que podem ferir o contrato administrativo.

6. Neste contexto, é possível distinguir os contatos viciados em inexistentes, anuláveis, nulos e meramente irregulares. Os contratos inexistentes não podem ser convalidados e são imprescritíveis, haja vista que se encontram fora do mundo jurídico. Os contratos anuláveis são prescritíveis e passíveis de terem seus vícios corrigidos pela convalidação. Já os contratos nulos não podem ter seus vícios supridos pela convalidação, porém podem ser estabilizados em virtude do decurso

do prazo extintivo e da existência de boa-fé por parte do particular contratado. Por fim, os contratos inquinados de meras irregularidades são aqueles em que não obstante seja vedada a sua invalidação, não é necessário efetuar a convalidação, dado a irrelevância do defeito.

7. Constatado um vício no contrato administrativo, as conseqüências que daí podem surgir dividem-se entre aquelas que determinam a desconstituição da relação jurídica e aquelas que estabelecem a preservação da avença.

8. A invalidação configura a desconstituição do contrato com efeitos, a princípio, *ex tunc*. Não se confunde com a simples constatação de um vício no contrato administrativo. A Administração Pública invalida os seus contratos viciados em virtude da prerrogativa de autotutela sobre os próprios atos. Todavia, é imprescindível que a desconstituição da avença seja realizada através do adequado processo administrativo.

9. A pronúncia da invalidade de um ato pré-contratual apenas resultará na invalidação do contrato administrativo se existir relação direta entre o ato invalidado e a avença.

10. A preservação do contrato administrativo viciado pode ocorrer através da convalidação, do saneamento pelo particular ou da estabilização em virtude da incidência de prazos extintivos.

11. Com a convalidação ocorre a supressão do vício existente no contrato administrativo inválido. Dois requisitos, no entanto, devem ser satisfeitos para que ocorra a convalidação do contrato administrativo viciado: a possibilidade deste ser validamente editado no presente e a possibilidade de produção de efeitos retroativos pelo ato convalidador. Por outro lado, constituem limites à convalidação a impugnação do interessado e o decurso de tempo.

12. Não existe discricionariedade na decisão da Administração Pública de invalidar ou não seus atos eivados de vícios, pois não há norma jurídica que lhe confira tal prerrogativa. A única exceção ao dever da Administração de invalidar trata-se dos atos discricionários exarados com vício de competência. A pronúncia da convalidação também é obrigatória para a Administração Pública. Além disso, sobrepõe-se à invalidação, visto que presentes os seus pressupostos deverá ser efetivada, haja vista que tal solução é predicada não só pelo princípio da legalidade, como também, pelo da segurança jurídica.

13. Denomina-se saneamento o suprimento de vício através da prática de

ato faltante pelo particular com manifesta intenção de retroagir. Ratificação é a correção do vício através de declaração de vontade emitida por parte do mesmo órgão da Administração. Por sua vez, confirmação é a emenda do ato administrativo viciado por meio da declaração de vontade de outra autoridade.

14. A revalidação ocorre quando a convalidação aproveita a totalidade dos efeitos do ato inválido anterior. Por outro lado, a conversão é a substituição do contrato inválido por outro válido e de conteúdo diverso do primeiro, com o que os efeitos do contrato inválido anterior são apenas parcialmente aproveitados.

15. O contrato administrativo viciado pode também ser preservado através do que se convencionou chamar de estabilização. Neste caso, o contrato é mantido tal como foi celebrado e torna-se imune a qualquer tentativa de desconstituição, em virtude da incidência de prazos extintivos. A pretensão do administrado de provocar a invalidação do contrato prescreve em cinco anos. Neste mesmo prazo, decai a possibilidade de a Administração invalidar *sponte propria* o contrato desconforme à lei.

16. Ainda que o contrato administrativo viciado não seja preservado e, conseqüentemente, seja pronunciada a sua invalidade, há autores que sustentam a possibilidade da conservação dos efeitos que este produziu. A invalidação com efeitos não retroativos seria admitida, pois a desconstituição da situação fática criada pelo contrato administrativo invalidado quando não se torna impossível – em razão da produção de situações irreversíveis – poderia acarretar um prejuízo maior ao interesse público do que aquele que decorreria da sua conservação.

17. As formas de preservação do contrato administrativo viciado são fundamentadas pela ponderação dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da boa-fé.

18. O princípio da legalidade deve ser observado em sua acepção ampla. Ou seja, a atividade da Administração Pública deve submeter-se não apenas à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo.

19. O princípio da segurança jurídica visa a ensejar a estabilização das relações sociais juridicamente relevantes. No sentido subjetivo, configura a proteção da confiança legítima dos contratados particulares e administrados que impede a desconstituição repentina do contrato administrativo em razão de vícios de ilegalidade.

20. Por sua vez, o princípio da boa-fé impõe o dever de agir de acordo com certos padrões de correção, lisura e honestidade a fim de não frustrar a confiança depositada pela outra parte. Implica respeitar à intenção das partes tal com esta surgiu no momento da formação do ajuste. Assim, coaduna-se com a preservação do contrato administrativo viciado em que o particular contratado não concorreu de má-fé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho de. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto de 2002. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2006.

_____. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: _____ (Coord.) *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Reimpressão da edição brasileira de 1977. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALVANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 84, ano XX, p. 46-63, out./dez. 1987.

_____. 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 n.º 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 9 de julho de 2006.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba, 1998, 165 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2004.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

KLEIN, Aline Lícia. Os vícios dos contratos administrativos. Curitiba, 2005, 299 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 10. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos a seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito administrativo – origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Os contratos de concessão e sua anulação. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 12, março de 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 de julho de 2006.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 54, p. 95-104, out./dez. 1990.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.