

ALINE LÍCIA KLEIN

OS VÍCIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marçal Justen Filho

CURITIBA

2005

ALINE LÍCIA KLEIN

OS VÍCIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

DATA DA APROVAÇÃO: ____/____/2005.

ORIENTADOR:

Professor Doutor **MARÇAL JUSTEN FILHO**

Professor Doutor **ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO**

Professor Doutor **FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO**

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO.....	1
I.1. APRESENTAÇÃO DO TEMA	1
I.2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO.....	4
I.3. ESTRUTURA DO TRABALHO.....	6
II - TIPOLOGIA DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	7
II.1. OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA	7
II.2. AS NULIDADES NO DIREITO PRIVADO.....	10
II.2.1. <i>Inexistência</i>	11
II.2.2. <i>Nulidades e anulabilidades</i>	13
II.3. AS NULIDADES NOS ATOS ADMINISTRATIVOS UNILATERAIS	16
II.3.1. <i>Inexistência</i>	18
II.3.2. <i>Nulidades e anulabilidades</i>	18
II.3.3. <i>Irregularidades</i>	20
II.4. AS NULIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	20
II.4.1. <i>Inexistência</i>	22
II.4.2. <i>Nulidades e anulabilidades</i>	23
II.4.3. <i>Irregularidades não-invalidantes</i>	26
II.4.4. <i>Observações finais</i>	28
III – CONSEQÜÊNCIAS DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
III.1. O CONTRATO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DA QUAL DECORREM EFEITOS FAVORÁVEIS AOS ADMINISTRADOS	32
III.2. OS EFEITOS DO CONTRATO VICIADO.....	35
III.3. NOTAS PRINCIPOLÓGICAS	38
III.3.1. <i>Princípio da legalidade administrativa</i>	40
III.3.2. <i>Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança</i>	43
III.3.3. <i>Princípio da boa-fé</i>	49
III.3.4. <i>Princípio da supremacia do interesse público</i>	53
III.3.5. <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	55
III.3.6. <i>Princípios da eficiência administrativa e da economicidade</i>	58
III.3.7. <i>Princípio da proporcionalidade</i>	61
III.4. A INVALIDAÇÃO.....	64
III.4.1. <i>Definição</i>	64
III.4.2. <i>Invalidação administrativa ou obrigatoriedade de pronúncia judicial de invalidade?</i>	66
III.4.3. <i>Natureza jurídica da pronúncia administrativa da invalidade</i>	71
III.4.4. <i>Vinculação e discricionariedade na decisão administrativa que aprecia a validade</i>	74
III.4.5. <i>A pronúncia da invalidade com efeitos não retroativos</i>	78
III.4.6. <i>Invalidação derivada</i>	83
III.4.7. <i>Invalidação parcial</i>	85
III.5. A CONVALIDAÇÃO	89
III.5.1. <i>Definição</i>	89
III.5.2. <i>Requisitos da convalidação</i>	90
III.5.3. <i>O dever da Administração de convalidar</i>	91
III.6. A CONFIRMAÇÃO OU RATIFICAÇÃO PELO PARTICULAR.....	91
III.7. A CONVERSÃO.....	92

III.8. A ESTABILIZAÇÃO DO CONTRATO VICIADO E DOS SEUS EFEITOS	94
III.9. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO (OU OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS)	99
III.9.1. <i>A prescrição no Direito Administrativo</i>	100
III.9.2. <i>O limite temporal para invalidação do contrato pela Administração Pública</i>	102
III.9.3. <i>O limite temporal para o administrado provocar a invalidação do contrato</i>	104
III.10. OBSERVAÇÕES FINAIS	105
IV - OS REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	108
IV.1. UTILIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS VÍCIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	108
IV.2. OS REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS RESPECTIVOS VÍCIOS	110
IV.2.1. <i>Qualidade dos contratantes: competência e capacidade</i>	114
IV.2.2. <i>Validade do consentimento</i>	131
IV.2.3. <i>Vícios do objeto</i>	164
IV.2.4. <i>Vícios atinentes à causa</i>	185
IV.2.5. <i>Vícios de forma e procedimento</i>	203
IV.2.6. <i>Vícios relacionados com a finalidade do contrato</i>	217
IV.2.7. <i>Desconformidade do conteúdo do contrato à ordem pública: princípios e regras de ordem pública que não podem ser derogados pelo contrato</i>	223
V – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS.....	246
V.1. NOTAS SOBRE A PROCESSUALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	248
V.1.1. <i>O processo como instrumento de efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na atividade administrativa</i>	250
V.1.2. <i>O processo como instrumento de otimização da atividade administrativa</i>	252
V.1.3. <i>O processo como instrumento de formação da vontade administrativa</i>	254
V.2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS	258
V.2.1. <i>O Direito positivo</i>	258
V.2.2. <i>As garantias de participação do contratado e de terceiros</i>	259
V.2.3. <i>Os efeitos da decisão de invalidação dos contratos administrativos</i>	265
V.2.4. <i>Observações finais</i>	267
V.3. NOTA SOBRE O CONTROLE DA VALIDADE DOS CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS.....	268
V.3.1. <i>A função desempenhada pelo Tribunal de Contas</i>	268
V.3.2. <i>O procedimento a ser observado diante da identificação pelo Tribunal de Contas de vícios em contratos administrativos</i>	270
VI - CONCLUSÃO	275
REFERÊNCIAS.....	284

I - INTRODUÇÃO

I.1. Apresentação do tema

O contrato consiste em importante instrumento da atividade administrativa. O âmbito de sua utilização e as finalidades através dele perseguidas foram se alterando, de modo a acompanhar as transformações do próprio Estado de Direito.

Na época do Estado liberal, que corresponde de modo geral ao século XIX e início do século XX, a atuação administrativa manifestava-se preponderantemente de modo unilateral. É o reflexo daquele que teria sido o “compromisso histórico” entre a vertente liberal, representada especialmente pelo princípio de separação de poderes e pela garantia dos direitos individuais, e a tendência autoritária, que se manifestou na forma do exercício do poder administrativo.¹ Essa aparente contradição resultou da tensão entre os princípios revolucionários dos movimentos liberais e os interesses da nova classe dominante que assumiu o poder político.

Sob essa perspectiva, com relação à Administração Pública não deixa de haver certa continuidade dos modelos absolutistas de exercício do poder. Adaptaram-se as antigas estruturas aos novos princípios do liberalismo. A Administração Pública não deixou de atuar de forma concentrada e centralizada. Nesse contexto, “o modo normal (praticamente exclusivo) de atuação da Administração Pública era o ato administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estatal relativamente a um particular determinado”.²

Daí que o autoritarismo na atividade administrativa foi a sua característica por um longo período. Constatase que “a idéia de algo parecido com módulo de negociação de poder administrativo é totalmente descabida no contexto da Administração

¹ Vasco Pereira da Silva. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 38.

² Ob. cit., p. 40. Porém, não se pode deixar de registrar que o ato administrativo exercia uma “função dupla”. Ao mesmo tempo em que era indicador de privilégio da Administração, que através dele fazia incidir a sua atuação unilateral e coercitiva sobre os particulares, o ato administrativo consistia em garantia destes, uma vez que através dele era-lhes dado acesso à Justiça para defender seus interesses frente à atuação administrativa (ob. cit., p. 45-46).

do Estado liberal que evoluiu na Europa ocidental continental desde o fim do Antigo Regime até ao princípio do século XX”.³

Além de assumir uma parcela mínima de atividades conformadoras da realidade social, o Estado liberal exercia autoritariamente aquela que talvez fosse a sua função mais marcante, a de garantia dos direitos individuais de liberdade e propriedade. O ato administrativo é o veículo por excelência para a manifestação da vontade administrativa.

Nesse primeiro momento, a utilização da figura do contrato pela Administração Pública refletiu a intenção do Estado de fazer valer suas prerrogativas de pessoa pública mesmo servindo-se de institutos de Direito Privado. Consistiu, assim, em mecanismo de reforço e incremento dos poderes de autoridade, de modo a garantir a sua aplicação inclusive nos casos em que o particular colaborava espontaneamente com a Administração.⁴

Ocorre que o recurso ao contrato administrativo adquiriu novo significado mais recentemente e teve sua importância renovada. Essa constatação é diretamente vinculada ao fato de o ente estatal ter sofrido sensíveis modificações nas suas dimensões.

Por um lado, isso implicou a assunção pelo Estado de diversas outras funções. Os limites entre a esfera pública e a autonomia privada são cada vez menos nítidos e as diferenças entre estes dois planos diminuem. As atividades desenvolvidas em todos os campos, em maior ou menor grau, são funcionalizadas para a prossecução do bem comum. Conseqüentemente, faz-se necessária a intervenção estatal em alguma medida em todas as áreas.

Por outro, modificaram-se as modalidades de intervenção do Estado. Ao lado da atuação direta do ente estatal e da disciplina normativa das atividades dos particulares, ampliaram-se as possibilidades de participação dos administrados no desempenho da função estatal. Formam-se relações jurídico-contratuais não apenas nos casos em que não é possível obrigar-se o particular a colaborar com a Administração.

³ Mark Bobela – Mota Kirkby, *Contratos administrativos de subordinação* (natureza, funções e limites). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 19. Isso porque, como destaca Jean Rivero, ao liberalismo na economia correspondia a ordem autoritária na atividade administrativa (*Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 29).

⁴ Maria João Estorninho. *Requiem pelo contrato administrativo*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-59 e 183.

Nesse contexto, ganham relevância formas concertadas de ação, empregadas com maior frequência em substituição aos instrumentos unilaterais e autoritários.

Esse fenômeno insere-se num processo de evolução que tem sido desenvolvido no âmago da Administração Pública. Um dos seus reflexos consiste nas transformações funcionais pelas quais têm passado os instrumentos típicos da atuação administrativa. O contrato passa a ser mecanismo útil – e até mesmo necessário – para a própria legitimação da atividade administrativa e maior adesão dos administrados ao exercício da função pública.

Daí que a dogmática dos contratos administrativos deve levar em consideração as funções hodiernamente atribuídas a este instituto na atividade estatal.

O objeto do presente estudo é voltado à análise dos vícios dos contratos administrativos. Mais especificamente, objetiva investigar quais são as finalidades e interesses que a qualificação de um contrato celebrado pela Administração como sendo ilegal e a atribuição de uma determinada consequência podem perseguir em um contexto de Administração concertada, fortemente marcada pela consensualidade e pela procedimentalização.⁵

Procura-se, assim, delinear as diretrizes a serem observadas em face dos vícios dos contratos administrativos.

Uma das premissas a se considerar é que a teoria das nulidades construída para os contratos no Direito Privado, com maior profundidade no Direito Civil, não pode ser automaticamente transferida para o Direito Público. Alguns de seus conceitos e categorias podem vir a ser aproveitados, mas os fundamentos do Direito Público ensejam a construção de uma teoria das nulidades específica.

No que se refere às nulidades no Direito Administrativo, pode-se dizer que muito mais foi dispensada atenção aos vícios do ato administrativo unilateral. Ocorre que não há como se transpor simplesmente os paradigmas e conceitos aplicáveis ao ato unilateral aos contratos administrativos.

Nas licitações e contratos administrativos, há conjugação da atividade administrativa com a atuação de particulares, sendo que os interesses de ambos devem ser tutelados enquanto tais. O particular assume a posição de colaborador da Administração,

⁵ Sobre as transformações da Administração Pública em direção à consensualidade, pode-se consultar a obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, esp. p. 37-48.

perseguindo interesses econômicos legítimos que se há de proteger. A supremacia do interesse público, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá significar o aniquilamento do interesse dos particulares em face daqueles titularizados pelo Estado.

Nesse contexto, ao lado do princípio da legalidade administrativa, emergem como dignos de tutela os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima dos administrados. A estabilização das relações jurídico-administrativas é um objetivo a ser perseguido nas controvérsias em torno dos contratos administrativos.⁶

1.2. Delimitação do objeto

Cabe agora determinar o que são os contratos da Administração que se tem em vista no presente estudo. Esta delimitação é relevante inclusive para justificar os fundamentos teóricos nos quais se assenta a investigação.

A temática do trabalho pode ter como ponto de partida a própria Teoria Geral do Direito. A figura do contrato é uma categoria comum construída na Teoria Geral do Direito, instituto esse que é revestido de características específicas de acordo com o ramo do Direito que o recebe. Acolhe-se, assim, a noção de que o conceito de contrato é único, um acordo de vontades que gera situações jurídicas subjetivas.⁷

⁶ Em diversas oportunidades o Poder Judiciário reprovou a atuação abusiva do poder público em relações contratuais com particulares sob o argumento de que “viola o princípio da segurança jurídica, inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves conseqüências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente ‘Risco Brasil’” (STJ, STA 82, DJ 6.10.2004). Ainda do STJ, no mesmo sentido, podem-se conferir entre outros precedentes: AgRg na SL 76, DJ 20.9.2004, e SS 1404, DJ 21.9.2004.

⁷ Eis a precisa assertiva de Romeu Felipe Bacellar Filho a propósito da matéria: “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetével a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado, este, por um misto de prerrogativas e sujeições” (Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 14, p. 83, out./dez. 2003). No mesmo sentido é a lição de Cretella Júnior: “Contrato é, numa formulação genérica, o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de declaração de vontade comum, destinada a regular os respectivos direitos e obrigações. Assim definido, categorialmente, o contrato não é nem privado, nem público. É a *figura iuris* matriz aproveitada depois pelas duas alas da ciência jurídica” (As cláusulas de ‘privilégio’ nos contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 23, n. 89, p. 309, jan./mar. 1986).

No entanto, o regime jurídico a que o contrato administrativo se submete é autônomo e bastante diverso daquele aplicável aos contratos de Direito Privado. Se num plano mais externo verifica-se que o contrato administrativo submete-se a regras especiais, mais profundamente é constatado que a lógica que o informa é diversa daquela dos contratos privados, por se ressentir das exigências publicistas que incidem sobre as atividades da Administração.⁸

Disso decorre que, se as construções acerca da teoria das nulidades dos contratos de Direito Privado podem ser úteis no âmbito dos contratos administrativos, a sua aplicação jamais poderá ser automática pois é imprescindível uma cuidadosa transposição e adaptação ao regime de Direito Administrativo.

Porém, mesmo no Direito Administrativo os contratos não se submetem a um regime jurídico uniforme. Pode-se considerar o “contrato administrativo” como sendo um gênero. Este gênero comporta pelo menos duas espécies: os contratos privados da Administração Pública e os contratos administrativos em sentido estrito.

Cabe destacar que não se verifica no Direito nacional a diferenciação entre contrato administrativo e contrato privado da Administração com a mesma intensidade do Direito comparado. Não há a preocupação em se definir a competência jurisdicional para a apreciação de um e outro, considerando-se a unicidade da jurisdição nacional. Em geral, a distinção entre as espécies de contratos da Administração é empregada para se delimitar que apenas os contratos administrativos estão sujeitos ao exercício de poderes exorbitantes.⁹

Mas o que é mais relevante para o presente estudo é que se pode cogitar de um regime comum, de Direito Público, ao qual ambas as espécies de contrato da Administração se submetem com relação ao procedimento de formação. O princípio da licitação acarreta em maior ou menor medida a sujeição de todas as espécies de contratos da Administração ao regime de Direito Público.

Essas características são suficientes para justificar o tratamento comum dos vícios das avenças da Administração. Em existindo diferença significativa do regime jurídico aplicável a uma ou a outra espécie, far-se-á o devido registro da distinção.

⁸ Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di Diritto Pubblico tra Amministrazioni e privati*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 3.

⁹ Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 520; Carlos Ari Sundfeld. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 203.

O conceito operacional adotado, então, é o de contrato administrativo como sendo o acordo de vontades entre a Administração Pública e os particulares que regula interesses distintos e gera direitos e obrigações para as partes. Exclui-se da noção as relações entre Administração e administrados ditas estatutárias, nas quais as partes não podem determinar o conteúdo do vínculo. Também não são abrangidas pela definição as convenções firmadas entre Estados soberanos (tratados) ou entes administrativos diversos (convênios), que objetivam a disciplina de interesses comuns.

Cabe registrar, ademais, que o presente estudo foi desenvolvido tendo em vista precipuamente os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Poderão ser necessárias adaptações para a aplicação das considerações aqui formuladas às espécies de contratos administrativos que são objeto de regulação legal específica.

1.3. Estrutura do trabalho

A primeira parte do presente trabalho visa à apresentação do quadro teórico dos vícios dos contratos administrativos.

Inicialmente sugere-se uma tipologia das nulidades própria para os contratos administrativos. Depois de graduados os vícios, apresenta-se a diversidade de conseqüências em tese cabíveis diante da constatação de determinado defeito no contrato. Tem-se em vista precipuamente as soluções passíveis de serem aplicadas na esfera administrativa, o que não exclui a possibilidade de que o enfrentamento judicial da problemática venha a adotar as mesmas premissas ora expostas.

Sedimentados os pressupostos teóricos, enfrenta-se a questão sob a perspectiva prática. São apresentados os requisitos de validade e os respectivos vícios que os contratos administrativos podem apresentar no plano concreto.

Por fim, procura-se demonstrar as exigências que se apresentam para a transição entre os planos teórico e prático sob a perspectiva do processo administrativo. Analisa-se a obrigatoriedade da realização de processo administrativo para que se escolha, entre as diversas possibilidades do quadro teórico, aquela que melhor atende às peculiaridades e aos interesses envolvidos no caso concreto.

II - TIPOLOGIA DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A validade do negócio jurídico diz respeito à sua aptidão para produzir os efeitos ordinariamente gerados por negócios semelhantes.

No caso da nulidade, o princípio geral é o de que o negócio não é hábil a produzir estes efeitos.¹⁰ Quando se trata de anulabilidade, os efeitos naturais da avença podem ser engendrados mas o negócio é passível de ser desconstituído mediante provocação daqueles prejudicados pelo vício que o inquina.

No entanto, este critério não é válido para se diferenciar *a priori* os casos de nulidade dos de anulabilidade pois se refere ao mesmo tempo aos planos da validade e da eficácia.

As diferenças entre as diversas categorias de vícios não são tão claras e nítidas como por vezes se afirma. Além disso, esses conceitos sofrem modulações de acordo com a relação jurídica de Direito material sobre a qual incidem.

As tipologias de nulidades não retratam noções absolutas, mas pontos de referência fixados tendo-se em vista a produção de um determinado resultado a partir de atos antijurídicos, qual seja, a pronúncia ou não da invalidade e as conseqüências daí decorrentes. Como assevera Gordillo, “o conceito de nulidade, anulabilidade, inexistência etc., não constitui senão uma relação entre outros conceitos: *a relação em virtude da qual o direito atribui a um fato uma determinada conseqüência jurídica*; advirta-se que a conseqüência jurídica não é a nulidade ou anulabilidade, senão a efetiva supressão ou não do ato sob tais ou quais condições”.¹¹

II.1. Os planos da existência, da validade e da eficácia

Preliminarmente à análise das tipologias de nulidades dos contratos administrativos, é relevante examinar-se a distinção que a Teoria Geral do Direito procede entre os planos da existência, da validade e da eficácia. Trata-se de

¹⁰ Isso significa que o negócio nulo não *deveria* produzir efeitos, o que não impede que os produza, como se analisa adiante.

¹¹ *Tratado de Derecho Administrativo*. T. III. 6. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. XI 1-2.

sistematização proposta no Direito nacional por Pontes de Miranda e amplamente difundida em todos os ramos do Direito.

As discussões acerca da teoria da inexistência do negócio jurídico sempre foram pautadas por intensa controvérsia doutrinária.

A qualificação de atos como inexistentes foi criação de K.-S. Zachariae, ao diferenciar aquelas que seriam condições essenciais, estruturais, dos requisitos de validade do instituto do casamento. A ausência de algum dos elementos do primeiro grupo acarretaria a própria inexistência de atos praticados no campo do Direito de Família e não apenas a sua invalidade.

Como ressalta Plessix, o grupo dos atos jurídicos inexistentes foi estipulado para permitir a atribuição de uma consequência mesmo na ausência de texto legal assim dispendo. Com isso, possibilitava-se a rejeição de atos nos quais estavam ausentes certas condições de formação que a legislação civil não previa expressamente como obrigatórias sob pena de nulidade.¹²

Esta formulação insere-se num primeiro momento da teoria das nulidades no Direito Civil. Na fase inicial, as nulidades foram tratadas em termos subjetivos pelos civilistas como sendo uma das características que apresentavam os negócios viciados (uma espécie de “doença” do negócio em si). Esta conformação evoluiu para o tratamento objetivo das nulidades, caracterizando-as como uma espécie de penalidade imposta em razão do descumprimento das regras estipuladas para a formação dos negócios jurídicos. Nessa segunda concepção, a categoria da inexistência perde sua razão de ser, pois em nada se diferencia da nulidade absoluta quanto ao regime jurídico a que se submete.¹³

A discussão acerca da inexistência assumiu uma grande dimensão e foi inserida na própria Teoria Geral do Direito.

A diferenciação entre o nulo e o inexistente foi traçada de modo bastante preciso por Pontes de Miranda. Segundo o doutrinador, “para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade”.¹⁴

¹² *L'utilisation du Droit Civil dans l'élaboration du Droit Administratif*. Paris: Panthéon-Assas Paris II, 2003, p. 111. O autor destaca que a teoria da inexistência perdeu interesse no próprio Direito Civil diante do fato de a doutrina passar a admitir a existência de outras hipóteses de nulidades ao lado das textuais (as denominadas “nulidades virtuais” que, apesar de não previstas explicitamente, decorrem do ordenamento jurídico como um todo e dos seus princípios) (ob. cit., p. 112).

¹³ Benoît Plessix, ob. cit., p. 116-117.

¹⁴ *Tratado de Direito Privado*. Parte geral – tomo IV. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 6-7.

Com efeito, apenas se investiga a validade do que existe. Aquilo que é faltante é inexistente, não pode ser nulo. O defeito sugere que algo esteja “mal feito”: “O nulo é negação da validade; não é negação da existência. Mesmo porque se pressupõe o existente; tanto que nulo e não-nulo existem”.¹⁵ O inexistente encontra-se fora do mundo jurídico, porque nele nunca entrou ou porque dele já saiu.

Enfim, o nulo “é o mínimo tolerado dentro do mundo jurídico”.¹⁶ Os defeitos que ensejam a nulidade ou anulabilidade não se confundem com a inexistência, em que se verifica a falta de requisitos para a própria irradiação de efeitos jurídicos. O nulo existe, apesar de seu suporte fático ser deficiente. Ingressa no mundo jurídico, mas de forma viciada.

A constatação do preenchimento dos requisitos para a pertença do negócio aos planos da existência e da validade é exigência, segundo a sistemática proposta por Pontes de Miranda, para a regular produção de efeitos. No entanto, o autor constata certa independência entre os planos da validade e da eficácia à medida que reconhece que o que é válido pode ser ineficaz bem como – o que é mais relevante para o presente estudo – que a lei pode atribuir efeitos àquilo que é nulo.¹⁷

Além dos três planos mencionados, parcela da doutrina – em especial a de Direito Administrativo – acrescenta a categoria da perfeição.

A perfeição indica que todas as etapas de formação do ato jurídico foram superadas. Significa que o ato já contém os seus elementos ditos estruturais ou essenciais, sem os quais não pode ser considerado “formado”.

Alguns consideram que a perfeição é equivalente à existência. Sustentam que o ato existe porque reúne todos os elementos constitutivos e vice-versa.¹⁸

Para outros, perfeição e existência são categorias distintas. Justificam que não haveria sentido em se sustentar a categoria da existência. Somente seria possível cogitar-se da existência jurídica, a qual corresponde à perfeição.¹⁹

¹⁵ Ob. cit., p. 14.

¹⁶ Ob. cit., p. 20.

¹⁷ Ob. cit., p. 7.

¹⁸ Adotam tal posicionamento, entre outros, Marcello Caetano (*Manual de Direito Administrativo*. T. I, 10. ed., 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1997, p. 465); Miguel Reale (*Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 50-51) e Márcio Cammarosano (Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 53/54, p. 164, jan./jun. 1980).

¹⁹ É o que sustenta Weida Zancaner (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30), com esteio nos ensinamentos de Zanobini.

Por fim, há os que equiparam a perfeição à validade. Indicam que não seria possível admitir-se ato perfeito contrário ao Direito.²⁰

Não há uniformidade na doutrina acerca da relevância da utilização de todos estes planos para o estudo dos atos jurídicos em geral. Especificamente com relação às teorias das nulidades, nem sempre se reconhece como útil a distinção precisa entre a existência, a perfeição e a validade.

Os critérios empregados para se definir o que pertence a cada um dos planos, bem como as respectivas repercussões com relação à fixação das conseqüências da sua não observância, apresentam significativas variações nos diversos ramos do Direito. O regime jurídico aplicável a cada um dos planos, em especial no que diz respeito à infração ao seu conteúdo, não é uniforme e, em geral, não adota de modo rígido a distinção entre as categorias da existência, perfeição e validade.

II.2. As nulidades no Direito Privado

Como não é objeto do presente estudo o negócio jurídico em geral mas apenas o contrato administrativo, os requisitos de validade e as causas de nulidade relativos ao Direito Privado serão analisados mais detidamente adiante apenas à medida que se tratar de normas da Teoria Geral do Direito. Em razão da mesma matriz que apresentam os contratos dos diversos ramos do Direito, há algumas normas que podem ser consideradas comuns a todos eles.

Outra razão para a sua sucinta exposição no presente estudo é a de que, no âmbito dos contratos administrativos, há também atos praticados pelos particulares enquanto tais. Isso significa que o regime jurídico aplicável a determinados atos será o de Direito Privado.

Os contratos consistem na principal manifestação dos negócios jurídicos no Direito Privado. Aplicam-se aos contratos os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, que são objeto de estudo da Teoria Geral do Direito Civil. No entanto, em alguns casos há regras específicas para os contratos. Podem ser encontrados limites subjetivos e objetivos aplicáveis apenas aos contratos, tais como as restrições para vendas

²⁰ É o posicionamento de Themístocles Brandão Cavalcanti (*Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1973, p. 169-170), entre outros.

e doações de ascendentes a descendentes e a necessidade de que o objeto seja negociável.²¹

Como o objetivo do presente tópico é apenas a apresentação das categorias de invalidez utilizadas pelo Direito Privado, sem se proceder a uma análise específica de cada um dos defeitos previstos, utilizar-se-á como parâmetro o enunciado genérico das nulidades dos negócios jurídicos tal como enunciada na legislação civil.

II.2.1. Inexistência

Impende registrar inicialmente, a exemplo da sistemática adotada na legislação anterior, que o Código Civil de 2002 diferencia apenas as categorias das nulidades e das anulabilidades. Desconsidera a categoria dos negócios jurídicos inexistentes.

Porém, parcela da doutrina continua a sustentar a viabilidade da categoria dos atos inexistentes, aplicável quando estiverem ausentes elementos constitutivos do ato.

Para Orlando Gomes, somente se caracteriza a inexistência do negócio jurídico de Direito Privado diante da ausência de um dos dois requisitos reputados elementos estruturais cuja ausência impede a própria formação do negócio: a vontade e o objeto.²² Quando um destes elementos estiver completamente ausente, e não apenas defeituoso, diz-se ser o negócio juridicamente inexistente.

Diante da aparente impossibilidade lógica de se qualificar como inexistente algum ato que foi efetivamente praticado, a doutrina que pretende ampliar o conceito de inexistência esclarece que “o que se quer exprimir com tal locução é que, embora existente porque realizado, o ato não possui substantividade jurídica. O que se quer dizer é, em suma, que não se formou para o Direito”.²³ O ato inexistente sequer ingressa no mundo do Direito. Já o ato nulo ingressa na seara jurídica, embora padeça de defeito insanável.

²¹ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial – tomo XXXVIII. 3. ed., 2. reimpr. São Paulo: RT, 1984, p. 129.

²² Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 469-470. Com relação especificamente à atividade contratual, o autor ensina que: “É inexistente o contrato a que faltam os elementos configurativos, de tal modo que se lhe não pode atribuir relevância jurídica. Carece do mínimo para ser um ato negocial” (*Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 191).

²³ Ob. cit., p. 468-469.

Porém, os regimes jurídicos aplicáveis aos casos de inexistência por ausência de um dos elementos estruturais e aos de nulidade absoluta apresentam diversos pontos comuns. Tanto a aparência de ato, quando se trata de inexistência, quanto o ato absolutamente nulo podem produzir efeitos. Em ambos os casos poderá ser necessária a intervenção judicial, se não para retirar o ato do mundo jurídico, para que cessem os seus efeitos.

Álvaro Villaça Azevedo posiciona-se no sentido de que, em princípio, é “possível a declaração de ineficácia não só dos atos ou negócios nulos, como também dos inexistentes, pois estes existem em aparência e esta deve ser apagada”.²⁴ Ademais disso, deve-se levar em consideração a possibilidade de que uma das partes sempre poderá se opor ao reconhecimento de inexistência do negócio pela outra.

Portanto, no caso da inexistência, quando menos pode haver uma aparência de ato que deve ser desfeita mediante pronunciamento judicial.

No entanto, cumpre ressaltar os casos em que a inexistência jurídica corresponde também a uma inexistência no mundo fático. Com efeito, a categoria da inexistência, no que diz respeito à diversidade de regime jurídico com relação às nulidades, pode ser mais significativa quando se equipara inexistência material, no mundo fático, e inexistência jurídica.

Mas mesmo nesses casos em que não existe contrato nem no plano dos fatos as partes podem pretender acertar a relação material entre elas existente. Para tanto, a intervenção do juiz pode ser útil para declarar com força de coisa julgada que nenhum negócio existiu.²⁵

Assim, sob o ponto de vista prático, é válido afirmar que as categorias da inexistência e da nulidade absoluta são equivalentes. Não obstante, vale registrar a ressalva de que uma teoria da inexistência no Direito Civil pode ter algum sentido mais especial nos casos em que há inexistência tanto material quanto jurídica do negócio.

Ou seja, toda essa construção teórica reconhece que os atos inválidos bem como os inexistentes podem produzir efeitos. No mundo dos fatos, é inegável que os negócios inexistentes ou viciados possam vir a produzir efeitos. Aliás, a pronúncia de

²⁴ *Código Civil comentado*. V. II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 285. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Orlando Gomes (*Introdução...*, ob. cit., p. 470). Já Caio Mário da Silva Pereira sustenta entendimento diverso: “Teoricamente, há uma diferenciação positiva entre a inexistência e a nulidade. E praticamente os efeitos diferem. Se o ato é nulo, esta invalidade tem de ser apurada, ainda que por via travessa (...) O ato inexistente não pode produzir qualquer efeito, independentemente de um pronunciamento da inexistência” (*Instituições de Direito Civil*. V. I, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 649).

²⁵ Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 117-118.

invalidez pelo Poder Judiciário visa justamente a obstaculizar a produção de tais efeitos.²⁶ Se os efeitos produzidos por atos viciados poderão ou não ser mantidos no mundo jurídico após a invalidação do ato que lhes dá suporte é uma discussão que se desenvolve em um plano distinto daquele da estrita legalidade.²⁷

II.2.2. Nulidades e anulabilidades

No Código Civil, a regulação da validade dos negócios jurídicos está contida em sua Parte Geral (artigos 104 e seguintes). São apresentados como requisitos de validade dos negócios jurídicos a presença de agente capaz (art. 104, inc. I), objeto lícito, possível, determinado ou determinável (inc. II) e forma prescrita ou não defesa em lei (inc. III).

Mais adiante, são explicitadas as conseqüências dos defeitos que podem atingir cada um dos requisitos de validade. As resultantes são classificadas conforme acarretem a nulidade ou apenas a anulabilidade²⁸ dos negócios jurídicos.

É considerado nulo o negócio jurídico: celebrado por pessoa absolutamente incapaz, que tiver objeto ilegal, impossível ou indeterminável, cujo motivo determinante para ambas as partes for ilegal, que não se reveste da forma prescrita em lei, no qual for preterida formalidade que a lei reputa essencial para sua validade, que tiver por objetivo fraudar lei imperativa ou que a própria lei declarar nulo ou proibir a prática.²⁹

São previstos como casos de anulabilidade do negócio jurídico a incapacidade relativa do agente e os vícios que resultam de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, ressalvando a possibilidade de existirem outras hipóteses expressamente previstas como tal pela legislação esparsa.³⁰

Retornando-se à sistemática proposta pelo Código Civil, constata-se que no plano da validade o legislador optou por distinguir os atos nulos dos anuláveis.

²⁶ Como o nosso Direito positivo não diferencia a categoria da inexistência, mesmo para os casos qualificados em sede doutrinária como sendo de inexistência faz-se necessária a pronúncia judicial de sua invalidez para que sejam afastados do mundo jurídico. Aliás, esse é um dos principais argumentos utilizados para se demonstrar a inutilidade da categoria da inexistência no Direito nacional.

²⁷ V. item III.4.5.

²⁸ Ao longo do presente estudo adotar-se-á a terminologia nulidade e anulabilidade para designar os graus de invalidez. Evita-se as expressões nulidade absoluta e nulidade relativa pois podem dar margem a equívocos à medida que também são empregadas para se referir aos limites subjetivos da eficácia, conforme atinja somente algum(ns) ou todos.

²⁹ CC, art. 166.

³⁰ CC, art. 171.

Pode-se afirmar que o critério diferenciador dos defeitos que acarretam a nulidade dos negócios jurídicos daqueles que ensejam apenas a sua anulabilidade é o interesse protegido pela regra violada. A adoção desse critério pelo legislador nacional é destacada na lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“Na construção da teoria da *nulidade*, desprezou o legislador brasileiro o critério do *prejuízo*, abandonando o princípio que o velho direito francês enunciava – ‘*pas de nullité sans grief*’. Inspirou-se, ao revés, no princípio do *respeito à ordem pública*, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm este caráter”.³¹

Ou seja, na sistemática legal positivada é graduada a violação dos defeitos que maculam os atos jurídicos. Os casos de maior gravidade são os que acarretam lesão à ordem pública em geral e são qualificados como sendo de nulidade. Já quando o defeito diz respeito, em primeiro plano, aos interesses das partes envolvidas, verificam-se os casos de anulabilidade.³²

Apesar da clareza do critério adotado pelo legislador nacional, a distinção pode não se apresentar bastante nítida nos casos concretos. Isso porque a diferenciação entre a violação de um preceito de ordem pública da transgressão de norma ditada para tutelar o interesse de um dos contratantes, em última análise, é mais de grau do que de substância.³³ Trata-se da previsão pelo legislador de uma repulsa mais ou menos intensa à infração de determinados preceitos legais de acordo com a relevância e a *ratio legis* das regras estabelecidas.

Pontes de Miranda vai adiante e afirma que a distinção entre nulidade e anulabilidade é uma questão de política legislativa. Nas palavras do doutrinador: “Se a falta de satisfação do pressuposto acarreta deficiência que se faz sentir, no mundo jurídico, *desde a entrada e para sempre*, do suporte fático (nulidade), ou *desde a entrada*

³¹ *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 632.

³² Vale transcrever a lição de Manuel A. Domingues de Andrade a propósito de tal critério, que também é adotado em outros ordenamentos:

“Confrontando o regime das nulidades absolutas com o das relativas, o que vemos de capital e decisivo é o seguinte:

1º - O regime das nulidades absolutas é determinado por motivos de interesse público; é um regime destinado a salvaguardar o interesse público.

2º - As nulidades relativas são estabelecidas por motivos de interesse particular. São nulidades que provêm da infração de um interesse particular. São nulidades que provêm da infração de requisitos postos, não para salvaguarda do interesse público, mas para salvaguarda do interesse particular de certas pessoas” (*Teoria geral da relação jurídica*. V. II – Facto jurídico, em especial negócio jurídico. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1983, v. II, p. 416).

³³ Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 193.

dêle mas por algum tempo (anulabilidade), é questão de técnica legislativa que o sistema jurídico resolve, conforme os seus intuítos de política jurídica”.³⁴

De acordo com a legislação civil em vigor, se a regra violada for de ordem pública, por ter sido instituída em atenção ao interesse da coletividade e não apenas àquele de certos particulares, da sua não observância resulta a nulidade do negócio. O defeito não poderá ser sanado. Confere-se ampla legitimidade para a impugnação do vício, que independe até mesmo de provocação para que seja pronunciado pelo Judiciário.

Já o defeito que enseja a anulabilidade é passível de saneamento mediante a ratificação ou confirmação do negócio pela parte prejudicada pela ilegalidade.³⁵ Trata-se de regras dispositivas à medida que foram instituídas visando apenas aos interesses dos particulares. A anulabilidade apenas pode ser invocada pelas pessoas especificamente protegidas pela regra tida como violada.³⁶

Não apenas os atos anuláveis mas também os nulos produzem efeitos. Isso não se passa apenas no plano fático. Há diversas hipóteses em que o próprio ordenamento reconhece e atribui relevância aos efeitos que decorrem de atos nulos.³⁷

Por isso, do ato nulo “quando se diz (...) que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas conseqüências dele emanam”.³⁸ Referidos efeitos podem tanto ser indiretos ou secundários como podem consistir em alguns dos efeitos próprios de ato válido.

Para a pronúncia da nulidade, é imprescindível a intervenção judicial. O fato de a nulidade decorrer diretamente da própria lei, cabendo ao juiz apenas reconhecê-la, não afasta a necessidade da submissão da questão ao Poder Judiciário.

Há casos nos quais os efeitos dos atos nulos são preservados pelo reconhecimento da prevalência do princípio da boa-fé sobre o da invalidade dos negócios jurídicos. É a hipótese do pagamento de boa-fé realizado para credor putativo, v.g.. Em sendo posteriormente comprovado que aquele que se intitulava credor não o era, os

³⁴ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 4.

³⁵ Com a confirmação ou ratificação do ato anulável, a parte interessada renuncia ao seu direito de promover a anulação.

³⁶ Com amparo em Capitant, Orlando Gomes apresenta a seguinte justificativa para esta regra: “O objetivo é sempre a proteção. O melhor meio de dispensá-la, nesses casos, não é aniquilar o negócio, porque excederiam o fim da tutela, mas subordinar sua vigência à vontade do interessado. Se o considera vantajoso, confirma-o; caso contrário, requer a sua anulação” (*Introdução...*, ob. cit., p. 476).

³⁷ São exemplos de efeitos de atos nulos tutelados no ordenamento: a produção de efeitos pelo casamento putativo (art. 1.561 do CC) e a possibilidade de conversão do negócio nulo se contiver os requisitos de outro negócio válido, com o aproveitamento dos seus efeitos (art. 170 do CC).

³⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I., ob. cit., p. 644.

pagamentos realizados de boa-fé são considerados válidos.³⁹ Com fundamento no princípio da boa-fé, são preservados os efeitos de negócios nulos.

Por fim, também as nulidades prescrevem. Apesar de se submeterem a prazos prescricionais mais longos, após determinado lapso temporal os vícios não mais poderão ser pronunciados.⁴⁰ Ou seja, além de produzirem efeitos, os negócios nulos podem fazê-lo permanentemente. Em atenção ao princípio da segurança jurídica, estabiliza-se a relação mesmo que um de seus elementos esteja maculado pela nulidade.

Por isso, o critério mais seguro a ser observado para a diferenciação dos casos de nulidade e de anulabilidade e que deverá ser levado em consideração para o estabelecimento do regime aplicável em cada caso é o do interesse protegido pela regra violada. As conseqüências dos vícios deverão considerar qual a finalidade visada pela regra que deixou de ser observada.

II.3. As nulidades nos atos administrativos unilaterais

Se os critérios para diferenciar as nulidades das anulabilidades no Direito Civil são relativamente claros e têm um regime jurídico preciso, o mesmo não se pode afirmar no âmbito do Direito Administrativo.

Pode-se constatar intensa controvérsia na doutrina administrativista a propósito do tratamento a ser dispensado à invalidade dos atos unilaterais. As principais divergências residem nos critérios a serem adotados para a gradação dos defeitos e quanto às conseqüências da invalidação, debate esse sempre permeado por divergências de nomenclatura que dificultam ainda mais atingir-se um denominador comum.⁴¹

³⁹ Há disciplina legal específica para essa hipótese (art. 309 do CC).

⁴⁰ No Direito positivo nacional, não há direitos imprescritíveis. É o que se depreende do art. 205 do CC de 2002 (“A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”).

⁴¹ As controvérsias são intensificadas pelo fato de não haver sistematização legislativa da matéria dos vícios dos atos administrativos. Na Lei nº 4.717/65, que regula a Ação Popular, há um elenco exemplificativo dos vícios que podem macular os atos (arts. 2º a 4º). Na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, não existe a expressa indicação dos requisitos de validade dos atos e dos respectivos vícios que podem atingi-los. Dispõe sobre o regime de anulação e convalidação dos atos, sem indicar os vícios passíveis de determinar a incidência de tais conseqüências jurídicas (arts. 53 a 55). Na Lei estadual nº 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, há um elenco mais minucioso dos casos de invalidade dos atos administrativos (art. 8º). No entanto, em nenhum desses diplomas legais estipula-se uma gradação dos vícios ou procede-se à sua diferenciação com relação aos efeitos.

As variações decorrem tanto do fato de parcela da doutrina admitir a integral transposição para o Direito Administrativo da teoria das nulidades construída pela teoria civilista⁴² quanto da diversidade de critérios adotados por aqueles que propõem uma teoria das nulidades própria para o Direito Público.

Há também aqueles que rejeitam qualquer gradação de vícios no Direito Público. É essa a lição de Hely Lopes Meirelles: “O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias de Direito Privado para o Direito Público, sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal”.⁴³ Porém, logo adiante o autor admite uma variação das conseqüências das ilegalidades ao ressaltar a possibilidade de “convalidação, desde que não haja lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros” bem como a “correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua retificação”.⁴⁴

A seguir são apresentadas as principais categorias de nulidades propostas pela doutrina administrativista. Como extrapola o objeto do presente estudo a análise específica das nulidades dos atos administrativos unilaterais, indicam-se apenas os critérios adotados com maior freqüência pelos doutrinadores para diferenciar os graus de invalidade.

⁴² Entre os autores que defendem a aplicação da teoria das nulidades civilistas para o Direito Administrativo, com algumas variações pontuais, podem ser arrolados Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de Direito Administrativo*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 651-658) e Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 94-95). A propósito da inaplicabilidade automática da teoria das nulidades do Direito Civil para o Direito Administrativo, vale transcrever a justificativa formulada por Seabra Fagundes: “A nulidade, como sanção com que se pune o ato defeituoso por infringente das normas legais, tem no direito privado, principalmente, uma finalidade restauradora do equilíbrio individual perturbado. No direito público já se apresenta com feição muito diversa. O ato administrativo, em regra, envolve múltiplos interesses. Ainda quando especial, é raro que se cinja a interessar um só indivíduo. Há quase sempre terceiros cujos direitos afeta. Ao contrário, 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. A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos. Por tudo isso, a aplicação dos princípios do direito privado aos atos administrativos tem de ser aceita, limitadamente, por meio de uma adaptação inteligente feita pela doutrina, no tocante à sistematização geral e pela jurisprudência, no que respeita aos casos concretos, de modo a articulá-los com os princípios gerais e especiais do direito administrativo” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 39-40).

⁴³ *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203. No mesmo sentido, posicionam-se Diogenes Gasparini (*Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108) e Regis Fernandes de Oliveira (*Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 126-128).

⁴⁴ Ob. e loc. cit.

II.3.1. Inexistência

Os doutrinadores que admitem a categoria da inexistência dos atos administrativos abrigam nela os atos reputados teratológicos, não apenas insanáveis mas flagrantemente ilegais. Em alguma medida, remetem os atos administrativos inexistentes aos ilícitos penais.

É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello define que 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*”.⁴⁵

São vícios imprescritíveis, que não apenas podem ser alegados a qualquer tempo como pode ser oferecida resistência legítima ao seu cumprimento.

Por outro lado, como se indicou acima, há autores que equiparam a existência à perfeição do ato. Reputam ser o ato existente apenas quando estiverem presentes os seus elementos essenciais.

II.3.2. Nulidades e anulabilidades

Mesmo a doutrina que diferencia a perfeição da existência e da validade inclui os defeitos passíveis de ocorrer em cada um destes planos na categoria das nulidades. Assim, para o fim de se determinar o regime jurídico aplicável no caso de ilegalidade não há maior relevância prática em proceder-se à diferenciação, se o requisito violado é pressuposto de perfeição ou de validade do ato.

O critério empregado por parcela da doutrina para diferenciar as nulidades das anulabilidades é a possibilidade ou não de os atos viciados serem convalidados.

Esta corrente reputa inviável diferenciar-se os atos administrativos maculados de vícios de acordo com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse atingido. Todo ato administrativo envolve em alguma medida o interesse público

⁴⁵ *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 428-429.

primário,⁴⁶ que é indisponível. Por isso, o que distingue as diferentes categorias de atos inválidos não é o grau de invalidade e sim a possibilidade ou não de convalidação.

Acolhem este critério, entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴⁷ Weida Zancaner⁴⁸ e Antonio Carlos Cintra do Amaral.⁴⁹

Nessa mesma linha de cogitações, pode-se indicar o critério adotado por Seabra Fagundes, que indica que o interesse público é melhor atendido em determinados casos com a simples anulabilidade do ato.

Para o doutrinador, é caso de nulidade absoluta a violação a regras “havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei”.⁵⁰ Já as nulidades relativas igualmente resultam da infração a alguma das regras fundamentais a propósito dos requisitos dos atos administrativos “mas, em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade”.⁵¹

Tal classificação não leva em consideração especificamente o interesse tutelado pela norma violada, que é sempre o interesse público, e sim o grau de repulsa do ordenamento diante da ocorrência de tal vício.

Em qualquer caso, a diferença entre os atos nulos e anuláveis repercute na obrigatoriedade da proclamação do vício dos primeiros e na possibilidade de saneamento dos segundos. Mas até que o vício venha a ser pronunciado, quer os atos nulos quer os anuláveis produzem efeitos. Em regra, a desconstituição tanto de um quanto de outro produz efeitos retroativos.

⁴⁶ É a diferenciação formulada por Alessi entre o interesse público primário como o interesse da coletividade, cuja realização consiste na função primordial da Administração, do interesse público secundário, atribuído à Administração como aparato organizativo autônomo e que apenas pode ser perseguido se for coincidente com o interesse público primário (*Principi di Diritto Amministrativo*. V. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, p. 232-233). Consulte-se também acerca da diferenciação entre interesse público primário e secundário a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981, p. 15-18.

⁴⁷ *Curso...*, ob. cit., p. 431-433.

⁴⁸ *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 92-97.

⁴⁹ *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: RT, 1978, p. 65-66. Também Emerson Gabardo discorda da diferenciação dos atos administrativos em nulos e anuláveis, sustentando que o critério a ser adotado é a possibilidade ou não de convalidação (Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 203-204).

⁵⁰ *O controle dos atos administrativos...*, ob. cit., p. 47.

⁵¹ Ob. e loc. cit.

II.3.3. Irregularidades

A doutrina reconhece a existência de ilegalidades menores ou simples irregularidades, defeitos irrelevantes. São vícios que não acarretam qualquer prejuízo, seja para a Administração seja para os particulares.

É o que Seabra Fagundes denomina atos com defeitos irrelevantes. Em tais casos, “o conteúdo do ato não prejudica nem nenhum interesse se pode dizer ferido por esses erros leves de forma”.⁵²

Também Weida Zancaner leciona que: “Esse tipo de ato inválido é portador do vício que não causa repugnância à ordem jurídica e o princípio da segurança jurídica exige sua recepção dentro do sistema”.⁵³ Para a autora, a principal consequência da qualificação do defeito nesta categoria é a de que a impugnação dos administrados não impede a sua convalidação – embora não dispense a necessidade de que sejam expressamente saneados pela Administração.⁵⁴

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello os atos irregulares dizem respeito a vícios materiais irrelevantes decorrentes da transgressão de regras que objetivam “*meramente funções internas de uniformização*”.⁵⁵ O seu desatendimento não implica qualquer consequência no âmbito da validade do ato podendo apenas, quando muito, acarretar a aplicação de sanção administrativa ao agente responsável.

Justamente em razão dessa categoria de “vícios ou irregularidades do ato administrativo que apesar de constituir infrações ao ordenamento jurídico vigente, não produzem nem sequer a anulabilidade do ato”, Gordillo afirma que “o direito público é mais benigno, para julgar os vícios que afetam a validade do ato administrativo, que o direito privado para apreciar os vícios que dão lugar à invalidade do ato jurídico”.⁵⁶

II.4. As nulidades nos contratos administrativos

⁵² *O controle dos atos administrativos...*, ob. cit., p. 51.

⁵³ *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 91.

⁵⁴ Ob. e loc. cit.

⁵⁵ *Curso...*, ob. cit., p. 430.

⁵⁶ *Tratado...*, t. III, ob. cit., p. XI-20.

Na legislação nacional sobre contratos administrativos não se estabeleceu alguma tipologia das nulidades que possam maculá-los. Há a previsão da invalidação dos contratos, sem qualquer diferenciação das hipóteses passíveis de conduzir a tal resultado.

Porém, faz-se necessário que se proceda a algum tipo de diferenciação quanto à gravidade dos vícios e às suas conseqüências.

Não se pode deixar de ressaltar que a sistematização das nulidades dos contratos administrativos não implica, de modo algum, a pretensão de submeter todos os vícios a um mesmo regime jurídico. Isso seria inviável em razão da diversidade de regimes jurídicos a que se submetem os vários interesses envolvidos nas contratações administrativas. Há atos que são específicos de uma relação jurídico-contratual administrativa, submetendo-se ao estatuto próprio das contratações administrativas. Outros atos consistem propriamente em atos administrativos, submetendo-se às normas aplicáveis a estes. Por fim, certos atos são atribuídos exclusivamente aos particulares licitantes, sendo regidos pelo Direito Privado.

Entre os diversos critérios que poderiam ser empregados,⁵⁷ optou-se por agrupar as infrações aos diversos interesses envolvidos nos contratos administrativos de acordo com a similitude das conseqüências verificadas em cada caso. Isso não significa que as conseqüências sejam idênticas para todos os vícios enquadrados em uma mesma categoria inclusive porque, como se verá adiante, em ampla medida elas dependem das circunstâncias concretas.

Além disso, parece-nos que o critério a ser adotado para a definição dos tipos de nulidades no Direito Público não pode tomar como ponto de partida o requisito de validade do contrato que deixou de ser atendido. Com efeito, “as nulidades administrativas não dependem de qual elemento do ato está viciado, senão da importância da infração à ordem jurídica”.⁵⁸ No caso, o grau de repulsa do ordenamento a determinadas infrações é retratado na admissão ou não da correção do vício, inclusive com a dispensa de qualquer tipo de saneamento em determinadas hipóteses.

⁵⁷ Vale invocar a lição de Genaro Carrió no sentido de que, como sempre existem diversas maneiras de se agrupar relações ou fenômenos, as classificações não podem ser qualificadas como “falsas” ou “verdadeiras” e sim como “úteis” ou “inúteis” (*Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4. ed. reimpr. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 98-100). Daí o objetivo de se sistematizar os vícios de modo vinculado às conseqüências, como se expõe adiante.

⁵⁸ Agustín Gordillo, *Tratado...*, t. III, ob. cit., p. XI-4.

II.4.1. Inexistência

Reconhece-se a inexistência dos contratos administrativos não como sendo um grau mais elevado de invalidade.⁵⁹ Trata-se da caracterização da própria inadmissibilidade do contrato pelo ordenamento.

Parece-nos possível cogitar tanto da inexistência material quanto da inexistência jurídica.

A categoria da inexistência material presta-se para identificar aqueles casos em que o contrato não foi realmente celebrado. Tem-se apenas uma aparência. As partes podem simplesmente ignorar qualquer efeito que se pretenda retirar do contrato imaginário e agir tal como se não existisse pelo fato de que assim o é.

Mas a simples aparência de contrato é apta a produzir efeitos, tanto para as partes quanto para os terceiros. Apesar de não existir como contrato, desse simulacro podem decorrer importantes conseqüências – inclusive relações que eventualmente precisarão ser resolvidas mediante acerto judicial. Poderá fazer-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, cuja decisão terá por pressuposto lógico a declaração da situação entre as partes (da existência ou não de relação contratual).

Por isso, é relevante ressaltar que mesmo dos contratos inexistentes decorrem efeitos que podem ser preservados.

Como leciona Manuel Rebollo Puig: “Os princípios da boa-fé, proteção da confiança legítima e segurança jurídica ou outros, poderão levar a matizar as conseqüências ou a impor efeitos complementares que protejam a quem haja atuado de acordo com a aparência ou na crença errônea de existir um ato ou um contrato, máxime se a Administração contribuiu para seu erro”.⁶⁰

⁵⁹ Em sentido contrário, a doutrina francesa sustenta que a inexistência corresponde à gravidade mais elevada do vício de ilegalidade. Diferentemente do que se passa com os atos nulos, os atos inexistentes são insuscetíveis de criar direitos e podem ter a sua inexistência declarada a qualquer tempo. Porém, reconhece que não há uma definição ou critério para a determinação dos atos inexistentes, consistindo em uma “noção funcional”, aplicada quando o juiz reputa conveniente e necessário para obter determinados resultados. Nesse sentido, entre outros, confira-se René Chapus (*Droit Administratif général*. T. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 932) e Charles Debbasch (*Institutions et Droit Administratifs*. T. II. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 363-364). Cabe lembrar que à figura da inexistência no Direito Administrativo francês é atribuída uma função específica, que é a de possibilitar a pronúncia dos vícios mais graves mesmo após o decurso do lapso temporal para a Administração pronunciar a invalidade dos seus atos ou para o administrado interpor o recurso cabível, prazo este que é bastante exíguo – sessenta dias.

⁶⁰ La invalidez de los contratos administrativos. In: Federico A. Castillo Blanco. *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 1996, p. 394-395. No mesmo sentido, Paulo Otero assevera que “não se pode negar, todavia, que também à luz dos atos feridos de inexistência se podem edificar situações de fato que, por força dos princípios da justiça e da igualdade face aos casos de nulidade, o decurso do tempo pode, atendendo a razões de segurança, certeza, estabilidade e confiança,

Incluimos também na categoria da inexistência a dos contratos ilícitos.⁶¹ São aqueles radicalmente inadmissíveis para o Direito, por exemplo, pelo seu objeto ser conduta repelida como crime.

Convém indicar que a ilicitude não se confunde com a ilegalidade. A ilegalidade consiste na caracterização atribuída ao contrato produzido em desconformidade com o modelo legal previsto. Já a ilicitude está vinculada a uma sanção. A ilicitude é a conduta que corresponde a determinada previsão legal como hipótese de imposição de sanção.

Melhor dizendo: a ilicitude não se restringe à inobservância de determinado modelo legal. Além disso, pelo descumprimento do padrão legal há a previsão de incidência de outra norma, que estipula a aplicação de uma sanção. Há previsão expressa de uma verdadeira punição pelo descumprimento do modelo legal.

Com relação ao regime jurídico aplicável aos contratos inexistentes, a principal característica é que carecem inclusive da presunção de legitimidade, atributo este que recai sobre os contratos existentes mas viciados (nulos ou anuláveis). Para os contratos materialmente inexistentes, assim ocorre “não porque o vício seja tão grave que lhe neguemos tal presunção, senão porque não há ato que possamos predicar”.⁶² Com relação à inexistência jurídica, é a própria qualificação como ilícito que afasta tal presunção.

Decorrencia disso é o reconhecimento do direito de resistência contra a exigência de seu cumprimento. Mesmo que prescreva a pena aplicável à conduta típica retratada no contrato ilícito, a aparência de relação jurídico-contratual que se pretendeu constituir poderá ser impugnada a qualquer tempo.

Por fim, os contratos inexistentes são imprescritíveis e jamais se estabilizam.

II.4.2. Nulidades e anulabilidades

justificar que se atribuam efeitos jurídicos” (*Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.035).

⁶¹ Segue-se, assim, a orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello segundo a qual o impossível juridicamente corresponde ao ato ilícito.

⁶² Manuel Rebollo Puig, ob. cit., p. 394.

Como será melhor examinado adiante, são passíveis de convalidação pela Administração todos os contratos que podem ser repetidos porque poderiam ter sido validamente produzidos anteriormente.

Por outro lado, se são bastante restritas as hipóteses de ratificação do ato administrativo unilateral pelo particular, esta figura assume maior relevância nos contratos administrativos. Como envolvem a participação do particular enquanto tal, há uma quantidade maior de defeitos que envolvem exclusivamente a esfera jurídica dos co-contratantes da Administração.

Assim, admite-se a ratificação ou confirmação do contrato administrativo, que é o suprimento de defeitos por parte do particular.

Por isso, propomos a categoria dos contratos administrativos anuláveis compreendendo todos aqueles passíveis de correção e saneamento. Abrangem tanto as situações nas quais, por ato da Administração, o vício poderá ser sanado mediante convalidação quanto as que podem ter o defeito suprido pela manifestação do particular. Estão incluídas nessa categoria as anulabilidades de Direito Administrativo e as anulabilidades de Direito Civil, nos termos acima expostos.

O regime jurídico da convalidação é objeto de análise específica adiante. Por ora, impende assentar em linhas gerais que é possível corrigir-se todo o defeito cujo saneamento não implique alteração do conteúdo do contrato. A referência ao “conteúdo” é em sentido amplo, abarcando “aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica”.⁶³⁻⁶⁴

⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 360.

⁶⁴ Como leciona Margarita Beladiez Rojo, “se a correção do defeito implica uma modificação do conteúdo do ato administrativo, a eliminação do vício conduzirá à anulação desse ato ou ao menos de uma parte do mesmo, já que toda modificação do conteúdo de um ato administrativo supõe ditar um ato administrativo distinto do que se ditou, o que, com caráter geral, somente se pode lograr mediante sua anulação; pelo contrário, se o defeito se corrige sem afetar o conteúdo do ato, ao haver corrigido o vício sem ter que anular nenhuma parte do mesmo, este se convalidou” (*Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 201). Em seguida, a autora ressalva a possibilidade de acréscimo de conteúdo que necessariamente deveria ter constado do ato original desde que “o novo pronunciamento não afete os direitos ou interesses declarados no ato” incompleto, inclusive no que diz respeito à esfera jurídica de terceiros (ob. cit., p. 203-204). Porém, reputamos serem muito raros – talvez mesmo inexistentes – os casos em que esta alternativa possa ser aplicada nos contratos administrativos em razão da vinculação do seu conteúdo ao edital da licitação ou ao ato de dispensa e inexigibilidade desta, o que acaba por atingir necessariamente os direitos e interesses de terceiros. Como se analisa adiante, o conteúdo obrigatório do contrato (“conteúdo” agora em sentido estrito): 1º é aplicável à relação contratual independente de sua previsão no edital e no contrato (como é o caso dos poderes especiais da Administração), do que decorre que a sua não estipulação não constitui vício do contrato; ou 2º deve ser obrigatoriamente previsto no instrumento convocatório e no contrato e a estipulação do seu teor cabe às partes (tal como se verifica com o preço, condições de pagamento e prazo). Neste caso, o suprimento posterior do conteúdo omitido é passível de atingir a esfera jurídica de terceiros.

O critério ora adotado inviabiliza uma catalogação precisa *a priori* das hipóteses de nulidade e de anulabilidade dos contratos administrativos.

Em termos bastante simplificados, poderão ter o defeito corrigido ou saneado os contratos portadores de vícios de competência e incapacidade relativa das partes, consentimento, forma e procedimento.⁶⁵ Os requisitos específicos e os limites para que se proceda à convalidação em cada caso são objeto de exame no Capítulo IV.

Por outro lado, em princípio não são 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 procedimento.

Os contratos que apresentam vícios não passíveis de correção são os contratos nulos.

A pertença a esta categoria não significa necessariamente que o contrato deverá ser invalidado. Como se examina no capítulo seguinte, mesmo as nulidades não conduzem à invalidação do contrato em todo e qualquer caso. Por um lado, há a possibilidade de estabilização dos contratos viciados em atendimento a outros princípios gerais de Direito. Por outro, em alguns casos específicos, vícios relativos a alguns destes requisitos poderão vir a ser superados.⁶⁶

Tanto os contratos nulos quanto os anuláveis gozam de presunção de legitimidade e produzem efeitos até que o vício seja pronunciado. Mesmo a nulidade jamais é automática pois consiste em uma qualificação jurídica, atribuída ao término de um processo.⁶⁷ Também com relação aos prazos extintivos (da pretensão ou do direito, conforme o caso) para a pronúncia da invalidade não há diferença entre nulidade e anulabilidade. Em ambos os casos os prazos são idênticos, uma vez que a legislação não traz qualquer diferenciação a esse respeito.⁶⁸

As conseqüências tanto da nulidade quanto da anulabilidade do contrato também são as mesmas uma vez reconhecidas. Nas duas hipóteses, em princípio, a

⁶⁵ Apesar de que, com bastante freqüência, os vícios de forma e procedimento enquadram-se na categoria das irregularidades não-invalidantes abaixo analisada. Aliás, pode-se afirmar que na maior parte dos casos os vícios de forma e procedimento consistem em irregularidades não-invalidantes, que não comprometem a validade do ato, ou serão casos de nulidades, pelo seu saneamento posterior não ser hábil para se garantir a persecução da finalidade visada com o requisito formal.

⁶⁶ Por exemplo, como se discorre adiante, em alguns casos os erros acerca da definição do objeto contratual poderão vir a ter sua correção admitida por ser a medida proporcionada ao atendimento do interesse público. Neste caso, não haverá convalidação propriamente, pois a retificação através de alteração contratual não visa à produção de efeitos retroativos, mas o vício deixa de existir.

⁶⁷ Antonio Carlos Cintra do Amaral, *Extinção do ato administrativo*, ob. cit., p. 62.

⁶⁸ Sobre os prazos extintivos, v. título III.9.

desconstituição do contrato por motivo de invalidade produz efeitos retroativos. Ressalve-se desde já a possibilidade de que sejam preservados os efeitos produzidos, tanto nos casos de nulidade quanto nos de anulabilidade, em atenção à situação fática consolidada.⁶⁹

Assim, as diferenças entre anulabilidade e nulidade referem-se basicamente à possibilidade ou não de correção e saneamento do vício.

No tocante à legitimidade para a arguição, os vícios que lesam o interesse público ou o interesse de uma quantidade indeterminada de indivíduos podem ser levantados por qualquer cidadão,⁷⁰ pelo Ministério Público e até mesmo ser conhecidos de ofício. Já no caso de o vício atingir exclusivamente o interesse de particulares determinados, a pronúncia da invalidade depende de que o interessado a argúa.

II.4.3. Irregularidades não-invalidantes

O campo por excelência das irregularidades não-invalidantes é aquele das formalidades não essenciais, cuja inobservância não impede o atingimento da finalidade visada com o ato.

Por isso, o critério para a identificação das irregularidades não-invalidantes é o atingimento do fim visado apesar da desconformidade com o modelo legal. A lição de Paulo Otero é clara nesse sentido:

“Nas situações reconduzíveis à irregularidade, apesar de presenciarmos um comportamento administrativo objetivamente violador de uma norma, verifica-se que existe sempre uma outra norma que considera o cumprimento daquela primeira dispensável ou não essencial em termos dos valores envolvidos ou, em alternativa, observa-se que os propósitos subjacentes ao cumprimento da norma em causa foram de fato alcançados ainda que a mesma não tenha sido juridicamente acatada pela Administração Pública”.⁷¹

Na mesma linha, Marcello Caetano inclui entre as irregularidades que não afetam a validade “as formalidades preteridas ou irregularmente praticadas quando, apesar da omissão ou irregularidade, se tenha verificado o fato que elas se destinavam a preparar ou alcançado o objetivo específico que mediante elas se visava produzir”.⁷²

⁶⁹ A questão é objeto de exame específico no item III.4.5.

⁷⁰ Mediante o exercício de direito de petição na esfera administrativa (CF, art. 5º, inc. XXXIV, *a*) e o ajuizamento de ação popular, se presentes os requisitos (CF, art. 5º, inc. LXXIII).

⁷¹ *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 967.

⁷² *Manual de Direito Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 471-472.

Antonio Tassone desenvolve a noção de “atingimento do fim visado” empregada para afastar a capacidade invalidante de determinados defeitos.⁷³ Segundo o autor, a noção de escopo a ser atingido não é aquele fim propriamente visado com a prática do ato final (pois este pode ser alcançado mesmo nos atos inválidos) nem se confunde com a finalidade específica da disposição legal violada (fim este que na ampla maioria dos casos não é realizado em decorrência da infração). Também afasta a possibilidade de se adotar o critério subjetivo de ausência de lesão a interesses da Administração ou do administrado.

Daí que o autor propõe a objetivação do critério dos interesses tutelados. O escopo da atuação administrativa é de regulação autoritativa de interesses de natureza e titularidade diversas visando à persecução dos interesses públicos concretos. Procura-se a correta síntese dos interesses em jogo de modo a resolver a questão adequadamente e, assim, atender ao interesse público concreto. Nos casos de simples irregularidade, os interesses vulnerados com o descumprimento da regra mostram-se irrelevantes para a obtenção da referida síntese de interesses eis que “a eventual observância da norma não pode minimamente modificar” o que foi decidido.⁷⁴

No mesmo passo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández asseveram que o vício de forma não conduz necessariamente à invalidação em atenção ao próprio princípio da economia processual.⁷⁵ Pode-se cogitar da possibilidade de verificar-se que o resultado final teria sido o mesmo, com a ocorrência ou não do vício. É viável conceber-se, ainda, a constatação de que a decisão de fundo foi correta apesar da ilegalidade.

Em tais hipóteses, os princípios da economia processual e da celeridade impedem a repetição do procedimento viciado pois se sabe de antemão o resultado. Conforme os autores, apenas nos casos em que houve vício e, em razão deste, não se pode aferir com segurança se a decisão de fundo foi correta ou não é que se determinará a invalidade “porque precisamente, a infração formal cometida subtraiu elementos de juízo necessários para uma valoração justa da solução adotada”. Por isso, concluem que “o vício de forma não é senão uma presunção de ilegalidade do ato a que afeta, presunção que só pode prevalecer quando não seja possível provar a correção substancial do ato ou a

⁷³ *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 66-77.

⁷⁴ *Ob. cit.*, p. 77.

⁷⁵ *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 646-648.

independência da incorreção substancial deste com respeito ao defeito formal advertido”.⁷⁶

O contrato atingido por irregularidade não-invalidante é válido no sentido de que ele se encontra integrado no ordenamento jurídico pois há normas que lhe dão respaldo e impedem o seu desfazimento.⁷⁷ O fato de se tratar de simples irregularidade até mesmo impede que o vício venha a ser pronunciado. Ou seja, a irregularidade é insuscetível de acarretar a invalidação do contrato.

Assim ocorre porque “as ‘irregularidades não invalidantes’ de nenhuma forma são ilegalidades irrelevantes; apenas significam que o ordenamento reage contra elas de forma distinta à de negar ao ato ou contrato afetado por tais irregularidades sua validade, quer dizer, nem negar-lhes sua força jurídica”.⁷⁸ Daí que de tais vícios possam decorrer conseqüências outras – tal como a responsabilização do agente – que não a pronúncia da invalidade do contrato.

Destarte, nem todo vício ou defeito do contrato em si – ou de ato preparatório, como se verá adiante – é apto a determinar a invalidade do contrato mesmo que a irregularidade não seja saneada.

II.4.4. Observações finais

A principal conseqüência da classificação dos vícios dos contratos administrativos nas diversas categorias de invalidade diz respeito à possibilidade ou não de saneamento do vício.

Porém, no que se refere aos efeitos produzidos pelos contratos enquadrados em cada uma destas categorias, não há uma diferenciação nítida. A única ressalva diz respeito às irregularidades não-invalidantes, que em todo e qualquer caso indicam que o contrato não é suscetível de invalidação, e por isso, passível de produzir plenamente todos os seus efeitos. Com relação às demais categorias, pode-se indicar a “plasticidade e

⁷⁶ Ob. cit., p. 648.

⁷⁷ “O ato irregular da Administração Pública é sempre, neste sentido, um ato válido, suscetível de produzir todos os seus efeitos prototípicos, sem embargo de ser o resultado de uma atividade desenvolvida em termos contrários à legalidade. Trata-se, porém, de uma zona de legalidade que, atendendo à debilidade da reação contra a sua violação, se pode considerar menos exigente ou juridicamente imperfeita” (Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 971).

⁷⁸ Manuel Rebollo Puig, *La invalidez de los contratos...*, ob. cit., p. 395.

mutabilidade dos efeitos que a anulabilidade, a nulidade e a inexistência se revelam passíveis”.⁷⁹

De todo modo, qualquer que seja o vício, em atenção ao próprio atributo de presunção de legitimidade, todos os contratos viciados são válidos até que algum órgão competente declare o contrário.⁸⁰ A única ressalva são os contratos inexistentes, nos termos acima expostos.

⁷⁹ Paulo Otero, ob. cit., p. 1.036.

⁸⁰ Alejandro Nieto, Estudio preliminar. In: Margarita Beladiez Rojo, *Validez y eficacia...*, ob. cit., p. 12.

III – CONSEQÜÊNCIAS DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Após analisar-se a tipologia dos vícios nos contratos administrativos, cabe expor o quadro teórico das diversas conseqüências cabíveis em tese ante a constatação de um determinado defeito na avença.

A premissa inicial a ser assentada é a de que a ilegalidade é distinta da invalidade.

Não nos parece correto afirmar que a invalidade resulta exclusivamente do desajuste do ato ou contrato com os requisitos legais exigidos para estes.

A esse respeito, vale transcrever os ensinamentos de Alejandro Nieto: “A legalidade (ilegalidade) é o resultado de uma constatação: o operador jurídico contrasta ato e norma e à sua vista constata ou uma concordância (legalidade) ou uma discordância (ilegalidade)”.⁸¹

A validade, por sua vez, “é o resultado de uma valoração”.⁸² Isso porque o ordenamento não qualifica sempre como sendo inválidos todos os atos⁸³ ilegais. A propósito disso, cumpre lembrar a existência de simples irregularidades não invalidantes e as anulabilidades vistas anteriormente, com a possibilidade de saneamento dos vícios. Há ainda os casos nos quais “o ato está tão energeticamente protegido pela norma que é imune inclusive a ilegalidades graves”.⁸⁴

⁸¹ Estudio preliminar. In: Margarita Beladiez Rojo, *Validez y eficacia...*, ob. cit., p. 10.

⁸² Ob. e loc. cit.

⁸³ No presente capítulo, as alusões a “ato” reportam-se ao seu sentido amplo, incluindo os contratos da Administração. Quando a assertiva aplicar-se exclusivamente aos atos administrativos unilaterais, estes assim serão identificados expressamente.

⁸⁴ Alejandro Nieto, ob. cit., p. 11. Em sentido similar, Jacintho de Arruda Câmara traça a seguinte distinção entre os conceitos de ato viciado e ato inválido:

“A constatação de um vício no ato administrativo e a invalidação de um ato têm algo em comum, mas que não é suficiente para identificá-las.

O ponto comum é a falta de conformidade com o ordenamento jurídico.

O ato possui vício se não obedecer, se não se enquadrar às normas que lhe são superiores e lhe servem de fundamento de validade. A constatação de que um ato é portador de vício se dá por um juízo.

A invalidação é mais que um juízo verificador de adequação entre normas. É manifestação normativa também, cujo propósito é a expulsão (retirada do sistema) de norma desconforme ao ordenamento. Esta manifestação advém de um órgão dotado de competência para tanto.

O juízo de verificação de um vício é condição necessária da invalidação, mas não suficiente. Pode ser que haja juízo constatando um vício de determinada norma sem que esta seja invalidada pela autoridade competente. O juízo que estipula o vício de uma norma é um momento logicamente

Vale invocar também a lição de Antonio Carlos Cintra do Amaral a esse respeito. Nas palavras do autor:

“a distinção entre ato administrativo válido e inválido (...) se põe (...) na esfera do conhecimento científico, que traduz apenas uma *opinião*, embora sistemática, sobre a relação entre o ato administrativo e a ordem legal. Essa opinião pode vir a ser, ou não, confirmada, quando a legalidade do ato seja apreciada por um órgão especialmente qualificado pelo ordenamento jurídico. A rigor, pois, inválido é o ato administrativo apenas no momento em que é anulado”.⁸⁵

Por isso, a ilegalidade do contrato e a pronúncia do vício devem ser tratadas em momentos distintos.

Pode-se afirmar que a constatação da presença ou não dos requisitos de validade dos contratos administrativos implica um juízo de estrita legalidade. Trata-se de aferir a adequação ou não da avença ao modelo normativo previsto para sua formação. Já na etapa subsequente à constatação do vício é necessário que se proceda a um juízo que extrapola o de legalidade estrita.

Em princípio, a constatação de uma ilegalidade no processo de formação de um ato jurídico acarreta a sua invalidade, ensejando o seu desaparecimento com efeitos retroativos (*quod nullum est, nullum producit effectum*). No que se refere especificamente aos contratos, afirma-se⁸⁶ ser muito mais grave uma ilegalidade no processo de formação de um contrato do que no curso de sua execução. Os sujeitos da relação jurídica encontram-se vinculados a obrigações que não são válidas já na sua formação. Ocorre que apenas as obrigações contratuais que resultam de vínculos legalmente formados é que poderiam exercer o papel de lei entre as partes. Com o vício na formação, a própria associação das partes é comprometida desde seu início.

Poder-se-ia supor que o princípio da legalidade administrativa impõe, sempre, a invalidação dos atos eivados de vícios para que a ordem jurídica seja restabelecida.

No entanto, a invalidação não é a consequência necessária da constatação de um vício. A restauração da ordem jurídica não implica necessariamente a extinção do

anterior à manifestação normativa da invalidade. Mas a invalidade não é decorrência lógica do juízo constataador do vício.

O próprio ordenamento pode determinar que normas portadoras de vícios permaneçam no sistema como válidas. Pode ser, outrossim, que apesar de apresentarem vício, alguns dos efeitos produzidos por elas antes da retirada sejam mantidos” (A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. In: *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 53-54).

⁸⁵ *Extinção do ato administrativo*, ob. cit., p. 30.

⁸⁶ Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 94.

contrato viciado e a desconstituição dos seus efeitos. A recomposição da legalidade em sentido amplo pode dar-se tanto pela invalidação quanto pelo emprego de outros mecanismos de saneamento ou com a simples estabilização do contrato viciado.

A incompatibilidade do contrato com a ordem jurídica não determina obrigatoriamente o afastamento do vício que macula o contrato. Isso ocorre quando, apesar da violação ao princípio da legalidade em sentido estrito, outras normas jurídicas dão amparo à manutenção dos efeitos do contrato viciado. As condições exigidas para que isso possa ocorrer é o que se expõe no presente capítulo.

Essa análise deve ter como premissa que a invalidação dos contratos administrativos não pode ser tratada como uma simples faculdade nem como um dever a ser desempenhado em todo e qualquer caso.⁸⁷ O foco da matéria deve ser a função administrativa e não a pessoa Administração Pública. Isso porque os vícios no Direito Administrativo são estabelecidos com o objetivo de salvaguardar o interesse público e não os interesses do aparato estatal.

Ocorre que o atendimento ao interesse público não determina necessariamente a invalidação do contrato viciado. Aliás, é justamente a finalidade de interesse público visada na atividade administrativa que permite uma maior flexibilização da matéria das nulidades. É o que constata Mauro Roberto Gomes de Mattos: “se, no campo do direito privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera do direito público a questão segue com menor rigorismo formal, em face da proeminência do interesse público”.⁸⁸

Por isso, a invalidação deve resultar de uma imposição do interesse público, cuja obrigatoriedade somente poderá ser atestada ao se analisar todas as circunstâncias de cada caso concreto.

III.1. O contrato como relação jurídica da qual decorrem efeitos favoráveis aos administrados

⁸⁷ Como destaca Adilson Abreu Dallari, “é importante perguntar: Por que invalidar? Mais importante ainda é perguntar: Para que invalidar? Qual o objetivo pretendido com a anulação? Muitas vezes, a salvaguarda do interesse público determina a manutenção da relação jurídica constituída de maneira irregular” (*Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 180).

⁸⁸ Princípio do fato consumado no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, p. 195-208, abr./jun. 2000, p. 195.

Convém assentar que o contrato administrativo dá origem a obrigações tanto para a Administração quanto para os administrados. Dele decorrem direitos e deveres para ambas as partes.

Para a temática da invalidação, importa especialmente a perspectiva de que a avença produz efeitos favoráveis ao administrado. Como assevera Almiro do Couto e Silva: “Para fins (...) de revogação ou de anulação de ato administrativo a autoridade competente levará em conta apenas o aspecto positivo do ato administrativo, mesmo quando ele não puder ser separado do aspecto negativo”.⁸⁹

Ao se instaurar uma relação jurídica concreta entre Administração e particular, o contrato ingressa no âmbito subjetivo do administrado como uma vantagem ou benefício. Amplia o patrimônio jurídico do particular, outorgando-lhe direitos.

A caracterização do contrato como ampliativo da esfera jurídica do co-contratante é apto a produzir importantes reflexos na matéria da invalidação. Talvez a consequência mais relevante seja a inaplicabilidade integral da teoria das nulidades construída a propósito do ato administrativo unilateral restritivo de direitos.

Alguns indicativos a esse respeito já constam da própria legislação. O art. 54 da Lei nº 9.784/99,⁹⁰ por exemplo, prevê a incidência de prazo decadencial para a invalidação apenas dos atos administrativos dos quais decorrem efeitos favoráveis aos destinatários. Os atos restritivos de direitos podem ter os seus vícios pronunciados a qualquer tempo. Outras construções têm sido ensaiadas pela doutrina, tal como a admissão da retroatividade dos efeitos da pronúncia da invalidade apenas nos casos dos atos administrativos restritivos de direitos. Estas questões serão objeto de exame específico adiante.

⁸⁹ O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 6, p. 47, jul./set. 2004.

⁹⁰ A Lei federal nº 9.784/99 “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. É aplicável “no âmbito da Administração Federal direta e indireta” e “aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União” (art. 1º, *caput* e §1º). O presente estudo é elaborado tendo em vista essa legislação federal sobre a matéria. Além disso, pode-se sustentar a sua aplicabilidade às demais esferas governamentais na ausência de legislação específica sobre a matéria ou caso seja compatível com as regras locais. Cabe registrar que parcela da doutrina vai além para, a partir da diferenciação entre *processo* e *procedimento*, estabelecer que as regras acerca do primeiro devem ser aplicadas em todas as esferas administrativas (em atenção ao art. 22, inc. I, da CF) e as que dizem respeito ao segundo, apenas no âmbito federal (conforme o art. 24, inc. XI, da CF). Nesse sentido posiciona-se Bernardo Strobel Guimarães (Âmbito de validade da Lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração federal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, a. 4, n. 16, p. 196-210, abr./jun. 2004).

Cabe assinalar desde já que, também como conseqüência do caráter ampliativo de direitos das relações jurídico-contratuais, os co-contratantes poderão opor à Administração seu direito subjetivo à preservação do contrato ou dos seus efeitos.

O particular orienta o seu comportamento justamente em razão dessa relação jurídica específica que passou a integrar a sua esfera subjetiva. São executadas prestações em favor da Administração visando ao recebimento de determinados benefícios previamente estipulados.

Decorrência disso é que o particular pode ter admitida a possibilidade de pretender fazer valer o seu direito a que a Administração adote um determinado comportamento na relação contratual.⁹¹ É a noção de direito subjetivo público sob a perspectiva dos cidadãos, definida por Maurer como sendo “o poder jurídico conferido pelo direito público a um indivíduo de exigir do Estado, visando perseguir a satisfação de seus próprios interesses, um comportamento determinado”.⁹² É o reconhecimento dos administrados como sujeitos de direitos e não como simples objeto da atuação estatal.⁹³

Assim, as relações jurídico-administrativas também podem dar ensejo ao exercício de direitos subjetivos pelos particulares em face do Estado. Isso se verifica especialmente no tocante aos contratos da Administração, que sob esse aspecto não se distinguem dos contratos do Direito Privado pois também constituem em fonte de direitos subjetivos.⁹⁴

Ademais disso, com relação especificamente à extinção da relação jurídico-contratual por motivo de ilegalidade, pode ter lugar o exercício pelo particular do seu direito subjetivo de ter respeitada a sua confiança legítima⁹⁵ – a qual é vinculada ao princípio da segurança jurídica, como se verá adiante. Este princípio visa justamente a proteger os interesses dos particulares frente ao poder público e pode dar o direito ao administrado de exigir uma abstenção da Administração.⁹⁶

⁹¹ Por isso, cabe registrar desde já o descompasso do teor da Súmula n. 473 do STF com a atual ordem jurídica, de Estado Democrático de Direito, ao consignar que: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, *porque deles não se originam direitos*”.

⁹² *Droit Administratif allemand*. Paris: L.G.D.J., 1994, p. 156. Sobre a noção de direito subjetivo público, pode-se consultar, entre outros, Themístocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, ob. cit., p. 17-25 e Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 55-60.

⁹³ A questão também é diretamente relacionada com a imperiosidade de a atuação estatal observar o princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

⁹⁴ Norbert Foulquier. *Les droits publics subjectifs des administrés: émergence d'un concept en Droit Administratif français du XIX^e au XX^e siècle*. Paris: Dalloz, 2003, p. 190-191.

⁹⁵ Ob. cit., p. 510.

⁹⁶ Por óbvio, o reconhecimento de que é possível que o particular no caso concreto oponha à Administração seu direito subjetivo à preservação do contrato não impede que ele simplesmente aquiesça com a intenção da Administração de invalidar o contrato.

Cabe analisar mais detidamente em quais circunstâncias será possível o reconhecimento de direitos subjetivos dos co-contratantes a esse respeito.

III.2. Os efeitos do contrato viciado

O plano da eficácia é aquele que apresenta repercussão direta no mundo dos fatos. São os efeitos nele verificados que atingem as relações entre Administração Pública e particulares e que são aptos a propriamente atender ao interesse público em questão.

É o que constata Jacintho de Arruda Câmara, ao afirmar que: “Um dos aspectos de maior apelo prático envolvendo a invalidação diz respeito aos efeitos produzidos pelo ato viciado”.⁹⁷ Em um primeiro momento, a invalidação dos atos viciados objetiva impedir que tais atos produzam efeitos ou retirar do mundo jurídico os efeitos por eles já produzidos.

Porém, até que ocorra a pronúncia da invalidade o contrato viciado é válido e produz efeitos. Do contrato viciado emanam efeitos até que a ilegalidade seja constatada e regularmente pronunciada por autoridade competente para tanto. Referidos efeitos podem ser tanto fáticos quanto jurídicos. Mesmo depois da invalidação podem permanecer os efeitos produzidos pelo contrato por ser impossível a sua desconstituição no mundo fático.

Indo avante, a produção de efeitos pelos contratos viciados é consequência que se impõe no regime jurídico de Direito Administrativo. Como será melhor analisado adiante, mesmo no caso dos contratos viciados, não se apresenta aos administrados a alternativa de dar cumprimento ou não à avença antes desta ser invalidada.

Os co-contratantes da Administração devem cumprir com as suas prestações até que o contrato venha a ter a sua eventual invalidade pronunciada. No tocante aos contratos administrativos, isso implica desenvolver as atividades inerentes às prestações que lhes cabem. Na ampla maioria dos casos, acarreta o desenvolvimento de atividades dispendiosas e o incurso em despesas. Poderá ser necessária a formação de

⁹⁷ A preservação dos efeitos..., ob. cit., p. 49.

relações jurídicas específicas com terceiros, visando justamente ao adimplemento da obrigação.

Daí a constatação inafastável de que o contrato viciado é apto a produzir efeitos. E este panorama fático deverá ser levado em consideração por ocasião da apreciação da consequência cabível em razão do vício.

A questão apresenta-se especialmente relevante ao se considerar que com frequência a pretensão de pronúncia da invalidade do contrato é manifestada ou é encerrado o processo judicial com tal objeto quando a avença já foi integralmente executada. Nestes casos, há uma relevante situação de fato já estabilizada pela passagem do tempo que não pode ser desconstituída. Inclusive os efeitos jurídicos da pronúncia da invalidade acarretariam transtornos desproporcionais ao interesse público, de modo que no caso concreto poder-se-á constatar uma vedação ao reconhecimento da ilegalidade.⁹⁸

Cabe registrar desde já que, nos casos em que se apresentam limites (que podem consistir em verdadeiros impedimentos nas situações concretas) à pronúncia da invalidade dos contratos administrativos, muito mais do que o óbice representado por uma situação de fato consolidada⁹⁹ estão sendo levados em consideração princípios constitucionais que dão amparo àquela situação no ordenamento.

Indo avante, analisar-se se o interesse público no caso concreto indica a necessidade de manutenção do contrato viciado em lugar de declarar sua invalidade

⁹⁸ Esse entendimento é adotado pela jurisprudência. Por exemplo, foi a orientação seguida pelo STJ em julgado assim ementado:

“1. Verificação de que a empresa vitoriosa na tomada de preços cumpriu integralmente o contrato, satisfazendo as obrigações adimplidas e, via de consequência, o interesse público, tendo-se passados mais de três anos desde a assinatura da avença, com a efetiva entrega dos equipamentos contratados, bem como a correta prestação de assistência técnica, refletindo, a situação, características de fato consumado.

2. Não é sensato, a essa altura, infligir prejuízo à recorrida, com fulcro em excessiva formalidade, ou mesmo, no rigor da lei, fazendo com que perca o tempo dedicado e o aproveitamento obtido. Tal acabaria por vulnerar o princípio da proporcionalidade, esvaziando, *per se*, a pretensão aqui deduzida” (ROMS 12.210/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 18.3.2002).

⁹⁹ São frequentes os precedentes judiciais que invocam o “fato consumado” como impeditivo para que se aprecie a validade dos atos que estão na origem das situações fáticas consolidadas. Isso se verifica especialmente em ações judiciais nas quais, por força de liminar, alunos obtêm o direito de se matricular e acabam concluindo o curso antes do julgamento definitivo da ação. São numerosos os julgados que invocam a Teoria do Fato Consumado para privilegiar o entendimento segundo o qual as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar prejuízos severos (é o que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, entre diversos outros casos, no REsp 640.666/RN, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 18.10.2004; AgREsp 626.590/RN, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004; REsp 611.797/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004). Apesar de a fundamentação das decisões indicar já se tratar de situação fática não passível de desconstituição, o que se está a tutelar são princípios de Direito, em especial o da segurança jurídica. A simples irreversibilidade dos fatos não é suficiente por si só para garantir a estabilização da situação perante o Direito, pois para estes casos são previstas medidas substitutivas ou equivalentes que permitem a recomposição do *status quo ante* na medida do possível.

depende também de uma apreciação dos efeitos que o reconhecimento do vício e a extinção do vínculo ensejariam.

A consequência mais direta da invalidação é a restituição das partes ao estado em que se encontravam antes de celebrado o contrato. Isso significa a restituição das prestações executadas por cada uma delas. No caso de impossibilidade fática de restituição, o que se verifica especialmente com relação à prestação executada pelo particular, cabe a indenização pelo equivalente.¹⁰⁰ É o que dispõe expressamente o par. único do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

Em alguns casos, a indenização poderá não ser suficiente para recompor a situação fática anterior das partes. Já em outras hipóteses, poder-se-á verificar que a vultuosidade da indenização envolvida superará o benefício ao interesse público que se teria com a pronúncia do vício.

Por fim, faz-se necessário avaliar quais são os valores e princípios jurídicos atingidos pelos efeitos do contrato viciado. Trata-se de analisar se o vício do contrato ou de seus atos anteriores acarretaram prejuízos.¹⁰¹ Essa constatação é relevante para se aferir a possibilidade ou não de aplicação da máxima “*pas de nullité sans grief*” no caso concreto.

A questão diz respeito diretamente às repercussões do vício do contrato.

Por um lado, envolve a avaliação da contaminação do contrato por vícios dos atos que o antecederam. É nesse sentido que Lucia Valle Figueiredo alude à ausência de lesão como barreira à invalidação, uma vez constatado que “o ato invalidável não teria contaminado as relações surgidas posteriormente”.¹⁰²

¹⁰⁰ Extrapola os limites do presente estudo a análise das consequências específicas que decorrem da invalidação dos contratos administrativos em termos de indenização. Essa avaliação merece estudo aprofundado, devendo levar em consideração as diversas variáveis que podem se apresentar, em todas as combinações possíveis (o momento em que se declara a invalidade, se houve culpa ou má-fé de algum dos contratantes, a natureza do objeto do contrato invalidado etc.). A esse respeito, pode-se consultar o trabalho monográfico de Jacintho de Arruda Câmara, *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999, *passim*.

¹⁰¹ O Judiciário tem reconhecido que a ausência de lesão é impeditiva inclusive para o exercício da autotutela pela Administração. É o que decidiu, por exemplo, o STJ: “A regra enunciada no verbete nº 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência” (RMS 407, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 2.9.1991).

¹⁰² *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 244. O exemplo trazido pela autora é o de “procedimento licitatório em que determinado ato inválido não tenha contaminado as relações jurídicas surgidas posteriormente” (ob. e loc. cit.).

Essa temática é bastante freqüente nos contratos administrativos, que devem ser antecedidos de uma série de atos objeto de regulação legal estrita. Acrescente-se a isso o fato de nosso ordenamento ter consagrado a repercussão automática da invalidade dos atos pré-contratuais no contrato subsequente (Lei nº 8.666/93, art. 49, §2º). A análise dos requisitos necessários para que se possa considerar que não houve interferência do vício do ato antecedente no contrato subsequente é objeto de análise detalhada adiante.¹⁰³

Por outro lado, a questão dos interesses prejudicados pelos efeitos do contrato viciado também é relevante para se aferir a necessidade ou não de se pronunciar a invalidade. Além da legalidade estrita, há de se verificar se o vício é apto a lesionar ou não outras situações protegidas pelos princípios do Estado Democrático de Direito. Na ausência de lesão, é legítimo aceitar-se a simples manutenção da relação jurídico-contratual viciada.

Assim, faz-se necessário que se proceda a um completo levantamento de toda a situação que envolve o contrato viciado e de todas as suas repercussões para que seja feito o juízo acerca da consequência cabível em face da constatação de determinado vício no contrato. A aplicação dos princípios gerais de Direito a esse quadro poderá conduzir inclusive à constatação da necessidade de preservação dos contratos viciados ou dos seus efeitos.

Cabe analisar mais detidamente quais os princípios que devem ser considerados nessas circunstâncias.

III.3. Notas principiológicas

A partir das premissas acima estabelecidas – os efeitos eventualmente já produzidos pelo contrato viciado, os efeitos que decorrerão de eventual pronúncia de invalidade e os interesses prejudicados pelos efeitos do contrato viciado – extraem-se os fatores e circunstâncias que deverão ser levados em consideração para se verificar a consequência a ser atribuída ao contrato viciado.

¹⁰³ V. item III.4.6.

Convém ponderar que, sob a perspectiva das partes contratantes, há de se reputar que os interesses por elas titularizados não podem ser considerados contrapostos.

No contrato administrativo, o contratado aparece como colaborador voluntário da Administração na prossecução do fim de interesse público. O particular não é titular de interesses antagônicos nem assume a posição de adversário da Administração. Como assevera Granillo Ocampo: “É que a incidência do interesse público no contrato da Administração, faz com que as partes não sejam consideradas apenas simples partes que negociam, senão também colaboradores que se encontram, ainda que persigam propósitos distintos”.¹⁰⁴

Disso decorre que a relação contratual deve ser analisada com “cada vez maior flexibilidade, reconhecendo-se prioridade à idéia do fim público contratual, no qual ambas partes colaboram”.¹⁰⁵ As controvérsias em torno dos contratos administrativos devem ser resolvidas de modo a se colocar o “interesse público como objetivo prioritário”.¹⁰⁶

Assim, há uma diversidade de fatores a se levar em consideração. O modo como esses elementos deverão ser avaliados e ponderados é apontado pelos princípios.

São os princípios que vão indicar, no caso concreto, qual é a solução a ser adotada diante da constatação de determinado vício no contrato.¹⁰⁷ No entanto, da análise da aplicação dos princípios muito raramente extrai-se uma resposta única para a questão. Pode-se afirmar que, no mais das vezes, há princípios que indicam pela invalidação do contrato e outros que propõem a sua preservação.

Com efeito, não é possível proceder-se a uma análise uniforme para se determinar de antemão a possibilidade ou não de se aplicar outra solução que não a desconstituição dos contratos viciados. O próprio peso a ser atribuído a cada um dos princípios envolvidos varia de acordo com o valor jurídico que o vício atinge.

A seguir são analisados aqueles que reputamos serem os princípios mais diretamente relacionados com a temática e que deverão ser precipuamente levados em

¹⁰⁴ *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 93-94.

¹⁰⁵ Ob. cit., p. 94.

¹⁰⁶ Ob. e loc. cit.

¹⁰⁷ Sobre o conceito de “princípio” e a ponderação a ser feita dos diversos princípios entre si e entre princípios e regras para a sua aplicação aos casos concretos, remetemos às indispensáveis obras de Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*. Reimpr. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, esp. p. 87-138) e Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, esp. p. 23-125).

consideração ao se proceder ao juízo acerca da possibilidade ou não de não se pronunciar a invalidade do contrato ou de se preservar o contrato ou os efeitos produzidos.

Analisa-se inicialmente o princípio da legalidade, que é o ponto de partida para a constatação dos vícios nos contratos. Em seguida, faz-se alusão aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé, que são relevantes especialmente sob a perspectiva do co-contratante da Administração uma vez que podem amparar direitos subjetivos passíveis de serem opostos à pretensão da Administração de pronunciar o vício. Após, são expostas as repercussões de alguns princípios gerais do Estado Democrático de Direito e da atividade administrativa que também guardam estreito vínculo com a decisão a ser tomada no caso concreto.

Como não poderia deixar de ser, o elenco de princípios exposto não é exaustivo. Não se exclui a possibilidade, o que é até mesmo recomendável, de que sejam levados em consideração ainda outros princípios e valores que o caso concreto possa implicar.

III.3.1. Princípio da legalidade administrativa

Os vícios dos contratos administrativos resultam da desconformidade da avença celebrada com o modelo legal para esta previsto. A solução para referida divergência deve ser buscada dentro do próprio ordenamento. Ao mesmo tempo em que a atividade do Estado subordina-se à ordem jurídica, as conseqüências da não observância das regras previstas encontram limites no próprio ordenamento.

O que ora se pretende enfatizar é que, tanto para um quanto para outro caso, é necessário que seja levado em consideração o princípio da legalidade em sentido amplo.

O Estado de Direito, na sua concepção original, foi diretamente vinculado ao princípio da legalidade estrita.¹⁰⁸ Ao longo do tempo, essa conformação foi sendo alterada com a inclusão de outros cânones a serem observados na execução da atividade administrativa.

¹⁰⁸ Extrapola a temática do presente estudo a análise da concepção filosófica, jurídica e política do Estado de Direito. Sobre o tema, podem ser consultados, entre outros, Jacques Chevallier. *L'État de Droit. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 2, p. 313-380, mar./abr. 1988, e Jorge Reis Novais. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. *Separata do Volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Almedina, 1987.

Constata-se que no Estado dos dias de hoje, considerando-se especialmente as funções prestacionais e promocionais que lhe são atribuídas, a conformação de sua atividade de acordo com os moldes restritos da lei não é o mais adequado nem o suficiente para se promover a melhor realização do bem comum.

Daí a constatação de Almiro do Couto e Silva no sentido de que o Estado de Direito deve ser observado sob dupla perspectiva:

“Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis”.¹⁰⁹

Da conjugação destas duas concepções do Estado de Direito resulta a noção de legalidade em sentido amplo.

Além das regras expressamente previstas, a doutrina reconhece a existência de fontes não escritas da legalidade. Consiste basicamente no conjunto dos princípios gerais de Direito que, apesar de não figurar integralmente de forma expressa nos textos legais, deve ser observado pela Administração sob pena de ilegalidade.¹¹⁰

A noção mais ampla de legalidade e que melhor reflete o regime jurídico a que se submete a Administração Pública é aquela a que se refere o conceito de “juridicidade administrativa”.

A juridicidade administrativa representa a submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo – não apenas às leis em sentido estrito. Na definição de Paulo Otero: “A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria,

¹⁰⁹ Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 84, p. 46, out./dez. 1987.

¹¹⁰ André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet. *Traité de Droit Administratif*. T. I, 12. ed. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 557-558.

encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder”.¹¹¹

Há de se considerar o princípio da legalidade administrativa também em termos funcionais. Usualmente reconhece-se no princípio da legalidade uma finalidade garantística, visando à tutela não apenas dos destinatários da atuação administrativa mas também do interesse público a ser perseguido. Mas referido objetivo de garantia não é atingido apenas com o princípio da legalidade. Existem, segundo Bruti Liberati, outros instrumentos eficazes que podem ser utilizados, tais como os princípios da procedimentalização da atividade administrativa e da razoabilidade.¹¹²

Já por isso o princípio da legalidade não pode ser considerado em termos absolutos, de estrita vinculação de toda e qualquer atividade administrativa à lei. A noção da Administração como simples executora da lei, no sentido de que todas as suas condutas já estariam pré-ordenadas legalmente, não é adequada para diversos setores da atividade administrativa. A questão se coloca de forma renovada com relação à atividade prestacional da Administração Pública, da qual o contrato administrativo é importante instrumento.

Assim, a concepção da legalidade em sentido amplo permite superar o aparente confronto que se instauraria entre o princípio da legalidade e a segurança jurídica, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana e assim por diante. Faz-se necessária essa ampliação da noção de legalidade porque “a necessidade de 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”.¹¹³

A superação da legalidade estrita também é reconhecida por Adilson Dallari: “Atualmente, começam a se avolumar os estudos no sentido da manutenção dos efeitos de atos viciados no momento de sua prática. Pode-se afirmar, com segurança, que está definitivamente sepultada a tese de que qualquer vício jurídico acarretaria

¹¹¹ *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 15. No entanto, como registra Angela Costaldello, “importa salientar que juridicidade e legalidade não se excluem, apenas originam-se e atuam em esferas diferentes. A juridicidade encontra-se em toda e qualquer Administração Pública, sobretudo naquela que se conforma com o Estado de Direito. Já a legalidade resulta de cada um dos ordenamentos jurídicos e espraia efeitos e regulamenta ações somente no âmbito daquele ordenamento” (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, p. 50).

¹¹² *Consenso e funzione nei contratti di Diritto Pubblico*, ob. cit., p. 121-122.

¹¹³ Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 23.

irremediavelmente a invalidade do ato praticado. A estrita legalidade formal não é mais o dogma supremo do direito administrativo”.¹¹⁴

Daí que a incidência de outros vetores principiológicos pode até mesmo superar a infração ao ordenamento representada pela ilegalidade do contrato. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, se a situação jurídica gerada pelo ato viciado já estiver estabilizada, não existe obrigação de invalidá-la porque “*já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo*”.¹¹⁵

Faz-se necessário, assim, analisar-se ainda que sucintamente os princípios que podem determinar a preservação de situações jurídicas construídas em torno de um contrato administrativo viciado.

III.3.2. Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança

O princípio da segurança jurídica está diretamente relacionado com a função do Direito de pacificação social. O ordenamento jurídico visa justamente a permitir que se saiba de antemão a conduta a ser adotada e as conseqüências que podem advir da sua não observância. Daí as noções de estabilidade e certeza que o Direito permite agregar à vida social.

A segurança jurídica é um princípio comum a todo ordenamento jurídico e pode ser encontrado na matriz de diversos institutos. Transforma-se em norma jurídica expressamente abrigada no Direito positivo nas disposições acerca da prescrição e da decadência, do direito intertemporal e da coisa julgada, entre outras.

A expressão mais geral da segurança jurídica no texto constitucional é a que estipula que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI). Indo adiante, o conteúdo da segurança jurídica apresenta variações e especificações de acordo com o ramo do Direito a que se aplica.¹¹⁶ Para o Direito Administrativo, a segurança jurídica foi objeto de expressa previsão na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública

¹¹⁴ Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 36, n. 141, p. 83, jan./mar. 1999.

¹¹⁵ *Curso...*, ob. cit., p. 435.

¹¹⁶ No Direito Tributário e no Direito Penal, por exemplo, a segurança jurídica é o que fundamenta as regras acerca da retroatividade das leis. O Direito Processual Civil tem por objeto de estudo a segurança jurídica especialmente com relação ao instituto da coisa julgada, que visa à estabilização das decisões judiciais.

Federal (art. 2º, *caput*), entre os princípios a serem observados na atividade administrativa.

De todo modo, não se pode olvidar que “a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade”.¹¹⁷

O sentimento de segurança jurídica permeia a ordem jurídica tanto no momento anterior à prática dos atos, no tocante à previsibilidade acerca da sua ocorrência, quanto no momento posterior, no sentido da permanência da situação criada pelo ato.¹¹⁸ Luís Roberto Barroso enumera as seguintes idéias ou conteúdos que estão incluídos na noção de segurança jurídica:

“1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.¹¹⁹

Importa especialmente ao presente estudo a segurança jurídica sob a perspectiva de estabilidade das relações jurídicas, aliada à previsibilidade e à confiança depositada pelos administrados com relação à atuação do poder público. Justamente por ter a sua conduta pautada pelo ordenamento, há a expectativa legítima dos cidadãos, digna de tutela, de que a situação não será repentinamente modificada. A observância do princípio da segurança jurídica indica justamente a necessidade de se evitar situações que surpreendam os administrados e que instabilizem de modo traumático e desproporcional as situações em curso.

¹¹⁷ Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica..., *RBDP* 6, ob. cit., p. 17-18.

¹¹⁸ Nesse sentido, vale citar a precisa lição de J. J. Gomes Canotilho: “As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou *eficácia ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 263).

¹¹⁹ A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50-51.

Como ensina Geraldo Ataliba, a segurança jurídica é decorrência natural do Estado de Direito republicano: “O Estado não surpreende seus cidadãos; não adota decisões inopinadas que o aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional”.¹²⁰ E arremata: “O legislador e – com maior razão – o administrador não surpreendem o povo”.¹²¹

Cabe frisar que o princípio da segurança jurídica constitui em garantia estabelecida em favor do particular. É nesse sentido a lição de Agustín Gordillo: “a segurança jurídica, tantas vezes invocada a favor do ato, é em rigor um princípio construído em tutela dos direitos individuais”, de que “resulta então absurdo postular a segurança jurídica como valor oponível pela administração ao particular”.¹²²

Daí a estreita vinculação da segurança jurídica com a tutela da confiança gerada pela atuação estatal. Pode-se aludir à tutela da confiança como sendo o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica.¹²³⁻¹²⁴

¹²⁰ *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 172-173.

¹²¹ Ob. cit., p. 173. Vale transcrever as oportunas considerações de Romeu Felipe Bacellar Filho sobre a importância da previsibilidade nas relações contratuais entre Administração e particulares:

“é mister que o relacionamento envolvendo o Poder Público e os Particulares – muito embora aquele procure resguardar o interesse público e estes objetivem a justa distribuição da atividade desenvolvida, assim como a remuneração do investimento – seja marcado pela coerência e pela transparência nas atitudes reciprocamente tomadas.

Nesta trilha, constata-se que a atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma ‘administração de surpresas’. Deve, assim, a Administração Pública seguir obediente observância ao princípio da legalidade, sempre em interação com os princípios explícitos e implícitos extraídos da Constituição Federal, dispensado ao seu parceiro um tratamento sob os influxos deles decorrentes” (Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional* n. 14, ob. cit., p. 80).

¹²² *Tratado...*, t. III, ob. cit., p. XI-8.

¹²³ A lição de J. J. Gomes Canotilho é bastante clara a propósito da relação entre a segurança jurídica e a tutela da confiança: “O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 256).

¹²⁴ Com inspiração principalmente no Direito alemão, o princípio da proteção da confiança legítima teve a sua aplicação difundida em praticamente todos os países europeus e também no Direito comunitário. Sobre o tema, confira-se a obra de Federico A. Castillo Blanco, *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, esp. p. 107-146.

A proteção da confiança limita as mudanças de conduta do Estado no sentido de pronunciar a invalidade dos atos anteriormente praticados e que sob a aparência da legalidade – obrigatória em razão da presunção de legitimidade e da auto-executoriedade – produziram vantagens e deram origem a direitos subjetivos dos destinatários. Opõe obstáculos às mudanças bruscas de comportamento da Administração, no sentido de alterar situações já consolidadas, que foram por ela mesma impostas.

Isso porque a confiança decorre de “uma conduta, manifestada em certos atos do poder público, que fez gerar certa confiança de que se atuaria em um determinado sentido”.¹²⁵ E esta expectativa que os administrados têm com relação à atuação dos poderes públicos deve ser tutelada.

Para o presente estudo, importa especialmente a invocação da segurança jurídica e da proteção da confiança como limites para a pronúncia da invalidade dos atos administrativos favoráveis aos administrados.¹²⁶ Com efeito, a questão ganha contornos especiais quando se trata de ato que gera direitos subjetivos aos administrados e que ingressa na sua esfera jurídica, trazendo-lhes um benefício.

A proteção da confiança dos administrados, decorrente do princípio da segurança jurídica, constitui em limite à invalidação dos atos da Administração. Como já afirmou Almiro do Couto e Silva:

“A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários”.¹²⁷

¹²⁵ Federico A. Castillo Blanco, ob. cit., p. 98.

¹²⁶ Entre as circunstâncias nas quais tem sido admitida a imposição de limites e até mesmo inviabilizada a pronúncia dos vícios em atenção à tutela da segurança jurídica e da confiança, encontram-se “os casos em que o ato administrativo favorável seja ditado como resultado de um procedimento formal semi-jurisdicional, ou seja emitido por um órgão superior, ou nos casos em que a revogação [incluindo a invalidação dos atos ilegais] implicará uma modificação duradoura e profunda na vida do interessado se este, com base na situação criada pelo ato administrativo, tiver disposto de seu patrimônio com certa amplitude; finalmente, também nos casos em que media um amplo período de tempo entre a produção do ato administrativo viciado e o descobrimento da sua antijuridicidade” (Federico A. Castillo Blanco, ob. cit., p. 119).

¹²⁷ Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica..., *RD* 84, ob. cit., p. 47.

Outrossim, com relação especificamente à invalidação, é de extrema relevância o atributo da presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração.

Toda atuação estatal carrega consigo a presunção de ser legítima e de visar ao atendimento do interesse público. Essa característica repercute em toda a relação jurídico-administrativa contratual.

Com relação à Administração, da presunção de legalidade decorre que a atuação estatal carrega consigo uma presunção *iuris tantum* de que é legítima e de que tem por escopo o interesse público. Tal presunção dispensa a Administração de demonstrar e comprovar a legalidade da sua atuação antes de dirigi-la aos particulares. Infere-se que a vontade estatal foi formada corretamente, com a observância de todas as normas que a regulam, e de que o resultado final que ora se apresenta ao particular é legítimo. Somente a partir dessa presunção é que se justificam os demais atributos da atuação estatal – imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

Já o particular recebe a atuação da Administração com o pressuposto de que atende ao princípio da legalidade. A presunção de que a atuação estatal se apresenta em conformidade com o Direito gera para o particular a segurança jurídica de que tal situação será mantida sob a perspectiva da sua legalidade. Os destinatários da atuação estatal têm a expectativa legítima de que a situação não será modificada por motivo de legalidade. Nesse contexto, aquilo que é fortemente provável, previsível, com relação aos atos da Administração é que sejam legítimos e aptos a produzirem os efeitos que deles se espera.¹²⁸

A isso deve ser acrescentado o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos. O administrado tem o dever de se submeter aos efeitos da atuação administrativa e executar o contrato. O que foi pactuado deve ser cumprido pelo particular, independente da sua validade ou não, até que o eventual vício venha a ser pronunciado. Não se apresentam alternativas ao co-contratante da Administração. Cabe-lhe executar as prestações a que se comprometeu.

Nesse contexto, a execução do contrato pelo administrado sequer se coloca na sua esfera de voluntariedade. Mesmo que a Administração não tenha recorrido à execução forçada, tal cumprimento pelo executado deve-se à exigibilidade que caracteriza

¹²⁸ Daí que Adilson Abreu Dallari afirma que a presunção de legitimidade dos atos estatais significa “uma severa restrição ao poder de autotutela” (Os poderes administrativos..., *RIL* n. 141, ob. cit., p. 81).

os atos da Administração. “Ante um ato administrativo, o administrado que se relaciona com a Administração não tem outra opção que o acatamento”.¹²⁹

Cabe analisar mais detidamente a questão frente à invalidação dos contratos administrativos sob a perspectiva de que o “interesse coletivo de que a administração não viole a ordem jurídica” com frequência na realidade implica “uma desproteção do interesse público representado pela segurança jurídica dos direitos individuais frente à administração”.¹³⁰

Com efeito, como se viu acima, os atos administrativos presumem-se legítimos porque o Estado tem o dever de se submeter à ordem jurídica. Em razão da presunção de legitimidade, os atos administrativos devem ser obrigatoriamente observados até que a sua eventual invalidade venha a ser pronunciada. Daí que, enquanto não for reconhecido o vício, ninguém pode se opor ao cumprimento do ato. Ou seja, é obrigatório que o ato viciado produza todos os seus efeitos até que a invalidade seja reconhecida por autoridade competente.

Porém, essa situação pode infringir a segurança jurídica e a proteção da confiança. Recairá uma conseqüência negativa sobre o administrado que orientou a sua conduta de acordo com o ato ilegal, apesar de que não poderia ter sido de outra forma. Não havia a alternativa de simplesmente negar obediência ao ato. Em razão disso, não pode ser imposta ao particular solução que acarretaria efeitos drásticos em sua esfera jurídica justamente porque ele cumpriu um contrato que tinha o dever de presumir ser regular e válido.

Portanto, ao contratar com a Administração o particular pressupõe que foram observadas todas as disposições legais que regem a formação do contrato. E essa expectativa legítima merece ser tutelada,¹³¹ deixando-se por último a alternativa de frustrá-la com a invalidação do contrato. A pronúncia do vício não pode resultar em situação mais lesiva aos princípios do Estado Democrático de Direito do que seria a preservação do contrato viciado.

¹²⁹ Jesús González Pérez. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 134.

¹³⁰ Agustín Gordillo, *Tratado...*, t. III, ob. cit., p. XI-9.

¹³¹ Como ensina Forsthoff, ao diferenciar as conseqüências da invalidade no Direito Privado e no Direito Público: “A razão disso radica na natureza jurídica do ato administrativo. Este, sem prejuízo de sua regularidade ou defeituosidade, significa em todo caso uma manifestação da autoridade do Estado e, enquanto tal, carrega consigo uma pretensão de cumprimento. Por isso, aquele que confia na validade do ato administrativo, merece também a proteção do Direito” (*Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 311).

III.3.3. Princípio da boa-fé

Além da tutela da segurança jurídica e da confiança, também o princípio da boa-fé pode ser empregado na argumentação favorável à preservação dos contratos administrativos viciados. A incidência automática da legalidade administrativa é apta a entrar em aparente colisão com a boa-fé “dos administrados que acreditaram na legalidade dos atos administrativos que os favoreceram com vantagens consideradas posteriormente indevidas por ilegais”.¹³²

O princípio da boa-fé permite a integração ao ordenamento jurídico de regras éticas, que impõem condutas honestas. Como define Jesús González Pérez: “O princípio da boa-fé resultará infringido pelo simples fato de não ter levado em conta a lealdade e confiança devida a quem conosco se relaciona”.¹³³ Daí a sua estreita vinculação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

A boa-fé, na Teoria Geral do Direito, pode ser analisada sob dois aspectos, quais sejam, o subjetivo e o objetivo.

No sentido subjetivo, a boa-fé indica o estado pessoal do indivíduo que crê e confia, a partir de certa aparência de situação jurídica, em que aquela circunstância corresponde à realidade e com base nessa expectativa orienta o seu comportamento. Uma vez que a aparência não se confirma, os interesses do sujeito de boa-fé podem ser tutelados em nome da segurança jurídica.

Já a boa-fé objetiva indica a necessidade de observância dos deveres e dos padrões de conduta que são impostos aos sujeitos que participam de determinada relação jurídica. Refere-se ao dever de os sujeitos agirem com lisura e lealdade, de acordo com aquilo a que se comprometeram, com a palavra empenhada.

É neste sentido que o princípio da boa-fé assume especial relevância na atividade contratual da Administração Pública. Como define Galgano, a boa-fé expressa um dever, “o dever das partes contratantes de comportarem-se com correção ou lealdade”.¹³⁴

¹³² Almiro do Couto e Silva, *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica...*, RDP 84, ob. cit., p. 46.

¹³³ *El principio general...*, ob. cit., p. 76. Como assevera Angela Costaldello: “Enquanto princípio, normatizado ou não, a boa-fé traduz-se no dever que têm as partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade, lealdade e retidão. É a consagração de um princípio ético. Opõe-se à má-fé e rege a vida da relação jurídica estabelecida” (*A invalidade dos atos administrativos...*, ob. cit., p. 100).

¹³⁴ *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 453.

Com relação à invalidação dos atos administrativos, observa-se que é a preservação das situações tal como estabelecidas pelas partes que se coaduna com o princípio da boa-fé. Como afirma Jesús González Pérez, “a confiança derivada da existência do ato determina para todos os que intervieram no seu nascimento um dever de conservação, de tal modo que apenas no último extremo se recorra à sua anulação”.¹³⁵

Se as partes que concorreram para a formação do contrato agiram lealmente, a sua intenção era de que a avença produzisse os seus efeitos regulares. Daí o interesse maior em se manter o contrato eficaz em lugar de pronunciar o vício.

Além disso, deve-se levar em consideração que “no âmbito da contratação administrativa o conteúdo da boa-fé se volta mais intenso, em atenção aos interesses ou necessidades públicas que se tende a satisfazer, o que naturalmente conduz a que o Estado se encontre impedido de atuar como se se tratasse de um negócio lucrativo do qual deva obter a maior quantidade de ganâncias legítimas, em prejuízo do contratado”.¹³⁶

Com efeito, a necessidade de se tutelar a boa-fé dos administrados aparece com maior vigor quando se trata da possível invalidação de atos cujos efeitos trouxeram benefícios à esfera jurídica dos particulares. Esse aspecto se sobressai nos contratos da Administração, uma vez que a relação jurídica contratual é fonte de direitos subjetivos para o particular co-contratante.

Como ensina Almiro do Couto e Silva, a proteção da confiança e da boa-fé dos administrados estão vinculadas à “necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados”.¹³⁷

A tutela da boa-fé constitui, assim, em barreira à invalidação dos atos administrativos.¹³⁸

Porém, a possibilidade de sua invocação a favor da manutenção do contrato viciado encontra limites justamente nos casos em que não se verifica, quais sejam, quando o administrado se utilizou de meios ilícitos ou se lhe for atribuída a responsabilização pela ilegalidade.

¹³⁵ *El principio general...*, ob. cit., p. 129-130.

¹³⁶ Juan Carlos Cassagne. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 73.

¹³⁷ Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica..., *RDP* 84, ob. cit., p. 46.

¹³⁸ Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 61-62.

Nestes casos, não há que se falar em tutela da boa-fé do particular co-contratante. O Direito vai então orientar justamente a desconstituição dos efeitos produzidos pelo contrato viciado.

À medida que a proteção das pessoas de boa-fé que acreditaram na estabilidade da relação jurídico-administrativa é o fundamento para a preservação dos efeitos de contratos inválidos, essa justificativa desaparece quando a ilegalidade tiver sido provocada por estas mesmas pessoas.¹³⁹ A responsabilidade do administrado pela ilegalidade pode resultar tanto de uma declaração formal inexata quanto do silêncio guardado pelo administrado com relação à verdade, quando se impunha sua declaração formal a esse respeito.

Além disso, faz-se necessário que tal ato fraudulento do administrado tenha uma relação de causa e efeito com a atuação administrativa. Não é imprescindível que o comportamento fraudulento seja causa exclusiva, bastando que tenha sido uma das causas que contribuíram para a emissão da vontade da Administração de contratar.¹⁴⁰

Não se pode deixar de ponderar que “o facto de a formação da vontade administrativa ser exteriorizada através de um procedimento pré-contratual reduz muito as possibilidades de o co-contratante particular estar de boa fé”.¹⁴¹ É levando em conta essa premissa que a jurisprudência italiana afirma a necessidade de a boa-fé que o particular deposita na conduta da Administração ser caracterizada no caso concreto como inculpável, porque os procedimentos públicos de contratação “são disciplinados por normas, como tais cognoscíveis usando a ordinária diligência”.¹⁴²

Com efeito, é possível admitir-se um rigor maior ou, quando menos, critérios diferenciados para se avaliar a boa-fé dos co-contratantes da Administração com relação aos particulares em geral. Isso porque, como afirma Giannini, do particular que contrata com a Administração espera-se que adote a diligência normal de um operador jurídico e que deva conhecer as normas do tipo de contrato que pretende celebrar.¹⁴³

Porém, essa constatação não pode ser levada ao extremo de modo a se imputar ao particular o dever de ter conhecimento da regularidade ou não de todos os atos

¹³⁹ Michel Stassinopoulos. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Collection de l'institut français d'Athènes, 1954, p. 270.

¹⁴⁰ Ob. cit., p. 271-272. Sobre o dolo do administrado na formação dos contratos administrativos, v. item IV.2.2.3

¹⁴¹ Alexandra Leitão. *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 307.

¹⁴² Aurette Benedetti. *I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune*. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 101.

¹⁴³ *Diritto Amministrativo*. V. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988, p. 822-823.

praticados no âmbito da licitação. A fiscalização a ser exercida pelos licitantes muitas vezes é dificultada e até mesmo inviabilizada pela própria Administração.

Como se verá adiante, é na denominada fase interna que se delibera pela celebração de determinado contrato e que este é configurado. Nem sempre é dado o devido conhecimento aos particulares dos atos praticados nesta etapa. Ademais disso, em geral os administrados não dispõem do conhecimento necessário para aferir a veracidade das informações e dos motivos invocados pela Administração.

Assim, um limite a ser considerado para esse ônus (impróprio) que se atribui aos co-contratantes da Administração é o conhecimento que estes tenham dos atos praticados pela Administração e dos fatos que os embasam.¹⁴⁴ Aplica-se, por isso, apenas aos atos externos, dos quais o particular possa ter integral conhecimento.¹⁴⁵

Ademais disso, cabe destacar que a eventual má-fé do administrado com relação à ilegalidade verificada deve ser devidamente comprovada no caso concreto, uma vez que não se presume.

É o que alerta com precisão Caio Tácito, ao asseverar que, com relação ao particular, “a responsabilidade (...) terá de ser avaliada, em cada caso, perante os elementos de fato não sendo de presumir-se o *animus* de participar ou colaborar para a inobservância dos aspectos de ilegalidade, especialmente os de natureza formal, que escapam à sua iniciativa ou seu necessário conhecimento”.¹⁴⁶ E arremata: “A conduta de má-fé não se presume e, se ocorrer, deve ser evidenciada pela matéria de fato”.¹⁴⁷

Verificou-se que os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé impedem que o administrado sofra prejuízos em razão do desfazimento do contrato por motivo de ilegalidade. O co-contratante não pode ser penalizado por ter executado o contrato que tinha o dever de presumir regular e válido.

Porém, a questão não se esgota na esfera jurídica do co-contratante. Com relação a este, poder-se-ia argumentar que todos os prejuízos experimentados seriam passíveis de ressarcimento, em uma boa parcela dos casos concretos, mediante ampla

¹⁴⁴ Aplica-se, ao caso, a conclusão de Aretta Benedetti no sentido de que “emerge ... com clareza que a qualificação da situação do particular como confiança inculpável subsiste à medida que o mesmo não possa efetivamente conhecer a causa de invalidade e com isso advertir a administração para se conformar à norma” (*I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 101).

¹⁴⁵ Por exemplo, apesar de a declaração do ordenador da despesa, nos termos do art. 16, inc. II, da LRF, ser um ato externo, em regra os administrados não têm condições de aferir a veracidade da informação que consta da referida declaração. A questão é objeto de análise específica no IV.2.7.2.

¹⁴⁶ Contrato administrativo. Vícios. Saneamento. In: _____. *Temas de Direito Público*: estudos e pareceres. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 455.

¹⁴⁷ Ob. e loc. cit.

indenização por perdas e danos. A impossibilidade de desfazimento completo e integral de todos os efeitos produzidos pelo contrato no mundo dos fatos e o interesse público envolvido na execução do contrato impõem que sejam levados em consideração ainda outros princípios por ocasião da decisão que aprecia a validade da avença.

III.3.4. Princípio da supremacia do interesse público

A decisão acerca do cabimento ou não da preservação dos efeitos de determinado contrato administrativo viciado não pode prescindir da avaliação do interesse público que a questão concreta envolve. É este que vai guiar a escolha da solução a ser implementada diante do vício.

É o interesse público que norteia toda a atividade administrativa e, em última análise, que acaba por determinar o regime jurídico dos contratos administrativos. Enquanto que nos contratos entre particulares os interesses em jogo são de igual valor, nos contratos administrativos há interesses desiguais, procurando-se realizar em uma mesma relação jurídica o interesse geral e o interesse de particulares.¹⁴⁸

Ressalte-se que o imperativo de prossecução do interesse público não significa a primazia do interesse da Administração em detrimento do interesse titularizado pelo particular. É o que nos ensina Floriano de Azevedo Marques Neto: “Ao menos nos dias de hoje, interesses legítimos, mediatos ou imediatos, de um particular não podem significar automaticamente um interesse contrário aos desígnios públicos”.¹⁴⁹ Daí que a satisfação do interesse público não prescinde da consideração dos interesses dos particulares envolvidos.

A relação entre interesse público e interesse privado deve ser estabelecida levando-se em consideração especificamente os atuais escopos da atividade contratual da Administração Pública. Os traços publicistas da contratação administrativa não podem ser levados ao extremo, de modo a comprometer a obtenção do resultado visado e, em última análise, inviabilizar a própria prossecução do interesse público.¹⁵⁰

¹⁴⁸ André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, t. I, ob. cit., p. 654-655.

¹⁴⁹ *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 152.

¹⁵⁰ Nesse sentido, Aretta Benedetti nota nas recentes reformas legislativas na Itália relativas à atividade contratual da Administração “um processo geral de erosão dos perfis publicistas, em nome de uma maior eficiência e eficácia da atividade administrativa” (*I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 83). A diretriz observada nessas mudanças “é aquela do abandono da primazia do princípio da legalidade

Nesse ponto, cabe traçar alguns delineamentos a propósito da noção de interesse público.

O interesse público não se confunde com o interesse da pessoa estatal nem constitui um monopólio do Estado. O interesse público não se coloca *a priori*, como um dado absoluto e imutável.¹⁵¹ Vai ser identificado no caso concreto, levando-se em consideração inclusive os interesses particulares dos sujeitos que possam influenciar na tomada da decisão. A noção de interesse público não prescinde desse intercâmbio – e até mesmo interdependência – entre público e privado. É o resultado do confronto entre os diversos interesses a serem tutelados pelo Estado e objetiva o equilíbrio entre as posições individuais contrapostas.

Por isso, é relevante frisar que a invalidação dos contratos administrativos não se resume a um hipotético e simples confronto entre o interesse da Administração e o dos particulares.

Nesse sentido, Vasco Pereira da Silva alude às relações administrativas plurilaterais. Com o reconhecimento de uma ampla gama de direitos subjetivos públicos, as relações administrativas “não são já simplesmente bilaterais, não se estabelecem unicamente entre dois sujeitos – de um lado, o particular, do outro, a autoridade administrativa –, mas são antes multilaterais – elas implicam o envolvimento de diferentes particulares e autoridades administrativas, situados em pólos diferenciados dessa mesma ligação”.¹⁵²

A sociedade democrática é caracterizada por abrigar uma diversidade de interesses, dos mais diversos grupos sociais.¹⁵³ Verificou-se também o alargamento dos direitos subjetivos exercitáveis em face do Estado, que se deve à própria ampliação dos direitos fundamentais expressamente consagrados e do reconhecimento da sua “justiciabilidade”. Há uma diversidade de interesses individuais, coletivos e difusos,

formal, na direção de uma plena afirmação do princípio da funcionalidade e da administração por resultados” (ob. cit., p. 84).

¹⁵¹ Como define Marçal Justen Filho: “O interesse público se perfaz com a satisfação de necessidades de segmentos da população, em um momento concreto, para realizar os valores fundamentais” (Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 129, 1999).

¹⁵² *Em busca do acto administrativo perdido*, ob. cit., p. 273.

¹⁵³ Essa afirmativa reporta-se especialmente à construção teórica do Estado pluriclasse, de Massimo Severo Giannini. Com a universalização do sufrágio, a partir do final do séc. XIX, permitiu-se que diversas classes influenciassem o exercício do poder político, cada uma delas comportando interesses contrapostos. Daí a necessidade de se considerar essa diversidade de interesses na formulação do conceito de “interesse público”. Sobre a formulação do Estado pluriclasse, pode-se consultar, entre outras obras do autor, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, esp. p. 65-85.

inclusive de minorias, que devem ser levados em consideração na tomada de decisão pelo Estado.

Muitos destes interesses são contrapostos entre si e a função do Estado é justamente a de compor e harmonizar essa variedade bem como a de viabilizar a realização dos interesses merecedores de tutela específica.¹⁵⁴ Em um primeiro momento, todos estes interesses são legítimos e deverão ser levados em consideração no processo decisório.¹⁵⁵

É legítimo supor-se que o interesse público prevalecente em determinadas situações seja aquele que aponta para a tutela da segurança jurídica e da confiança e da boa-fé dos administrados que acreditaram em que o contrato firmado com a Administração havia sido celebrado em conformidade com a lei e que foram obrigados a pautar a sua conduta de acordo com esse postulado, dando cumprimento às prestações assumidas. Outrossim, a ponderação a propósito do interesse público poderá indicar a ausência de prejuízo com a manutenção do contrato viciado ou que a lesão ao próprio interesse público seria muito superior com a desconstituição da avença.

Daí a relevância de se identificar o interesse público no caso concreto, levando-se em consideração a multiplicidade de interesses envolvidos.

III.3.5. Princípio da dignidade da pessoa humana

Nessa equação de princípios que podem estar envolvidos na invalidação dos contratos administrativos, não se pode deixar de considerar o princípio máximo da supremacia da dignidade da pessoa humana.

Não é possível proceder-se a uma definição mais precisa do que consistiria o princípio da dignidade humana. O que é factível de se estabelecer são algumas balizas teóricas para a determinação, no caso concreto, de quais direitos estão compreendidos na noção de dignidade humana.

¹⁵⁴ É nesse sentido a precisa lição de Floriano de Azevedo Marques Neto: “parece-nos que a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social” (*Regulação estatal e interesses públicos*, ob. cit., p. 147).

¹⁵⁵ Essa constatação produz importantes reflexos no processo administrativo, que é a sede na qual deverá ser propiciada a participação e representação dos diversos interesses cuja consideração impõe-se por ocasião da decisão.

Assim, apesar de ser inviável uma definição categórica do conceito de dignidade, Ana Paula de Barcellos sustenta “que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.¹⁵⁶

No mesmo passo, Ingo Sarlet assevera que o conteúdo nuclear da dignidade humana residiria na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.¹⁵⁷ Segundo o autor, o núcleo da dignidade humana consistiria em um “reduo intangível de cada indivíduo” e “a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”.¹⁵⁸

O mais relevante a ser destacado é a impossibilidade de uma definição abstrata, genérica e *a priori* de que consiste a dignidade humana. Isso somente poderá ser determinado em face das situações concretas. Também o que seria esse núcleo essencial intangível do postulado da dignidade apenas poderá ser fixado caso a caso, tendo em vista as circunstâncias específicas. Apesar disso, o conceito de dignidade da pessoa humana, bastante vago, pode ser explicitado por um conjunto de condições mais concretas que devem dar-se ou que não devem ocorrer para se garantir a dignidade da pessoa.

A dignidade humana não consiste em um princípio absoluto, que prevaleceria em toda e qualquer hipótese. Como afirma Alexy, o que se verifica é que com relação ao princípio da dignidade há um amplo grupo de condições favoráveis ao seu atendimento as quais, com um alto grau de certeza, garantem-lhe precedência sobre todos os demais princípios nos casos concretos.¹⁵⁹

Quanto ao status jurídico da dignidade, Ingo Sarlet defende que, apesar de se tratar de princípio fundamental na atual Constituição, não consiste em autêntico e típico direito fundamental. No entanto, isso não impede que dela sejam extraídas posições jurídico-fundamentais não escritas, inclusive subjetivas – por força do comando do artigo 5º, §2º do texto constitucional.¹⁶⁰

Ademais disso, os direitos fundamentais podem ser considerados verdadeiras concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, trata-se de valor que guia toda a ordem constitucional, podendo ser caracterizado

¹⁵⁶ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110-111.

¹⁵⁷ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 107.

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 114.

¹⁵⁹ *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 109.

como princípio constitucional de maior hierarquia. Partindo do pressuposto de que todas as normas constitucionais são dotadas de alguma eficácia jurídica, não se pode olvidar que toda a atividade estatal encontra-se vinculada à garantia da dignidade humana, cabendo ao Estado e à comunidade respeitá-la e protegê-la.

Por um lado, o princípio da dignidade humana vincula-se diretamente com o exposto no item anterior, a propósito da necessidade, para a determinação do interesse público no caso concreto, de que sejam levados em consideração os diversos interesses envolvidos. Isso inclui os interesses particulares dos administrados enquanto tais, que devem ser tutelados inclusive como decorrência do reconhecimento da supremacia da dignidade humana, princípio a ser obrigatoriamente observado pelo Estado.¹⁶¹

Por outro, no presente item pretende-se especialmente assentar que a dignidade humana é relacionada com a garantia de um padrão mínimo existencial,¹⁶² esfera na qual se reconhecem direitos subjetivos dos administrados a prestações estatais. Refere-se a um padrão mínimo de segurança material a ser garantido pelos direitos fundamentais prestacionais, de modo a não se esvaziar a liberdade pessoal. Aproxima-se, assim, o que seria o direito ao mínimo vital daquilo que é necessário para a garantia da dignidade da pessoa.

Diante disso, em larga medida o atendimento da dignidade humana depende de prestações estatais, sobretudo sob a forma de oferta da infra-estrutura necessária à satisfação das necessidades básicas dos indivíduos.

A atividade administrativa deve ter por escopo a realização dos direitos fundamentais e garantia da dignidade humana. Tais objetivos consistem em princípios nucleares a serem observados e na direção dos quais deve estar voltada toda e qualquer decisão do poder público.¹⁶³ Por isso, há de se privilegiar as soluções que impliquem o melhor atendimento a este princípio constitucional.

¹⁶⁰ *A eficácia dos direitos fundamentais*, ob. cit., p. 111.

¹⁶¹ Como afirma Norbert Foulquier, “é inegável que o princípio da dignidade humana participa da proteção dos administrados em face da Administração facilitando a consagração da sua individualidade” (*Les droits publics subjectifs...*, ob. cit., p. 90).

¹⁶² Trata-se de construção originária da Corte Constitucional alemã, que extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à integridade física, interpretados sistematicamente com o princípio do Estado Social. A concepção do “mínimo vital” como derivação direta da dignidade humana é aceita pelos doutrinadores nacionais, questionando-se apenas quais os direitos que estariam compreendidos nesta esfera. Sobre o tema, podem ser consultados, entre outros, Andreas J. Krell. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, esp. p. 59-65, e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais*, ob. cit., p. 258 e ss.

¹⁶³ Vale transcrever a precisa lição de Marçal Justen Filho a propósito da matéria: “A personalização do Direito Administrativo propicia reconhecer que a Administração Pública não apresenta valores intrínsecos.

A temática da dignidade humana, além de princípio máximo da atividade estatal, encontra aplicação direta na temática do presente estudo à medida que o contrato administrativo é celebrado tendo em vista a prossecução de determinado interesse público. Com frequência, trata-se de fim que diz respeito diretamente com o atendimento de necessidades básicas da população. Essa situação é bastante nítida quando se trata de prestações relacionadas com o serviço público.

Com o desfazimento do contrato viciado, impede-se o imediato atendimento a estas necessidades. Haverá a necessidade de se refazer todos os atos de escolha do co-contratado, o que demanda tempo. Caso se opte pela contratação direta em razão da urgência, além de também ser necessário determinado lapso temporal para a sua concretização, não se estabelecerá a devida concorrência entre potenciais interessados e há o sério risco de a contratação obtida não ser a mais vantajosa para a Administração.

Já por estes aspectos é possível constatar a conexão estreita que pode existir entre a solução a ser dada a determinado contrato viciado e a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessário, assim, considerar o eventual comprometimento que a decisão de invalidação poderá acarretar à imediata promoção da dignidade humana pelo Estado.

III.3.6. Princípios da eficiência administrativa e da economicidade

Adiante analisa-se ser a eficiência também um requisito de validade dos contratos administrativos. A questão é relacionada com diversos aspectos dos contratos, mas especialmente no que diz respeito à decisão de contratar. É nesta fase do procedimento que se delibera pela celebração de um contrato administrativo, com determinado conteúdo, devendo-se avaliar se esta decisão representa o atendimento inclusive do postulado da eficiência administrativa.

Também aqui a diretriz primeira é a dignidade da pessoa humana. A atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pela realização desse valor, inclusive (e especialmente) quando se trata de interesses de minorias e dos destituídos de poder. Não se admite que os titulares do poder político legitimem decisões invocando a *conveniência* do interesse público e produzam, concretamente, o sacrifício do valor fundamental. O núcleo do Direito Administrativo não é o *poder* (e suas conveniências), mas a realização do interesse público – entendido como afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana” (Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo, *RTDP* 26, ob. cit., p. 129).

Na presente etapa do estudo, intenta-se analisar o princípio da eficiência no que diz respeito à sua observância na decisão de se preservar ou não o contrato viciado. Tal deliberação é passível de controle inclusive sob a perspectiva da eficiência.

É assente doutrinariamente a afirmativa de que não é possível delimitar-se o conceito de eficiência. Luciano Parejo Alfonso constata que a eficiência “carece de um sentido unívoco e concreto” e de “conteúdo e alcance objetivos e determinados”.¹⁶⁴ Nesse mesmo sentido, Emerson Gabardo propõe tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, a ter sua compreensão e amplitude definidas por ocasião da sua aplicação ao caso concreto.¹⁶⁵

Porém, como assevera Paulo Modesto, “não se pode, em qualquer caso, recusar a *positividade*, a *operatividade* e a *validade jurídica do princípio da eficiência* sob o argumento de que o seu conceito foi tradicionalmente desenvolvido pela sociologia e pelas ciências econômicas. Todos sabemos que os princípios jurídicos são normas, prescrições, dirigem-se a incidir sobre a realidade, referindo sempre algum *conteúdo impositivo*”.¹⁶⁶

No âmbito do presente estudo, cabe analisar o conteúdo do princípio da eficiência sob a perspectiva de sua utilização no controle dos atos administrativos. Mais especificamente, avaliar-se a sua aplicação à decisão de invalidação dos contratos.

A inserção no texto constitucional do princípio da eficiência significou o acréscimo de mais um parâmetro de controle da atividade estatal.¹⁶⁷ Porém, a sindicabilidade dos atos da Administração Pública sob a perspectiva da eficiência não pode conduzir a um comprometimento dos fins a serem atingidos ao emprego mais eficiente dos meios.

Convém enfatizar que a eficiência postulada no texto constitucional é necessariamente uma eficiência no Direito. Isso significa que “o princípio da eficiência deve ser considerado com as cautelas próprias da atuação do Poder Público, não podendo

¹⁶⁴ *Eficacia y Administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 90.

¹⁶⁵ *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24.

¹⁶⁶ Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 7, p. 67, jul./set. 2000.

¹⁶⁷ Egon Bockmann Moreira constata que o princípio da eficiência constitui “nova forma de controle da Administração Pública” (*Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 179). Em seguida, aduz que a consagração constitucional do princípio da eficiência “impõe interpretação no sentido de princípio positivado, em exclusivo benefício do cidadão, ampliativo de seus direitos, configurando mais um *dever e parâmetro* de controle da atividade administrativa pública” (ob. cit., p. 183).

justificar a inobservância do princípio da legalidade”.¹⁶⁸ Daí que a busca da eficiência não poderá se sobrepor aos princípios anteriormente analisados. Porém, não deixa de ser uma diretriz a ser considerada na decisão administrativa desde que não implique o comprometimento dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.¹⁶⁹

A aplicação do princípio da eficiência vincula-se à “valorização dos (...) elementos finalísticos” da lei.¹⁷⁰ Trata-se de aferir a validade dos atos também sob a perspectiva da eficiente realização dos objetivos previstos no próprio ordenamento. Mais especificamente: “O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata”.¹⁷¹

Outrossim, o princípio da eficiência permite o controle “da busca pelo ponto ótimo na atuação discricionária”.¹⁷² Com efeito, nos aspectos vinculados da atividade administrativa “a importância do princípio da eficiência é aplacada pela preponderância dos princípios da legalidade e da finalidade”.¹⁷³ Já existe a determinação do ato a ser praticado, sem espaço para a apreciação pelo administrador no tocante à forma e aos meios a serem empregados para tanto. Assim, acentua-se a relevância do requisito da eficiência no que diz respeito aos aspectos que admitem a realização de escolhas pelo administrador, o espaço de discricionariedade da atividade administrativa.

O controle da decisão administrativa pelo princípio da eficiência implica verificar-se se a escolha feita representa a melhor utilização dos meios disponíveis para o atendimento da finalidade que se tem em vista. Não significa uma simples análise de

¹⁶⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

¹⁶⁹ É o que bem pondera Romeu Felipe Bacellar Filho, ao analisar a conformidade do princípio da eficiência com o texto constitucional: “Daqui, emergem duas conseqüências: (i) o princípio constitucional da eficiência deve sofrer um processo contínuo de *interpretação conforme a Constituição* a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental, (ii) respeitado o limite anterior, o princípio constitucional da eficiência ao interagir, principalmente, com os demais princípios constitucionais da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade – participará do mecanismo das *deslocações compreensivas* e da *ponderação* a ser levada a cabo na aplicação dos princípios ao caso concreto” (*Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 217).

¹⁷⁰ Alexandre Santos de Aragão. O princípio da eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, a. 2, n. 4, p. 77, jan./fev. 2004.

¹⁷¹ Ob. e loc. cit.

¹⁷² Emerson Gabardo, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, ob. cit., p. 132.

¹⁷³ Ob. cit., p. 129.

custos mas também a ponderação dos benefícios obtidos em cada caso e dos seus reflexos na atividade estatal como um todo.¹⁷⁴

Em uma das suas perspectivas, o princípio da eficiência vincula-se ao princípio da economicidade, expressamente previsto no art. 70 da Constituição Federal. Trata-se de diretriz a ser aplicada à fiscalização da execução orçamentária, de modo a se aferir a relação custo-benefício obtida pelo administrador.

Como define Juarez Freitas, o administrador “tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública”.¹⁷⁵ Daí que a decisão de invalidação do contrato administrativo deverá levar em consideração, inclusive, todos os custos envolvidos em cada uma das alternativas que se apresentam.

Os princípios da eficiência e da economicidade apresentam relevância nesta temática porque a escolha entre diversas conseqüências em tese cabíveis diante de um determinado vício contratual também deve ser guiada tendo-se em vista a efetivação destes postulados.

Como se indicou anteriormente, no caso da pronúncia da invalidade, não se pode olvidar o direito à ampla indenização a que pode fazer jus o co-contratante. Ademais disso, caso o objeto do contrato não tenha sido integralmente executado, far-se-á necessária a realização de nova contratação, que implica o dispêndio de tempo e recursos públicos. Todos estes fatores econômicos deverão ser devidamente avaliados e ponderados antes de se proclamar o vício e, na medida da compatibilidade com os demais princípios norteadores da atividade administrativa, caberá a adoção da providência que significa o melhor atendimento aos princípios da eficiência e da economicidade.

III.3.7. Princípio da proporcionalidade

¹⁷⁴ Cabe registrar o preciso alerta de Parejo Alfonso a propósito da inviabilidade de se adotar uma concepção muito restrita de eficiência administrativa. Segundo o autor, a busca da eficiência no setor público não pode resultar nas seguintes conseqüências indesejadas: a) a redução da eficiência a uma simples economia de meios, uma vez que os custos são de mais fácil mensuração do que os benefícios (o que pode resultar em mero corte de gastos públicos); b) a tendência de ignorar-se os efeitos externos, diante do fato de que os custos sociais são mais difíceis de se medir do que os custos econômicos; e c) a maior probabilidade de se reduzir as repercussões sociais a critérios quantitativos, para torná-las mensuráveis sob a forma de benefícios exclusivamente econômicos (o que pode conduzir à redução de todos os fatores envolvidos a um simples jogo de números) (*Eficacia y Administración*, ob. cit., p. 119).

¹⁷⁵ *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73-74.

Em face dessa diversidade de interesses e de princípios que podem se apresentar no caso concreto, faz-se necessário proceder-se à sua ponderação. Daí a necessidade de se recorrer ao princípio da razoabilidade, na vertente da proporcionalidade.

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, não resulta a indicação da solução a ser obrigatoriamente adotada pelo administrador. Ou seja, não se lhe retira a liberdade de decisão própria da margem de discricionariedade conferida pela lei. Procura-se estabelecer certos cânones, que vão balizar o processo lógico de tomada de decisão. Sob essa perspectiva, constata-se que a proporcionalidade não é dotada de um valor próprio. Talvez seja mais apropriado a ela se referir como sendo uma técnica de decisão para a aplicação do Direito ao caso concreto.

O princípio da proporcionalidade determina a ponderação de todos os interesses envolvidos na decisão a ser tomada: interesse público, primário e secundário, e os interesses dos particulares, tanto do co-contratante quanto de terceiros que possam vir a ser afetados pela decisão.

Como constata Sérvulo Correia, “a Administração revela falta de ponderação dos interesses em causa se, para satisfazer certo interesse público, usa um meio muito mais gravoso do que outro de que também dispõe ou se, para realizar certo interesse público agindo quando não é obrigada a fazê-lo, provoca efeitos negativos cujo alcance supera claramente o dos benefícios”.¹⁷⁶

O juízo de proporcionalidade confronta as vantagens de uma determinada decisão com os inconvenientes. Procede-se à avaliação, levando em consideração inclusive as circunstâncias fáticas, dos efeitos positivos e das repercussões negativas de uma determinada opção. Se o resultado indicar prevalecerem os efeitos positivos, a medida é justificável sob a perspectiva da proporcionalidade.¹⁷⁷

¹⁷⁶ *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimp. da ed. de 1987. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499. Esse conceito é diretamente vinculado às três máximas parciais da proporcionalidade, criadas pela jurisprudência constitucional alemã ao decidir acerca da aplicação dos direitos fundamentais e das suas eventuais restrições. São subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo: o princípio da conformidade ou adequação de meios (o qual “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”), o princípio da exigibilidade ou da necessidade (segundo o qual “exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão”) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (o qual postula que “Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”) (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 268-269).

¹⁷⁷ René Chapus, *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 989.

Apesar de o princípio da proporcionalidade não ter “a virtualidade de apontar injuntivamente uma solução devida”, a sua inobservância acarreta “a invalidade da decisão proferida no caso concreto”.¹⁷⁸

O princípio da proporcionalidade foi expressamente consagrado na Lei nº 9.784/99 (art. 2º, *caput*), como princípio a ser obrigatoriamente observado pela Administração.

No caso específico da invalidação dos contratos administrativos, a proporcionalidade também deve ser aplicada tendo em vista o “princípio do prejuízo”. Como leciona Marçal Justen Filho: “Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação”.¹⁷⁹

Em outra passagem, o autor explicita que:

“não se admite que a invalidade resulte da mera discordância entre o ato concreto e um modelo jurídico. É imperioso agregar um componente axiológico ou finalista. A nulidade evidencia-se como um defeito complexo, em que se soma a discordância formal e a infração aos valores que dela derivam. Então, a discordância é a causa geradora desse efeito, consistente no sacrifício de valores jurídicos. Sem a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente) não se configura invalidade jurídica”.¹⁸⁰

No mesmo passo, Lucia Valle Figueiredo alude à ausência de lesão, no sentido de que “o ato invalidável não teria contaminado as relações surgidas”,¹⁸¹ como limite para a proclamação do vício. A autora se reporta à lição de Berçaitz, segundo a qual “sem prejuízo econômico ou do interesse público, deve-se procurar a estabilidade do ato ou do contrato”.¹⁸²

Assim, é imprescindível a ponderação de todos os fatores implicados na questão específica se aferir a solução a ser aplicada ante uma determinada ilegalidade. Há de se procurar detectar qual seria o prejuízo ou lesão ao interesse público concreto que adviria com a não pronúncia do vício. É medida necessária para que se proceda ao correto balanceamento de todos os interesses em jogo.

¹⁷⁸ Sérvulo Correia, ob. cit., p. 500.

¹⁷⁹ *Comentários...*, ob. cit., p. 510.

¹⁸⁰ Ob. cit., p. 460.

¹⁸¹ *Extinção dos contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 73.

¹⁸² *Teoría general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 511.

Em razão da necessidade de que sejam levados em consideração todos os interesses potencialmente atingidos, a doutrina cogita da reunião dos princípios analisados anteriormente – da supremacia do interesse público, da tutela da confiança, da proporcionalidade e assim por diante – no supraprincípio geral que determina que a Administração atue conforme a equidade ou a justiça do caso concreto. Referido princípio “aspira a situar as circunstâncias do caso concreto no primeiro plano da prática administrativa, superando assim toda tendência a automatizar a aplicação do Direito e a tipificar a atividade da Administração”.¹⁸³ Faz-se necessário um conhecimento individualizado da situação concreta antes de decidir.

Após a exposição da principiologia aplicável, cabe investigar as conseqüências teóricas para os vícios dos contratos administrativos.

III.4. A invalidação

III.4.1. Definição

A invalidação do contrato administrativo é a supressão da própria relação jurídica ou dos efeitos que dela se originaram por terem sido produzidos em desacordo com o ordenamento jurídico.

Se o contrato for ineficaz, a invalidação atinge apenas o próprio contrato em si. Ainda não há efeitos a serem desconstituídos. Em se tratando de contrato que já produziu, está produzindo ou poderá continuar a produzir efeitos, o objeto da invalidação é distinto.

Se os efeitos do contrato se exaurirem com uma única aplicação (como ocorre nos contratos instantâneos ou de execução única) e o contrato já tiver sido cumprido (isto é, produzido os seus efeitos), a invalidação atinge apenas os efeitos decorrentes da execução do contrato.

¹⁸³ Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública e Marcial Pons, 2003, p. 89. Como bem ressalva o autor, esse princípio não pode ser utilizado para que a Administração se desvincule simplesmente do princípio da legalidade pois serve justamente para a correta aplicação da lei ao caso concreto.

No caso de contrato de trato sucessivo, que já teve sua execução iniciada mas ainda não concluída, a invalidação poderá atingir tanto o próprio contrato quanto os efeitos que dele emanaram. Ambos poderão ser desconstituídos para que a ordem jurídica seja recomposta. Se o contrato já foi integralmente executado, apenas os seus efeitos são atingidos.

Em princípio a invalidação tem eficácia *ex tunc*, determinando-se a desconstituição do contrato e de todos os efeitos por ele gerados.¹⁸⁴

O motivo da invalidação é o defeito do contrato. E o seu fundamento é o princípio da legalidade. Porém, cabe desde já traçar alguns delineamentos a propósito desta definição.

A infração à matriz normativa estipulada acarreta um vício no contrato. A invalidade dos atos jurídicos em geral implica a noção de deficiência no suporte fático do ato ao ser comparado com o modelo previsto em lei. Decorre da desconformidade constatada na subsunção dos atos praticados às normas de Direito que os disciplinam.

Com alguma freqüência a doutrina define a invalidade como sendo uma sanção imposta aos atos jurídicos em geral que se ressentem de algum defeito.¹⁸⁵ Privam-se os atos de eficácia parcial ou integralmente como modo de reprimir as infrações em que se incorreu no processo de formação. A retirada da força jurídica do ato seria a sanção por sua ilegalidade.

Parece-nos que a invalidade consiste em uma caracterização atribuída ao contrato produzido em desconformidade com o modelo legal previsto. Não consiste em sanção imposta com o fito de punição das condutas que violam o ordenamento jurídico.¹⁸⁶

¹⁸⁴ É o que dispõe o art. 59 da Lei nº 8.666/93: “A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”. Adiante ressalva-se a possibilidade de a invalidação não produzir efeitos retroativos (v. item III.4.5).

¹⁸⁵ Por exemplo, para Orlando Gomes “a invalidade é a *sanção* imposta pela lei ao negócio praticado em desobediência ao que prescreve, ou no qual é defeituosa a vontade do agente” (*Introdução...*, ob. cit., p. 472). No mesmo passo, Caio Mário da Silva Pereira define que “é a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal” (*Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 632). Transcreve-se, ainda, o conceito de Maria Helena Diniz: nulidade é “a sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio praticado em desobediência ao que prescreve” (*Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 1 – Teoria geral do Direito Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 453).

¹⁸⁶ Filiamo-nos, a esse respeito, ao entendimento formulado por Bobbio a propósito da relação entre sanção e invalidade. Em termos bastante sucintos, para Bobbio os ordenamentos jurídicos dispõem de expedientes para a sua conservação de modo a garantir o máximo de observância aos seus preceitos. Tais mecanismos podem apresentar-se sob diversas modalidades. Há três delas mais relacionadas com a presente temática. Um primeiro mecanismo compreende medidas de reação à violência, de natureza sancionatória, que impõem ao infrator a realização de um fim oposto àquele por ele pretendido. Outra forma é a das medidas de vigilância, que não implicam uma punição nem uma obrigação reparatória ao infrator. A consequência, neste caso, restringe-se à frustração da realização do fim pretendido com a prática do ato (a ação desconforme não resulta maléfica ou desvantajosa ao seu autor, mas apenas inútil). Por fim, podem ser

Como se indicou anteriormente, a ilicitude não se confunde com a ilegalidade. Enquanto a ilegalidade decorre da desconformidade com o modelo legal, a ilicitude indica uma conduta que corresponde a determinada previsão legal como sendo hipótese de incidência de uma sanção.

Disso resulta que, como define Galgano, “o conceito de ilicitude manifesta uma contravenção do contrato com o ordenamento jurídico de maior gravidade que a resultante de sua contrariedade com normas imperativas”.¹⁸⁷ E arremata: “Esta contradição se manifesta de modo mais evidente na circunstância (...) de que o contrato ilícito é sempre e em todo caso nulo e não produz efeitos, enquanto que a contravenção comum com normas imperativas permite (...) uma consequência distinta da nulidade”.¹⁸⁸

Por isso, parece-nos que o fundamento da invalidação é o objetivo de assegurar a integridade do ordenamento jurídico como um todo.¹⁸⁹ Não se trata de reprimir ou sancionar a ilegalidade cometida. Reputamos ser esta diferenciação importante para justificar o fato de que o contrato viciado poderá deixar de ser fulminado não porque a ilegalidade não seja reprovável mas porque o próprio ordenamento jurídico permite a sua manutenção. Daí que, como já se indicou, a invalidade não é a consequência necessária da ilegalidade.

III.4.2. Invalidação administrativa ou obrigatoriedade de pronúncia judicial de invalidade?

Com relação ao ato administrativo unilateral, admite-se em nosso regime jurídico que são sujeitos ativos da invalidação a Administração Pública e o Poder Judiciário.¹⁹⁰ A primeira pode fazê-lo tanto de ofício quanto provocada, enquanto o

medidas sanatórias, com as quais se “elimina a consequência ilegal do ato criando as condições necessárias para sua legalização”. Como relaciona a noção de sanção ao aspecto repressivo do Direito, sustenta que se tratam de sanções apenas as medidas compreendidas na primeira categoria (que se refere às infrações às “normas categóricas”). A invalidade diz respeito à segunda categoria, como consequência para a violação das “normas técnicas do Direito” (“são aquelas que estabelecem que se deve obter a certa formalidade ou se deve submeter o ato a certas condições se se quer que o próprio comportamento apresente os efeitos jurídicos desejados”), sem que haja repressão propriamente dita por isso (ou seja, sem entrar em funcionamento uma norma secundária que estabeleça uma punição no caso de sua não observância) (Sanzione. Verbete do *Novissimo digesto italiano*. V. XVI. Turim: UTET, 1969, p. 530-540).

¹⁸⁷ *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 265.

¹⁸⁸ Ob. e loc. cit.

¹⁸⁹ Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

¹⁹⁰ Reconhecer-se a possibilidade de a Administração declarar a invalidade de seus atos não afasta o controle jurisdicional ao qual são passíveis de se submeter todos os atos administrativos. Daí a observação

segundo somente poderá atuar no contexto dos meios processuais próprios, manejados por aqueles a quem o ordenamento atribui legitimidade.

A possibilidade de reconhecimento pela própria Administração dos vícios que maculam seus atos e a sua conseqüente retirada do mundo jurídico, caso não seja possível a sua preservação ou o seu saneamento, é uma manifestação de autotutela administrativa. No entanto, não há consenso na doutrina quanto à possibilidade ou não do exercício da autotutela nas relações jurídico-contratuais de que participa a Administração.

A doutrina majoritária invoca simplesmente que o exercício da autotutela administrativa que recai sobre os atos unilaterais também se aplica aos contratos. É o que sustenta, por exemplo, Caio Tácito, ao consignar que: “Ocorrendo violação de princípio ou norma legal obrigatória configura-se a nulidade do ato ou contrato que a Administração tem o dever jurídico de declarar em respeito ao imperativo da lei”.¹⁹¹ É o que também sustentam, entre outros, Hely Lopes Meirelles¹⁹², Lucia Valle Figueiredo¹⁹³ e Roberto Ribeiro Bazilli.¹⁹⁴

Já Carlos Ari Sunfeld sustenta que a Administração não pode invalidar unilateralmente seus contratos. Se não houver acordo das partes a esse respeito, a invalidação dependeria necessariamente de pronúncia judicial.

A justificativa apresentada pelo autor é calcada na análise da legislação específica de licitações e contratos.

Entre as prerrogativas da Administração, há a previsão de rescisão unilateral dos contratos administrativos (Lei nº 8.666, art. 58, II). No entanto, o próprio dispositivo remete expressamente ao art. 79, I do mesmo diploma legal. Por sua vez, este preceito, ao estipular a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos, remete a alguns dos motivos para a extinção da avença elencados no art. 78. Para os demais casos não mencionados no art. 79, inc. I, apenas seria cabível a rescisão amigável ou judicial (art. 79, incisos II e III).

A partir destas premissas, a conclusão do autor é a seguinte: “Acontece que a rescisão por vício de legalidade (isto é, a invalidação) não se encontra em qualquer dos

de Antonio Carlos Cintra do Amaral no sentido de que a constituição em definitivo da invalidade do ato administrativo só ocorre na via jurisdicional (*Extinção do ato administrativo*, ob. cit., p. 63).

¹⁹¹ Contrato administrativo. Vícios. Saneamento, ob. cit., p. 454.

¹⁹² *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231.

¹⁹³ *Extinção...*, ob. cit., p. 67.

¹⁹⁴ *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 77-79.

incisos do art. 78 que foram objeto de remissão pelo art. 79, I. Logo, não cabe rescisão unilateral por ilegalidade”.¹⁹⁵

O doutrinador também descarta a hipótese de o legislador ter se omitido a esse respeito ao tratar das hipóteses de rescisão pois reputa que a pronúncia de ilegalidade consiste no exercício de prerrogativa exorbitante da Administração na relação contratual. Ocorre que a pronúncia de invalidade não está incluída no art. 58 da Lei nº 8.666, entre os poderes especiais da Administração. A sua conclusão é a de que “esse silêncio é eloquente, vale dizer, tem o objetivo de negar tal poder à Administração”.¹⁹⁶

Porém, reputamos que a Lei nº 8.666/93 autoriza o exercício da autotela pela Administração uma vez que o diploma consagra dispositivos específicos para tal hipótese. 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.

Parece-nos 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. Por fim, como se verá adiante, consideramos que o exercício da autotutela no regime de Direito Público independe até mesmo de expressa previsão legal.

Diogenes Gasparini também já se manifestou no sentido da inviabilidade de a própria Administração invalidar seus atos negociais. No entanto, o entendimento do doutrinador aplica-se somente aos contratos de Direito Privado celebrados pela Administração.

¹⁹⁵ Os contratos de concessão e sua anulação. *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, n. 85, ano VIII, p. 187, mar. 2001.

¹⁹⁶ Ob. cit., p. 187. Com isso, Carlos Ari Sundfeld alterou o posicionamento anteriormente sustentado na obra *Licitação e contrato administrativo*. Naquela oportunidade, o autor consignou o seguinte entendimento: “Questão importante é saber se a invalidação só pode ser operada por decisão judicial, como ocorre com os contratos privados, ou se é admissível também a invalidação por ato administrativo. O estatuto nada diz a respeito. A omissão, no entanto, é irrelevante. É sabido que a Administração Pública dispõe de poder para, sem recurso ao Judiciário e independentemente de expressa outorga legal, invalidar seus atos ilegítimos. É o que reconhece a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Tal poder deriva, por um lado, do dever de observância da legalidade e, por outro, da auto-executoriedade das decisões administrativas. Com relação aos contratos administrativos, é certo também existirem a vinculação à legalidade e a auto-executoriedade das decisões. Logo, no âmbito contratual estão presentes os pressupostos justificadores da competência administrativa para a invalidação, donde concluir-se por sua existência” (ob. cit., p. 258). Posteriormente, o autor reviu este entendimento. Afirmou que: “Esses argumentos não me convencem mais atualmente, pois ato administrativo não é o mesmo que contrato, e para este último há lei específica (a de Licitações)” (Os contratos de concessão e sua anulação, *ILC* 85, ob. cit., p. 187).

O autor assim se posicionou ao analisar determinado caso concreto de invalidação de contratos de compromisso de compra e venda firmados pela Administração. Com a pronúncia da invalidade da concorrência em que foram selecionados os adquirentes, através de Decreto emitido pela autoridade competente, foram atingidos conseqüentemente todos os atos praticados com fundamento no certame licitatório, especialmente os contratos em si.

Segundo o autor, “o poder de autotutela não incide sobre todos os atos da Administração Pública. Dele escapam, por exemplo, os atos regidos pelo Direito Privado”.¹⁹⁷ Ao submeter-se ao regime de Direito Privado, a Administração nivela-se aos particulares e se despoja dos seus poderes de autoridade.

Por isso, a anulação de atos e contratos praticados sob a égide do Direito Privado deverá observar as regras previstas neste regime jurídico para os vícios dos negócios jurídicos – inclusive no tocante à necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário. Conclui que “não pode a Administração Pública, por motivo de mérito ou, mesmo, de ilegalidade, desfazer atos ou extinguir contratos instituídos mediante regras e princípios do Direito Privado”.¹⁹⁸

No mesmo passo, Miguel Reale sustenta a inviabilidade de a Administração fazer uso da autotutela com relação aos atos e contratos que se submetem ao regime jurídico de Direito Privado.¹⁹⁹ Nestes casos, a Administração ocupa posição similar à dos particulares e, por isso, deve observar as regras de invalidação do Direito Civil.

Em conseqüência, constata o autor que:

“não poderá, por exemplo, a Administração, por motivo de conveniência ou oportunidade superveniente, *revogar* uma doação, um contrato de locação de bem imóvel ou de empreitada de obras ou serviços, mas poderá judicialmente rescindi-los ou anulá-los, no todo ou em parte, na forma e pelos meios estabelecidos em lei, visto terem sido aperfeiçoados, não na base de um regime de eminência da Administração e de correlata subordinação do particular, mas sim no pressuposto de *paridade* entre os dois sujeitos da relação”.²⁰⁰

Após estes apontamentos doutrinários, cumpre avaliar se nas relações negociais de que é parte a Administração pode ou não fazer uso da autotutela.

¹⁹⁷ Contrato de direito privado – Não pode a Administração valer-se do princípio da autotutela para anular atos ou contratos regidos pelo Direito Privado. Tal prerrogativa só cabe ao Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 83, ano XX, p. 268, jul./set. 1987.

¹⁹⁸ Ob. e loc. cit.

¹⁹⁹ *Revogação e anulamento do ato administrativo*, ob. cit., p. 77.

²⁰⁰ Ob. cit., p. 78.

Ao pronunciar a invalidade do contrato de que é parte, a Administração faz uso de poder de autoridade pública. Nas relações contratuais da Administração, o exercício da autotutela administrativa revela-se sob a forma de utilização de competência própria do regime de Direito Público. Com o uso desta competência, a Administração pode decidir unilateral e executoriamente, entre outros temas, sobre a validade do contrato.

Isso significa que a competência da pronúncia unilateral da invalidade pode ser desempenhada em todos os contratos celebrados pela Administração que se submetem ao regime de Direito Público.

Já no que diz respeito aos contratos da Administração regidos pelo Direito Privado, o raciocínio a ser desenvolvido é o inverso.

Nestes casos, a regra geral é a submissão ao regime jurídico de Direito Privado. O objetivo é justamente o de despir a Administração de seus poderes de autoridade, equiparando-a ao seu co-contratante na relação contratual. Por isso, com relação aos contratos da Administração regidos precipuamente pelo Direito Privado, não é possível o exercício de autotutela para rescindi-los unilateralmente. É imprescindível a submissão da questão ao Poder Judiciário.

Por fim, no que concerne aos contratos anuláveis pela ilegalidade verificada referir-se exclusivamente aos atos praticados pelos particulares e ser passível de ferir apenas os interesses destes, não cabe a apreciação do referido vício pela Administração. Compete exclusivamente ao Poder Judiciário a sua pronúncia. A Administração apenas pode exercer a autotutela sobre os seus próprios atos. Isso a impede de avaliar a validade da conduta dos particulares que não é passível de atingir o interesse público, inclusive no que se refere a eventuais vícios de consentimento.²⁰¹

²⁰¹ A propósito, vale mencionar a lição de Agustín Gordillo: “a administração não pode em nenhum caso declarar ela mesma a nulidade de um ato jurídico emanado de *particulares*, nem entrar a conhecer do suposto vício da vontade do particular (...) isto importa que a administração estaria analisando o vício da vontade de um particular, o qual nos parece hoje resultar em uma absoluta invasão das únicas faculdades privativas que existem, precisamente as do Poder Judiciário. Sustentar o contrário importa submeter à administração o julgamento, ainda que provisório, de condutas privadas, o que não parece admissível em um Estado de Direito” (*Tratado...*, t. III, ob. cit., p. XI-5). Esse também é o entendimento sustentado por Miguel Reale (*Revogação e anulamento do ato administrativo*, ob. cit., p. 78-80). Há, porém, o posicionamento em sentido contrário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “No caso de *vícios de vontade* e de *incapacidade relativa civil* da parte privada, que geram *anulabilidade* de Direito Privado, ambos deverão ser considerados pela Administração como nulidades, sempre que o interesse público o exigir, possibilitando a executoriedade” (*Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 201). Porém, como nestes casos está em questão apenas o interesse disponível de particulares, reputamos não haver justificativa para o exercício da autotutela administrativa.

III.4.3. Natureza jurídica da pronúncia administrativa da invalidade

Uma vez afirmada a possibilidade de a Administração pronunciar unilateralmente a invalidade dos contratos de que participa submetidos ao regime jurídico de Direito Público, cabe analisar mais detidamente qual é a natureza jurídica desse ato.

A pronúncia unilateral da invalidade do contrato retrata o exercício de uma competência deferida à Administração Pública. Consiste no dever-poder²⁰² conferido para que a Administração exerça a tutela do princípio da legalidade inclusive com relação aos atos por ela praticados em sede de relação jurídico-contratual.

A Administração Pública tem o dever-poder de invalidar os seus próprios atos. O fundamento da invalidação administrativa “é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada”.²⁰³ Uma vez constatada a ilegalidade do ato, cabe-lhe analisar qual é a consequência cabível e implementá-la.

O controle da legalidade é conferido à Administração no sistema da autotutela, segundo o qual “a Administração está capacitada como sujeito de direito para tutelar por si mesma suas próprias situações jurídicas, inclusive suas pretensões inovativas do *status quo*, eximindo-se deste modo da necessidade comum aos demais sujeitos, de requisitar uma tutela judicial”.²⁰⁴

A autotutela administrativa integra o regime jurídico administrativo. Consiste em “decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade”.²⁰⁵ O ato que veicula a autotutela administrativa é recoberto pelo atributo da executoriedade. Disso decorre que a manifestação da Administração no sentido da invalidade dos seus atos pode ser desde logo imposta, independente de confirmação judicial.

Parece-nos que a pronúncia unilateral da invalidade independe até mesmo da expressa autorização legal.²⁰⁶ Decorre diretamente da incidência do regime jurídico de

²⁰² A expressão é emprestada da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (*Curso...*, ob. cit., p. 62-63).

²⁰³ Ob. cit., p. 425.

²⁰⁴ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, t. I, ob. cit., p. 509.

²⁰⁵ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 73.

²⁰⁶ Isso é retratado inclusive no pleno reconhecimento, de longa data, da possibilidade de exercício dessa competência independente de previsão legal expressa no Direito positivo brasileiro. A admissibilidade da autotutela pela Administração foi reconhecida nas Súmulas do Supremo Tribunal Federal de nº 346 (“A

Direito Público, aplicável em razão da presença da Administração Pública enquanto tal no contrato. Essa noção é corroborada pelo disposto no art. 54 da Lei nº 8.666/93: “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público”.

Indo avante, a afirmação da natureza de competência pública da autotutela administrativa não significa que deva ser obrigatoriamente exercida em todo e qualquer caso. Também não implica que o dever-poder de invalidar seja manejado pela Administração exatamente da mesma forma, em todos os casos.

Como competência que é, o seu exercício deverá ser funcionalizado e necessariamente vinculado a uma determinada finalidade, que é o atendimento ao interesse público. Em outras palavras, a competência é outorgada para a persecução de um determinado escopo. Diz-se ser o exercício da competência dever para a Administração pois o perseguimento da finalidade para a qual foi outorgada é obrigatório.

É o caráter *instrumental* das competências públicas, no sentido de que referidos poderes “são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do *dever* de cumprir o *interesse público*, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos”.²⁰⁷

Logo, o não exercício da competência não pode acarretar o não atendimento da finalidade pública. É este o objetivo maior, sendo o desempenho da competência instrumental para tanto. Daí a imperatividade das competências públicas. Sempre que for necessário o seu exercício para o atendimento ao interesse público, a sua utilização não consiste em “faculdade” ou “direito” da Administração. Eis a definição das competências públicas como “deveres-poderes”.

Ocorre que esse fim a ser perseguido exige que sejam levadas em consideração as circunstâncias específicas de cada caso concreto, o que pode ter como

Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”) e de nº 473 (“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”). Mais recentemente, foi objeto de expressa previsão legal (art. 53 da Lei nº 9.784/99).

Porém, o Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública (conforme texto oficial publicado no DOU de 18.3.2002) caminha justamente em sentido contrário. Estipula no seu art. 166 que apenas poderão ser firmados contratos administrativos “quando a natureza do objeto avençado demandar da Administração o exercício de prerrogativa” prevista naquele capítulo do diploma legal. O projeto vai além para atribuir um fundamento contratual às prerrogativas especiais do poder público. O parágrafo único do dispositivo anteriormente mencionado prevê que “A possibilidade de exercício de qualquer prerrogativa está condicionada à expressa previsão contratual”. Entre as prerrogativas cujo exercício poderá ser estipulado pelas partes, encontra-se a de pronúncia unilateral da invalidade.

²⁰⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 133.

resultado final, inclusive, o não exercício da competência. A utilização da competência apenas é legítima quando utilizada para o atendimento do interesse público, na medida necessária para satisfazê-lo.²⁰⁸

Estas diversas configurações das competências públicas são bem retratadas na natureza passiva e ativa contida na expressão do desempenho da função pública como um “dever-poder”. É o que nos ensina Marçal Justen Filho:

“A função produz subordinação *passiva* no sentido de que o sujeito tem *deveres jurídicos* a cumprir. Esses deveres se verificam em dois níveis distintos. Por um lado, o sujeito está *obrigado* a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro, está *proibido* de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo (...) Mas a função também produz situação *ativa* no sentido de que, como o sujeito tem o dever de praticar as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do interesse transcendente, os demais integrantes da comunidade não podem se opor a tanto. Mais ainda, (...) devem acatar as determinações emanadas do titular da função, relacionadas com a consecução do interesse a ele confiado”.²⁰⁹

A temática da invalidação administrativa pode ser analisada levando-se em consideração dois aspectos distintos. De um lado, coloca-se o princípio da autotutela administrativa, que admite a invalidação pela própria Administração dos atos de que participa uma vez constatada a ilegalidade. De outro, apresenta-se a questão da funcionalidade do contrato administrativo. O contrato apresenta uma função instrumental, que é a de atendimento ao interesse público. Nesse passo, o exercício da autotutela administrativa não pode se desconectar dessa diretriz teleológica do contrato administrativo.

Disso decorre que a invalidação do contrato administrativo, como todo exercício de poder público, sofre limitações que têm por fundamento a natureza funcional do contrato e que visam, acima de tudo, ao melhor atendimento do interesse público. Logo, a invalidação administrativa do contrato apenas pode ocorrer caso o interesse público determine a adoção dessa medida.

Como se verá adiante, a pronúncia do vício pode ser limitada ou até inviabilizada no caso concreto, justamente em atenção ao interesse público envolvido.

²⁰⁸ Ob. cit., p. 382.

²⁰⁹ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50-51.

III.4.4. Vinculação e discricionariedade na decisão administrativa que aprecia a validade

A invalidação é a desconstituição do contrato administrativo por motivo de ilegalidade. Porque se constatou a existência de determinado vício na fase de formação do contrato restaura-se a ordem jurídica violada com o desfazimento do negócio jurídico. Afirma-se então que a invalidação do contrato tem por pressuposto lógico o reconhecimento de alguma desconformidade com o modelo legal.

Acima foi exposto que a invalidação administrativa consiste no exercício de competência pública. Invalidar os contratos administrativos consiste em um dever-poder para a Administração. Cumpre agora verificar se implica o exercício de poder vinculado ou discricionário.

Como se expõe a seguir, acatamos a lição de Weida Zancaner no sentido de que sempre que for possível convalidar o ato viciado, assim deverá ocorrer.²¹⁰ Não existe margem de discricionariedade para a Administração escolher entre convalidar ou invalidar. Sempre que a primeira solução for viável – isto é, quando estiverem presentes os seus requisitos e não incidirem os limites que determinam a vedação da convalidação – é o mecanismo que deverá ser adotado para se restaurar a legalidade.

Porém, caso não seja possível a correção do vício mediante a convalidação, há uma série de outras soluções em tese cabíveis, cuja adequação deve ser verificada nos casos concretos. Convém analisar se tal deliberação pode implicar o exercício de discricionariedade pela Administração.

Impende registrar a existência de intenso debate doutrinário acerca da qualificação da decisão de invalidação como sendo ato vinculado ou discricionário.

Marcello Caetano sustenta ser a decisão administrativa de anulação um ato discricionário. O doutrinador português afirma que “sobre a Administração não recai nenhum dever jurídico de revogar os atos ilegais que tenha praticado, embora *possa* revogá-los se assim o entender”.²¹¹ A justificativa apresentada é a de que “a Administração ativa pode legitimamente pretender, perante um ato ilegal já praticado, salvar a decisão nele contida e mantê-lo na ordem jurídica, promovendo ou aguardando a sua sanção”.²¹² Cabe ressaltar que o autor inclui no conceito de revogação a “anulação

²¹⁰ *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 55-59.

²¹¹ *Manual de Direito Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 544.

²¹² Ob. e loc. cit.

graciosa” (é a denominada “revogação por motivo de ilegalidade”), a que procede a própria Administração independente da apresentação de recurso para a jurisdição administrativa.

Aldo Sandulli também afirma ser discricionária a invalidação de ofício pela própria autoridade que emitiu o ato, uma vez que deve atender a uma necessidade pública concreta e atual.²¹³ Segundo o autor, exige-se que “quando anula de ofício um ato, a autoridade administrativa proceda, na motivação, ao confronto entre o interesse público (primário) que está na base da anulação e os outros interesses (secundários) públicos e privados implicados no evento, e dê preferência ao primeiro apenas quando seja merecedor de maior reconhecimento”.²¹⁴

Igualmente definem ser ato discricionário a decisão administrativa de invalidação, entre outros, Pietro Virga²¹⁵ e Guido Zanobini.²¹⁶

Em sentido contrário, Robin de Andrade defende que a pronúncia da ilegalidade é obrigatória, sendo a invalidação ato vinculado.²¹⁷ No entanto, o autor ressalva que isso não significa que o ato viciado deva ser necessariamente invalidado. Esclarece que: “Reconhecer caráter vinculado ao poder de anular não impede o órgão para tal competente de extirpar a ilegalidade do ato, ratificando-o ou sanando-o. Impede apenas esse órgão de, *mantendo-se intacta a ilegalidade e invalidade do ato viciado*, a ela não atender, recusando-se (ativa ou passivamente) a anulá-lo com base na invocação de razões de interesse público e de mera conveniência”.²¹⁸

Também J. J. Gomes Canotilho assevera que: “Tendo em conta as exigências resultantes dos princípios de proteção da confiança e da segurança jurídica (direitos dos particulares diretamente interessados, direitos de terceiros) não se vê como é que a anulação de atos 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. Ela *deverá* anular ou sanar os vícios nos termos da lei”.²¹⁹

²¹³ *Manuale di Diritto Amministrativo*. V. I. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989, p. 728.

²¹⁴ Ob. cit., p. 729. O autor ressalva que, em algumas hipóteses, a anulação administrativa pode ser ato vinculado (por exemplo, quando a invalidade foi declarada em sentença transitada em julgado ou pela autoridade superior, o que deve ser necessariamente acatado) (ob. cit., p. 730-731).

²¹⁵ *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972, p. 451-453.

²¹⁶ *Corso di Diritto Amministrativo*. V. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1945, p. 289.

²¹⁷ *A revogação dos actos administrativos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 255.

²¹⁸ Ob. cit., p. 255-256.

²¹⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 265. Registre-se, entre outros, que sustentam ser a invalidação administrativa exercício de competência vinculada Diogenes Gasparini (*Direito Administrativo*, ob. cit., p. 111), Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 172),

Da análise do posicionamento adotado pelos doutrinadores, em um primeiro momento opostos entre si, extrai-se que todos eles indicam a imperiosidade da invalidação salvo se outro princípio – da boa-fé, da segurança jurídica, da proteção da confiança etc. – determinar o saneamento ou a preservação do ato viciado. Assim, apesar de os pontos de partida serem aparentemente antagônicos, os resultados que atingem são próximos.

Parece-nos que a decisão administrativa de invalidação consiste em ato discricionário. A discricionariedade não se confunde com simples faculdade pois implica o dever de obter a melhor solução para o caso concreto. A conferência de margem de liberdade ao administrador nesse caso apenas significa que não é em todo e qualquer caso em que há vícios no contrato que a consequência deverá ser a sua invalidação.

Para a análise da questão, propõe-se o desmembramento da decisão de invalidação do contrato administrativo em dois momentos sucessivos.

No primeiro deles, avalia-se a conformidade do contrato celebrado e dos atos que o antecederam com os requisitos legais. Leva-se em consideração apenas o contrato em si, confrontando-o com as exigências previstas no ordenamento. Trata-se de ato vinculado pois não há margem de escolha para o administrador. Uma vez verificado que o contrato não atende ao modelo legal injuntivo, não se pode deixar de reconhecer a ocorrência da ilegalidade. Não há discricionariedade para se reputar “legal” aquilo que é “ilegal”.

Uma vez constatado o vício, passa-se ao segundo momento da decisão. Apreciam-se então as consequências que vão ser atribuídas àquela desconformidade com a matriz normativa.

Nesse momento, faz-se necessário levar em consideração os efeitos já produzidos pelo contrato e aqueles que decorrerão de sua eventual desconstituição. Procede-se a um juízo de ponderação dos diversos princípios e valores tutelados que a decisão a ser tomada envolve. Consiste em apreciação discricionária da situação concreta, pois é inviável a prévia determinação pela lei da orientação a ser adotada diante da grande quantidade de variáveis.

A invalidação dos contratos administrativos é decisão que implica a consideração de uma diversidade de fatores, das mais variadas ordens. Afirmar-se que a

Administração está submetida ao princípio da legalidade e que é seu dever reconhecer a invalidade dos seus atos e restaurar a ordem jurídica²²⁰ não significa que a decisão acerca da validade do contrato implique tão-somente a subsunção do fato a determinado tipo legal para que se verifique a sua conformidade.

Em síntese, como constata Alejandro Nieto, “nos encontramos ante dois juízos sucessivos: um juízo de ilegalidade, primeiro, que é o resultado de uma constatação; e um segundo e posterior juízo de invalidade, que é o resultado de uma valoração (ou qualificação) jurídica sobre o alcance do fato mesmo da ilegalidade”.²²¹

É nesse sentido que se afirma que a invalidação do contrato administrativo não é ato vinculado. Implica uma escolha discricionária pela Administração, a quem cabe ponderar todos os princípios e interesses envolvidos no caso concreto. A invalidação não é a conseqüência necessária da constatação de uma ilegalidade na formação do contrato. É possível cogitar-se de outras soluções²²² que melhor atendam ao interesse público em questão. A própria manutenção do contrato viciado em determinados casos concretos pode significar o resultado mais conforme aos princípios norteadores da atividade administrativa.

Ao se deparar com a irregularidade de um contrato, caberá à Administração adotar a solução *ótima*, que implique a melhor realização do interesse público.²²³ Para tanto, faz-se necessário avaliar o grau de violação ao princípio da legalidade que o vício constatado determina e contrapô-lo à restrição que a invalidação poderá implicar à efetivação dos demais princípios do Estado Democrático de Direito – o que implica considerar, inclusive, as repercussões dos atos na esfera jurídica dos administrados diretamente interessados e da coletividade em geral.

A discricionariedade da Administração Pública na invalidação dos contratos administrativos apresenta-se sob duas perspectivas distintas. Num primeiro momento, a Administração atua discricionariamente para ponderar os interesses em jogo e deliberar pela invalidação ou não do contrato viciado. Caso opte pela pronúncia da sua

²²⁰ O art. 53 da Lei nº 9.784/99 dispõe que: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

²²¹ Estudio preliminar. In: Margarita Beladiez Rojo, *Validez y eficacia...*, ob. cit., p. 11.

²²² Tais como a conversão, a invalidação apenas parcial da avença ou a restrição dos efeitos da pronúncia da invalidade.

²²³ É nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a propósito da discricionariedade: “o administrador está, (...) *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33).

invalidade, atua discricionariamente ao reduzir ou não os efeitos do ato invalidatório podendo preservar alguns ou todos os efeitos anteriormente produzidos.²²⁴ Volta-se a este tema adiante.

Por fim, convém enfatizar a relevância do desenvolvimento do regular processo administrativo prévio à decisão de invalidação. Todos estes fatores envolvidos na invalidação apenas poderão ser devidamente analisados e ponderados caso sejam levados em consideração todos os interesses atingidos e se tenha acesso à mais ampla gama de informações acerca da situação concreta.²²⁵

III.4.5. A pronúncia da invalidade com efeitos não retroativos

Adiante se verificará a possibilidade de o contrato viciado ser simplesmente estabilizado, de modo que sejam mantidos os efeitos por ele já produzidos e a permitir-se que continue a produzir efeitos. Ou seja, mantém-se como negócio jurídico gerador de efeitos, apesar de viciado.

No presente item, pretende-se analisar a viabilidade, apesar da proclamação da invalidade, de que sejam conservados os efeitos que já haviam sido produzidos pelo contrato. Nos casos em que não for viável deixar-se de pronunciar a invalidade do contrato,²²⁶ existe a possibilidade de que sejam preservados os efeitos anteriormente produzidos pela avença para se evitar a grave comoção que adviria da sua desconstituição.

A regra geral é que a invalidação dos contratos administrativos implica o desfazimento retroativo tanto da avença quanto dos seus efeitos já produzidos.²²⁷ Determina-se o retorno das partes ao seu estado anterior, com a restituição das prestações que haviam sido executadas. Em não sendo mais possível a restituição, é cabível a indenização pelo equivalente.

Este é o regime típico da pronúncia de invalidade. No entanto, em algumas hipóteses os efeitos da invalidação poderão não ser retroativos. Conforme o caso, em

²²⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso...*, ob. cit., p. 197.

²²⁵ O processo administrativo de invalidação é objeto de análise específica no título V.

²²⁶ Por exemplo, pelo fato de ter sido declarada a inconstitucionalidade da norma com fundamento na qual foi celebrado o contrato. Podem ser aqui abrigadas também as hipóteses de inexistência material dos contratos a que se aludiu anteriormente. Diferentemente do que se verifica com os contratos ilícitos, o simulacro de contrato é passível de produzir efeitos que podem ser preservados em atenção à confiança e à boa-fé dos contratantes.

²²⁷ É o que resulta do próprio comando contido no *caput* do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

atenção a princípios como os da segurança jurídica e da tutela da confiança, alguns ou todos os efeitos podem ser preservados.²²⁸

Pode-se admitir que ao se pronunciar a invalidade de determinado contrato sejam expressamente salvaguardados os efeitos produzidos com base naquela avença.²²⁹

O maior relevo a ser dado à pronúncia da invalidade com efeitos não retroativos vincula-se ao fato de que, ao mesmo tempo em que se presta à preservação da legalidade, assegura o equilíbrio das relações sociais. Tendo em vista a proteção da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, são restringidos os efeitos da proclamação da invalidade.

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. Daí que o princípio da legalidade é devidamente salvaguardado mesmo com a atribuição de efeitos *ex nunc* à proclamação do vício.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a retroatividade dos efeitos da decisão de invalidação varia de acordo com o conteúdo do provimento desconstituído, se

²²⁸ A questão da grave lesão que pode ser causada ao sempre atribuir-se efeitos retroativos à anulação dos atos da Administração tem cada vez mais chamado a atenção da doutrina. A problemática é assim apresentada por Mário Aroso de Almeida:

“A doutrina tem vindo (...) a chamar a atenção para a necessidade de se superar a configuração tradicional da anulação retroativa como um fenômeno por força do qual tudo se passaria como se o ato inválido nunca tivesse existido.

Na verdade, e como assumidamente decorre das formulações utilizadas, a configuração tradicional do fenômeno da anulação assenta no apelo a uma ficção. Com efeito, fazer *como se* o ato anulado nunca tivesse existido é assumir que o ato efetivamente existiu e que, em princípio, ele produziu mesmo efeitos, dando origem a situações de fato que porventura ainda existem no momento em que a anulação vem a ter lugar; e é, ao mesmo tempo, assumir que a retroatividade da anulação exige que a definição jurídica que o ato anulado tinha introduzido seja tratada como se nunca tivesse existido, havendo, por isso, que encarar o passado como se ele não tivesse sido aquilo que foi mas antes aquilo que deveria ter sido. Numa palavra, trata-se de procurar *dar corpo a uma ficção*, ainda que isso implique entrar em evidente confronto com a realidade jurídica que efetivamente existiu com a emissão do ato e a produção dos seus efeitos.

Ora, tende hoje a reconhecer-se a inconveniência e a inutilidade de explicar o fenômeno da anulação lançando mão deste modelo explicativo. Notando, por um lado, que fenômenos que tradicionalmente se fazem assentar na configuração da retroatividade da pronúncia anulatória como uma ficção podem ser explicados sem recorrer a tal idéia. E assinalando, por outro lado, que, em múltiplos aspectos relacionados com o destino das situações constituídas ao abrigo do ato anulável, não pode nem deve abstrair-se do que, de fato, sucedeu e que a ordem jurídica não pode tratar como se não tivesse acontecido” (*Anulação de atos administrativos e relações jurídicas emergentes*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 217-218).

²²⁹ Paulo Otero define que os efeitos produzidos por ato declarado nulo e que foram preservados por ocasião da invalidação constituem em “atividade administrativa *contra legem*”, admitida excepcionalmente (*Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 972-973). De todo modo, como já se definiu, trata-se de solução admitida pelo ordenamento jurídico como um todo.

era restritivo ou ampliativo da esfera jurídica dos administrados.²³⁰ Apesar de ter sido construído tendo em vista os atos unilaterais, as premissas adotadas pelo doutrinador e as conclusões atingidas podem ser aplicadas aos contratos administrativos.

De acordo com o autor:

“nos atos unilaterais *restritivos* da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das conseqüências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais *ampliativos* da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada”.²³¹

Assim ocorre porque os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e o administrado de boa-fé orienta a sua conduta de acordo com eles. Por isso, não há motivos para se desconstituir aquilo que foi produzido com a aprovação da Administração e que o administrado tinha o dever de supor regular.²³²

Também Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a preservação dos efeitos produzidos pelo provimento invalidado. Apesar de declarada a invalidade, podem ser mantidos os efeitos protegidos pelos princípios da boa-fé e da segurança jurídica que, caso desconstituídos, “causariam proporcionalmente mais lesão que preservação dos segmentos do interesse público postos à guarda da Administração Pública”.²³³

Vale mencionar, ainda, o entendimento de Caio Tácito a propósito da questão:

“A declaração de nulidade tem efeito imediato, interrompendo a continuidade da relação jurídica. São efeitos *ex nunc* (para a frente). No tocante aos efeitos já realizados (efeitos *ex tunc*) caberá, em cada caso, avaliar seu desfazimento, admitindo-se, a título excepcional, possam ser objeto de *sanatória*, no sentido de que, quando inviável ou danosa ao interesse público a supressão da executoriedade pretérita, possam ser mantidos os efeitos do ato viciado”.²³⁴

A preservação dos efeitos produzidos por contrato que teve sua invalidade decretada não destoa do tratamento que o ordenamento jurídico dispensa em outras hipóteses de reconhecimento de ilegalidade. Com efeito, a manutenção dos efeitos apesar

²³⁰ *Curso...*, ob. cit., p. 426. Sobre a matéria, vale registrar que o autor alterou o entendimento que constou das edições anteriores da sua obra para passar a sustentar que nem sempre a invalidação tem efeitos *ex tunc*.

²³¹ Ob. cit., p. 439.

²³² Ob. e loc. cit.

²³³ *Curso...*, ob. cit., p. 196. Também Lucia Valle Figueiredo alude à possibilidade de não se atribuir efeitos retroativos à invalidação (*Curso...*, ob. cit., p. 240).

²³⁴ Contrato administrativo. Vícios. Saneamento, ob. cit., p. 455.

da invalidade do que os origina não é estranha inclusive aos demais ramos do Direito Público.

O Direito Constitucional, por exemplo, que inclui na sua área de estudo aquele que poderia ser considerado o maior grau de invalidade – a inconstitucionalidade – igualmente tutela em alguns casos os efeitos produzidos por leis inconstitucionais.²³⁵ O objetivo é o mesmo daquele que se passa no Direito Administrativo: a manutenção de relações jurídicas que foram constituídas de boa-fé sob a aparência de legalidade.

Isso ilustra que, apesar de a legalidade servir de fundamento de validade, nem sempre o ordenamento associa à pronúncia de ilegalidade a destruição ou eliminação retroativa de todos os efeitos produzidos pela norma que foi declarada inválida. Outros princípios jurídicos, como o da segurança e da confiança, podem prevalecer sobre o da legalidade no caso concreto para determinar a preservação dos efeitos que têm por fundamento a norma invalidada.

Convém destacar também a possibilidade de que sejam preservados apenas os efeitos fáticos produzidos pelo contrato viciado. Nas palavras de Jacintho de Arruda Câmara: “A desconstituição dos efeitos jurídicos traz várias conseqüências que visam à proteção da legalidade, a maioria delas de cunho sancionador para os responsáveis pela transgressão à lei”.²³⁶ O autor apresenta os seguintes exemplos de efeitos jurídicos da invalidação que prescindem da desconstituição dos efeitos fáticos: “a) responsabilização administrativa penal e cível do agente público causador da ilegalidade; b) não aprovação das contas públicas da pessoa estatal, ato que pode refletir inclusive na esfera de direitos políticos dos agentes envolvidos; c) constitui título jurídico suficiente para fundamentar o ressarcimento de terceiros prejudicados com a ilegalidade”.²³⁷

Para o desencadeamento destas conseqüências, faz-se necessária a pronúncia da invalidade do contrato. Mas é suficiente a simples desconstituição dos efeitos jurídicos da avença viciada, preservando-se as modificações promovidas no mundo dos fatos em razão do cumprimento do contrato.

²³⁵ É a orientação consagrada no art. 27 da Lei n° 9.868/99, que dispõe acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e no art. 11 da Lei n° 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ambos os dispositivos indicam que “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, é possível a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou a determinação de que a proclamação somente tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²³⁶ *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, ob. cit., p. 45.

²³⁷ Ob. e loc. cit.

Pode-se questionar como se explica juridicamente a preservação de todos ou de alguns dos efeitos produzidos se o negócio jurídico que lhes serviu de fundamento teve a sua invalidade reconhecida.

Como já se indicou, o que se verifica é que outras normas jurídicas determinam a preservação dos efeitos produzidos pelo contrato viciado. Não há a conservação do contrato em si: este deixa de ser admitido como negócio jurídico gerador da relação jurídica contratual para que seja tomado como fato jurídico, do qual emanam efeitos.²³⁸

A não destruição retroativa de todos os efeitos dos contratos viciados não constitui em novidade. A própria figura dos quase-contratos, construção da Teoria Geral do Direito com aplicação inclusive no Direito Administrativo, visa a atenuar a fulminação do contrato visando a “uma solução que satisfaz a justiça material melhor que a aniquiliação total dos efeitos contratuais”.²³⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello define os quase-contratos como sendo “uma fonte obrigacional decorrente de ato voluntário em que os sujeitos de direito se ligam como se fora por vínculo contratual sem que, todavia, tenha ocorrido o acordo de vontades que caracteriza o contrato”.²⁴⁰

O quase-contrato consiste em um vínculo que surge independente de convenção contratual. Franck Moderne ensina que “os quase-contratos diferenciam-se dos contratos no que não supõem nenhum acordo de vontades gerador de obrigações, e do delito no que o fato jurídico que o constitui não é ilícito”.²⁴¹

Trata-se de sistematização construída para justificar a origem de obrigações tais como a gestão de negócios e a restituição de indébito, que se inserem no gênero mais amplo da vedação do enriquecimento sem causa. O que há de comum em todas estas figuras, segundo Chapus, é um regime de equilíbrio. Consistem em situações de disparidade que a equidade ou o senso de justiça não permitem que subsistam.²⁴²

²³⁸ Jacintho de Arruda Câmara, A preservação dos efeitos..., ob. cit., p. 62. O autor assevera o seguinte: “Os efeitos do ato viciado encontram, por assim dizer, outro suporte que não o ato que os produziu. O ordenamento os acolhe, independentemente de haverem sido introduzidos no mundo jurídico por veículo inadequado (o ato viciado). São normas específicas, como a que estabelece a prescrição, ou princípios gerais do Direito, como o princípio da segurança jurídica, que fazem com que os efeitos de um ato viciado permaneçam no sistema como se produzidos por atos válidos fossem” (ob. e loc. cit.).

²³⁹ Manuel Rebollo Puig, La invalidez de los contratos..., ob. cit., p. 430.

²⁴⁰ *Curso...*, ob. cit., p. 611.

²⁴¹ *Les quasi-contrats administratifs*. Paris: Sirey, 1995, p. 2.

²⁴² *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 1.123.

No caso dos contratos inválidos, o quase-contrato constitui uma fonte de obrigações distinta do contrato e é aplicável justamente em razão do desfazimento deste, como meio para se equacionar a situação dos contratantes em face da pronúncia do vício.

Porém, o conteúdo das obrigações resultantes dos quase-contratos não é idêntico ao das obrigações geradas pelo próprio contrato. Por isso, em determinados casos a satisfação do interesse público e a ponderação de todos os fatores envolvidos determinará a própria preservação dos efeitos que já haviam emanado da relação contratual. Mesmo que a situação entre as partes possa ser recomposta pecuniariamente, via ação de responsabilidade civil para obter a reparação de perdas e danos, sob a perspectiva do atendimento ao interesse público o resultado não é equivalente.

III.4.6. Invalidação derivada

Quanto à causa ou origem da invalidade do contrato, podem ser diferenciadas duas situações. A primeira delas diz respeito à invalidade originária do contrato, que resulta de vícios do próprio contrato. A segunda é a da invalidade derivada ou conseqüente, na qual a invalidação do contrato é um efeito ou conseqüência da pronúncia de nulidade de ato praticado na fase de formação do contrato.

Para se definir se é o caso ou não de invalidação derivada, cumpre verificar quais os critérios a serem observados para se determinar a repercussão da pronúncia da invalidade de um ou alguns dos atos praticados no processo pré-contratual sobre o contrato em si.

Se o ato prévio foi invalidado antes da celebração do contrato, cabe a reconstituição do processo a partir do momento em que foi praticado o ato fulminado. Aqui ainda não se coloca em questão a repercussão da invalidade de ato anterior em relação contratual posterior. Uma vez proclamado o vício do ato, o contrato não mais poderá ser celebrado. Se o for, o vício é de invalidade originária do próprio contrato, pois a Administração encontrava-se impedida de conduzir avante o procedimento e concluir o contrato.

O que nos propomos a analisar nesse momento são os efeitos da pronúncia, após a conclusão do contrato, da invalidade de um ato pré-contratual. A invalidade derivada apenas ocorre se o ato administrativo prévio for invalidado depois de celebrado o contrato. Isso indica a necessidade do ato prévio defeituoso ter sido concretamente

invalidado, pois não há uma comunicação automática do vício não pronunciado do ato prévio para a validade do contrato em si.

Ou seja, parte-se da premissa de que o vício foi pronunciado e cabe determinar qual a repercussão disso no contrato que, naquele momento, já havia sido celebrado.

A Lei nº 8.666/93 consagrou expressamente a figura da invalidade derivada do contrato administrativo.²⁴³ O princípio geral é o de que a validade do contrato depende da regularidade da constituição do vínculo contratual, incluindo todos os atos que lhe são antecedentes. Os vícios do processo de formação se convertem em vícios do próprio contrato.

Convém analisar se há comunicação imediata da nulidade de todo e qualquer ato prévio para o contrato em si. Esta questão está diretamente relacionada com a identificação dos atos de formação do contrato cuja invalidade acarreta a do contrato.

É certo que do fato de a licitação consistir em um procedimento, caracterizando-se como seqüência de atos ordenada a um resultado final, decorre a presunção de que nenhum de seus atos pode ser isolado dos demais. Pressupõe-se que a validade do ato posterior esteja condicionada à ausência de vícios do que lhe antecede.

Não obstante, parece-nos que não é a invalidade de qualquer ato prévio que acarretará sempre e em qualquer caso a invalidade do contrato. Os princípios da segurança jurídica, da boa fé e da proporcionalidade impedem a adoção de soluções automáticas a propósito das nulidades, sem uma avaliação da sua adequação para o atendimento ao interesse público no caso concreto.

É relevante avaliar se a celebração do contrato apresenta relação direta com o ato invalidado. Se o ato desconstituído não afetou a decisão final, não há motivos para que seja desfeito o contrato. Como afirma Marçal Justen Filho: “Deve verificar-se se, suprimido determinado ato, os demais (quer anteriores, quer posteriores) podem manter-se por si próprios”.²⁴⁴

Pedro Gonçalves indica que deve haver uma certa conexão ou relação entre o ato prévio e o contrato, no sentido de que o primeiro seja causa e o segundo, efeito. Nas

²⁴³ Art. 49, §2º.: “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”. O dispositivo legal a que remete trata do dever de indenização do contratado.

²⁴⁴ *Comentários...*, ob. cit., p. 464.

palavras do autor português, é “necessário que esteja em causa um *acto ordenado ao contrato, acto do qual o contrato dependa ou que nele se funda*”.²⁴⁵

Assim, 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 conseqüente previsto no art. 49, §2º da Lei nº 8.666/93.

Em alguns casos, a ausência de vínculo entre um e outro é bastante clara. Mesmo que o vício não tenha sido sanado oportunamente, pode não apresentar qualquer repercussão no contrato subsequente. Este teria sido celebrado exatamente igual se o vício não tivesse ocorrido.

A solução a ser dada deve levar em consideração o princípio da economia processual. Deve-se evitar a desconstituição e repetição desnecessária de atos, ainda mais quando o desfazimento da atual situação é apta a causar sérios prejuízos ao interesse público.²⁴⁶

A esse respeito, vale transcrever o seguinte exemplo trazido por Lucia Valle Figueiredo:

“em certa licitação habilitou-se indevidamente alguém que não preenchia os requisitos determinados pelo edital. Todavia, superada a fase habilitatória, o licitante habilitado ilegalmente teve sua proposta desclassificada, por não obedecer aos requisitos do edital. Inegavelmente, o ato habilitatório encontrava-se viciado. Cumpriria anulá-lo, em tempo hábil. Porém, não há valor a ser protegido, vez que, por ter sua proposta desclassificada, nenhuma interferência tal ato teve, a final”.²⁴⁷

Portanto, não cabe a aplicação automática da invalidade conseqüente. Impõe-se a avaliação, de acordo com as circunstâncias concretas, da repercussão ou não do ato invalidado no contrato posterior.

III.4.7. Invalidação parcial

²⁴⁵ *O contrato administrativo*: uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 141. Vale lembrar que a própria dicção da legislação portuguesa indica ser caso de invalidade conseqüente dos contratos quando forem invalidados “atos de que haja dependido a sua celebração” (Código de Procedimento Administrativo, art. 185º/1).

²⁴⁶ Por exemplo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández indicam ser possível evitar-se o desfazimento dos atos posteriores àquele cuja invalidade foi reconhecida quando é possível aferir-se com segurança que, apesar do vício, a decisão de fundo foi correta (*Curso...*, t. I, ob. cit., p. 646-647).

Ainda com relação à pronúncia da invalidade, faz-se necessário verificar a possibilidade de invalidação parcial do contrato.

Essa problemática se apresenta por ocasião da invalidação de uma ou algumas das cláusulas do contrato. Cabe aferir se necessariamente todo o contrato deve ser invalidado ou se a legalidade pode ser restabelecida apenas com o desaparecimento do fragmento viciado.

Dependendo do caso concreto, o resultado poderá ser a pronúncia apenas parcial da invalidade do contrato, preservando-se o restante da avença. Ou seja, possibilita a eliminação do vício com a manutenção do contrato em que se verificou o defeito.

Também essa técnica visa diretamente a atender ao objetivo principal de se garantir a continuidade da execução do contrato, por ser instrumento de prossecução do interesse público. Privilegia-se em especial a estabilidade das convenções jurídico-administrativas pela relevância de seu objeto.

Laurent Richer registra que na jurisprudência administrativa francesa prevaleceria uma presunção de indivisibilidade do contrato.²⁴⁸ Parte-se da premissa de que o contrato é um todo indivisível, devendo ser comprovado no caso específico que há a possibilidade de separação de uma das suas cláusulas. Vigora, assim, um princípio de indivisibilidade que pode ser restringido nos casos concretos.

Reputamos ser possível admitir a invalidação parcial do contrato administrativo com fundamento nas disposições do Direito Civil.

O Código Civil prevê expressamente a possibilidade de a pronúncia de nulidade não abranger a totalidade do negócio jurídico. A invalidação pode atingir apenas a parte defeituosa, destacando-a da parte válida.²⁴⁹ O dispositivo legal ressalva expressamente a necessidade de se atender à intenção das partes ao se determinar a subsistência parcial do negócio originalmente celebrado.²⁵⁰

²⁴⁷ *Curso...*, ob. cit., p. 244-245.

²⁴⁸ *Droit des contrats administratifs*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 169. Sobre o pressuposto da indivisibilidade como um dos grandes princípios jurisdicionais franceses, vinculado ao objetivo de conservação da coerência lógica do ato ou contrato atacado, consulte-se Materne Staub. *L'indivisibilité en Droit Administratif*. Paris: L.G.D.J., 1999, esp. p. 507 e ss.

²⁴⁹ CC, art. 184: “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

²⁵⁰ Por isso, pode-se afirmar ser de natureza voluntarista o juízo a ser feito acerca da invalidade parcial no Direito Privado. Como define Pontes de Miranda: “A inseparabilidade resulta da natureza do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu*, ou da subordinação do todo à parte nula, no caso de saberem os que manifestaram a vontade, ou de o saber o que a manifestou, que seria nula a parte. Isto é: qual teria sido a conduta dêles, ou dêle, quanto ao resto” (*Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 51).

No Direito Público, a avaliação a que se procede a esse respeito deve ser objetivada.

A investigação a ser feita nos contratos administrativos a propósito da invalidação parcial visa à constatação do atingimento ou não da organicidade do contrato com a retirada da estipulação. Cabe aferir-se se a cláusula viciada afeta o objeto em si do contrato e se consiste em uma das cláusulas determinantes da própria natureza da avença, bem como se as demais cláusulas devem ser consideradas como dependentes da cláusula viciada.²⁵¹ Caso estas ponderações resultem em respostas negativas, considera-se que a invalidação da estipulação não afeta o contrato como um todo.

A incidência da invalidação apenas parcial do contrato é bastante clara em alguns casos, quando se trata de cláusula nitidamente acessória. Como exemplifica Diogenes Gasparini, “a nulidade da cláusula de garantia (contrato acessório) de um contrato administrativo (contrato principal) não leva a nulidade ao contrato. A nulidade deste, no entanto, leva à nulidade daquele”.²⁵²

Para se determinar a possibilidade ou não de exclusão da estipulação viciada, cabe aferir num primeiro momento se deve ser considerada como principal ou acessória com relação ao conteúdo do contrato.

Porém, os casos concretos com frequência poderão apresentar maior dificuldade para se proceder à identificação da destacabilidade ou não da cláusula viciada do conjunto do contrato. Isso porque mesmo nos casos em que não se diferencia o conteúdo em principal e acessório podem existir cláusulas independentes entre si de modo a permitir a retirada de uma delas sem comprometer o conjunto do contrato.²⁵³

Assim, há de se verificar se a preservação de parte do contrato pressupõe que a parcela invalidada não é essencial ao negócio como um todo. Diz respeito diretamente com o equilíbrio interno da avença.

Por isso, a aceitação da invalidação parcial do contrato não pode ser irrestrita. Não se pode admitir de modo uniforme, para todas as cláusulas do contrato, que apenas aquela eivada de vício seja retirada, permanecendo o resto do contrato em pleno vigor. As cláusulas do contrato apresentam uma relação interna que há de ser levada em

²⁵¹ Jean-Paul Payre. Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif. In: Henry Roussillon (dir.). *Mélanges offerts à Pierre Montane de la Roque*. T. I. Toulouse: Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1986, p. 516.

²⁵² *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 109.

²⁵³ Jesús González Pérez. *Manual de procedimiento administrativo*. 2. ed. Madrid : Civitas, 2002, p. 274.

consideração. Verifica-se “uma espécie de *organicidade interna* ou *sistematicidade* nos contratos administrativos”²⁵⁴ que não pode ser ignorada.

Uma das principais hipóteses de invalidação parcial do contrato é a da retirada de cláusulas contrárias à ordem pública. Aplica-se às estipulações contidas principalmente no conteúdo dito “facultativo” do contrato, à medida que pode ser livremente estipulado pelas partes sempre guardando observância com os ditames do princípio da legalidade.²⁵⁵

Indo adiante, registrou-se acima que o Direito Civil positivado remete à autonomia privada a preservação ou não da parte não viciada do contrato ao indicar expressamente que deve ser “respeitada a intenção das partes”. Cabe avaliar como se coloca essa assertiva no Direito Administrativo.

Com relação à Administração, a análise da importância da cláusula na decisão de contratar, se ela teria ou não concluído o contrato sem a referida cláusula, deve ser feita com a utilização de critérios objetivos.²⁵⁶

A avaliação do caráter determinante ou não da cláusula a ser excluída deve levar em consideração os termos do procedimento pré-contratual, em especial a exposição dos motivos de contratar da fase interna da licitação. Há de se observar a finalidade que ensejou a celebração do contrato e que orientou a estipulação do clausulado.

A situação do contratado também deve ser incluída nessa equação. Isso porque o administrado tem o direito de pleitear a invalidação total do contrato (incluindo a indenização cabível). Pode não ter interesse na manutenção do contrato sem a fração viciada.

Por isso, e à medida que foi necessário o consentimento do particular para a formação do vínculo contratual, reputamos ser necessária a sua concordância para que se proceda à invalidação apenas parcial da avença.²⁵⁷ O administrado não pode ser

²⁵⁴ Marçal Justen Filho. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 170.

²⁵⁵ V. item IV.2.7.1.

²⁵⁶ Hartmut Maurer, *Droit Administratif allemand*, ob. cit., p. 274-275. Margarita Beladiez Rojo é bastante enfática ao afastar qualquer análise subjetiva daquela que seria a “vontade” da Administração para o fim de se aferir a possibilidade ou não de invalidação parcial: “uma vez que se ditou o ato, a vontade da Administração se objetiva; deixa de ser aquilo que quis a Administração, para passar a ser o que quer o ordenamento, confundindo-se deste modo vontade e causa. O que a Administração quer somente importa no momento de adotar a decisão; mas quando já prestou seu consentimento, a Administração (e esta é uma das peculiaridades próprias deste especial sujeito de Direito) não pode ‘querer’ outra coisa que cumprir o fim público para cuja satisfação o ordenamento lhe atribuiu essa competência” (*Validez y eficacia...*, ob. cit., p. 301).

²⁵⁷ É esse o posicionamento de Margarita Beladiez Rojo, ob. cit., p. 302-303. Em sentido contrário, Laurent Richer afirma que a redução da avença, pela retirada de uma ou algumas das cláusulas, em princípio

obrigado a cumprir algo distinto daquilo a que voluntariamente se propôs em razão da ilegalidade originária do contrato.

Vale registrar, por fim, que a possibilidade de redução do contrato independe da gravidade do vício. O defeito é totalmente afastado com a retirada da cláusula invalidada e a legalidade, recomposta.

III.5. A convalidação

III.5.1. Definição

Com a convalidação, o vício é suprido com efeitos retroativos. Corrige-se o defeito com a conservação do contrato que o continha.

Weida Zancaner define que “a convalidação é um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato a convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos”.²⁵⁸ Tal como se verifica com o ato administrativo, a convalidação também é perfeitamente cabível com relação aos contratos administrativos.

A própria ilegalidade é desfeita e se restaura o ordenamento jurídico. Além de preservar os efeitos produzidos pelo ato viciado, a convalidação vai adiante e corrige a própria imperfeição.

O objetivo da convalidação é justamente o de conservação do ato viciado. Uma vez eliminado o defeito, o ato apresenta-se em plena conformidade com o ordenamento. Afasta-se, assim, a possibilidade de o ato ser fulminado em razão do requisito de validade sobre o qual recaiu a convalidação.

prescinde na análise da vontade das partes em querer preservar ou não o restante do contrato (*Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 184-185).

²⁵⁸ *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 56. O conceito exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota essa mesma orientação: “Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado” (*Direito Administrativo*, ob. cit., p. 235). Este são os conceitos de convalidação adotados no presente estudo. Porém, cabe registrar o posicionamento de Emerson Gabardo, que adota uma concepção mais ampla. Segundo o autor, “o reconhecimento de apenas alguns efeitos do ato já denota uma manifestação da convalidação” (*Regime jurídico da decadência...*, ob. cit., p. 204). Nas hipóteses nas quais o vício não é sanado com a prática de ato posterior e apenas é preservado o ato viciado tal como se encontra e os efeitos por ele produzidos, reputamos tratar-se da estabilização dos atos viciados, que os mantêm com o defeito, e não da sua convalidação.

A convalidação é formalizada através de ato no qual se manifesta expressamente a intenção de sanear retroativamente o vício e de se preservar os efeitos já produzidos. É sujeito do ato convalidador a própria Administração.²⁵⁹

III.5.2. Requisitos da convalidação

São requisitos para a convalidação que o contrato possa ser celebrado sem o vício e que não tenha sido impugnado.

O primeiro requisito é decorrência direta da própria natureza da convalidação, de saneamento do vício. Se a ilegalidade não pudesse ser sanada, de nada adiantaria concluir novamente o contrato. Como se indicou anteriormente, o refazimento do contrato mediante convalidação não pode acarretar alterações do seu conteúdo pois pressupõe que este mesmo contrato poderia ter sido validamente celebrado desde seu início.²⁶⁰

Já o segundo requisito diz respeito ao direito dos interessados de obter a pronúncia da invalidade. Uma vez que o ato viciado tenha sido impugnado, o interessado “adquiriu o direito de ver decidido o recurso e de obter a anulação do ato que seja efetivamente viciado”.²⁶¹

Além disso, o art. 55 da Lei nº 9.784/99 acrescenta que a decisão de convalidação deverá evidenciar que os atos que são seu objeto não acarretam “lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros”.

²⁵⁹ Com relação ao particular, denominamos o seu ato de saneamento de “confirmação” ou “ratificação”, que são objeto de análise específica adiante.

²⁶⁰ V. item II.4.2.

²⁶¹ É o que ensina Alessi (*Principi di Diritto Amministrativo*, t. I, ob. cit., p. 434). Por sua vez, Jacintho de Arruda Câmara relaciona este requisito com a própria segurança jurídica. Se o contrato ainda não foi impugnado, a convalidação atende ao princípio da segurança jurídica ao preservar os efeitos já produzidos pela avença – além de restaurar a legalidade. Não obstante, como sustenta o autor, com a impugnação o princípio da segurança jurídica orienta não mais a preservação do contrato e sim a sua desconstituição. Com as palavras do autor: “Se alguém se insurge contra a ilegalidade consubstanciada num ato e busca, administrativa ou judicialmente, a desconstituição dos efeitos produzidos por este ato viciado, cai por terra todo o fundamento da manutenção dos efeitos do ato como forma de se preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações constituídas. A confiança que se tem nos atos administrativos, 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 de lei. O mesmo fundamento que sustenta a convalidação – qual seja, a manutenção da segurança jurídica – veda sua aplicação para os atos que já tenham sofrido impugnação” (A preservação dos efeitos..., ob. cit., p. 61).

III.5.3. O dever da Administração de convalidar

É assente na doutrina o entendimento segundo o qual não há livre escolha da Administração entre invalidar ou convalidar.

A lição de Weida Zancaner é bastante incisiva a esse respeito. Sustenta a autora que “em regra, todos os atos passíveis de serem produzidos sem vícios devem ser convalidados, pois a convalidação atende não apenas o princípio da legalidade, como, também, o da segurança jurídica”.²⁶²

A única ressalva é a do ato discricionário praticado com vício de competência. Não se pode retirar do titular do poder a competência para apreciar a sua conveniência e oportunidade, obrigando-o a convalidar o ato viciado. Neste caso, se aquele que era competente não concordar com a expedição do ato viciado, poderá invalidá-lo.

Ao se caracterizar a convalidação como um dever para a Administração quando presentes seus requisitos, pretende-se inclusive proteger os administrados contra a utilização pela Administração do seu poder de invalidar para a eliminação de atos que repute desvantajosos.

III.6. A confirmação ou ratificação pelo particular

Como nos contratos administrativos também se vislumbra a possibilidade de infração a regras instituídas exclusivamente em atenção aos interesses dos particulares, cabe mencionar o instituto da “confirmação” ou “ratificação”.²⁶³ Através dele, os particulares interessados podem purgar os vícios que afetam contratos anuláveis. Tal como se verifica com a convalidação pela Administração, o contrato é saneado com a sua confirmação pelo administrado. Há a cura do negócio defeituoso.

Como o vício no caso diz respeito exclusivamente ao particular, este não é obrigado a saná-lo.

²⁶² *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 67.

²⁶³ Com relação aos atos dos particulares, adota-se indistintamente a nomenclatura “confirmação” e “ratificação”. Para as autoridades públicas, sustenta-se que se verifica a “ratificação” quando a convalidação procede da mesma autoridade que expediu o ato viciado. A “confirmação” tem oportunidade quando a convalidação procede de autoridade distinta (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 434).

No caso dos contratos administrativos, a confirmação ou ratificação pelo particular é aplicável aos vícios de capacidade, consentimento e de procedimento, quando cabia ao particular a prática “de ato que era condição de validade do provimento administrativo e que dantes fora omitido”.²⁶⁴

A confirmação pode tanto ser expressa quanto tácita. Pode haver declaração explícita do particular prejudicado pelo vício da sua intenção de validar o negócio defeituoso. Também se admite a confirmação tácita, que se infere quando o contrato, apesar de defeituoso, é voluntariamente executado pelo particular ciente do vício.²⁶⁵

Com relação aos particulares, a confirmação significa a renúncia ao direito de pleitear a invalidação do contrato.

A confirmação tem efeitos retroativos. Faz com que o contrato se torne válido desde sua formação. É exteriorizada sob a forma de negócio jurídico unilateral. No entanto, a confirmação é ineficaz se prejudicar direito de terceiro.²⁶⁶

III.7. A conversão

Quando um mesmo conjunto de elementos pode servir de suporte fático a mais de um negócio jurídico, sendo que em um deles o contrato resultante seria deficitário sob o ponto de vista da legalidade e, em outro, regular, há de se preferir o último. Esta é a diretriz que norteia a conversão.

Pode-se definir a conversão como sendo “o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente”.²⁶⁷

Através da conversão, os efeitos de um contrato nulo podem ser os mesmos de um contrato diverso. Aproveitam-se os efeitos que decorreram de negócio nulo tal como se tivessem sido produzidos no âmbito de outro tipo de contrato válido.²⁶⁸

²⁶⁴ Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 72.

²⁶⁵ CC, art. 174.

²⁶⁶ CC, art. 172.

²⁶⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 63.

²⁶⁸ A possibilidade de conversão dos negócios jurídicos foi expressamente prevista no CC de 2002, no seu art. 170. No Direito alemão também se admite a conversão dos atos administrativos nulos a partir da previsão do Código Civil, que se aplica como princípio geral do Direito. É essa a lição de Fritz Fleiner:

Convém enfatizar que a conversão é diversa da convalidação. Como distingue Jesús González Pérez: “Na convalidação se mantém o ato inválido, uma vez limpo do defeito de que adoecia. Na conversão se dá vida a outro ato distinto. Desaparece o ato inválido (...) e nasce outro novo”.²⁶⁹

Ou seja, na convalidação preservam-se os efeitos que são próprios do ato inválido. Já na conversão atribui-se retroativamente ao ato inválido efeitos que são próprios de outro ato, aquele que poderia ter sido praticado desde o início.

No Direito Privado, as exigências para a conversão, além da existência de todos os requisitos do negócio para o qual será convertido, dizem respeito à vontade das partes.

Com efeito, o próprio texto legal²⁷⁰ remete à apreciação daquela que teria sido a intenção das partes caso tivessem conhecimento do vício. Há de se avaliar se os contratantes, no momento da celebração da avença ilegal, teriam desejado firmar o outro contrato caso tivessem conhecimento da nulidade. Não se poderá operar a substituição da vontade das partes contratantes ao se converter o negócio por elas anteriormente celebrado em outro contrato que não queiram firmar.²⁷¹

Porém, a exigência pertinente à vontade das partes deve ser relativizada no âmbito do Direito Público. A inviabilidade de se apurar efetivamente uma “vontade íntima” dos contratantes em face da processualização da atividade administrativa e o imperativo de supremacia do interesse público privilegiam a finalidade objetiva perseguida com a avença. Quando muito, pode-se falar em uma “vontade objetivada”, aferida a partir dos princípios norteadores da atividade administrativa.

O elemento “vontade” (objetivada) na conversão do Direito Administrativo deve ser considerado nos seguintes termos.

Em primeiro lugar, não se pode admitir a conversão nos casos em que suas conseqüências jurídicas possam ser desfavoráveis aos interessados. Justamente por se

“Uma disposição nula não deve com efeito ser mantida como disposição válida salvo se o resultado jurídico ao qual ela tendia poderia ser também alcançado por uma outra forma jurídica e se for possível admitir-se que a intenção da autoridade ordenadora se realiza igualmente nesta” (*Les principes généraux du Droit Administratif allemand*. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 132).

²⁶⁹ *Manual de procedimiento...*, ob. cit., p. 265.

²⁷⁰ CC, art. 170.

²⁷¹ Nesse sentido, vale transcrever a ressalva precisa de Maria Helena Diniz de que com a conversão “não se estará vinculando a vontade das partes, nem presumindo que elas pretendem outro negócio contratual, mas tão-somente oferecer-lhes (*sic*) a possibilidade de atingir a finalidade perseguida” (*Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 1, ob. cit., p. 458). Por isso, há a conversão “apenas se se verificar que os contratantes teriam pretendido a celebração de outro contrato, se tivessem ciência da nulidade do que realizaram” (ob. cit., p. 458-459).

vincular àquela que teria sido a “vontade” das partes caso tivessem conhecimento da ilegalidade do contrato que celebraram, o contrato que resulta da conversão não pode representar nenhum gravame adicional aos interessados.

Depois, faz-se necessária a concordância de ambos os contratantes.²⁷² A conversão é empregada, quando presentes os requisitos, em alternativa à pronúncia da invalidade e implica alterar aquilo que foi inicialmente estipulado. A manifestação da Administração deverá ser exteriorizada em ato motivado, com a demonstração, se for o caso, das razões de interesse público pelas quais não adotará referida solução.

Os requisitos para que seja possível a utilização da conversão no Direito Administrativo são expressos de forma bastante clara no elenco apresentado por Hartmut Maurer. Com as palavras do autor, uma conversão apenas será possível:

- “- quando o novo ato administrativo está implicitamente contido no ato administrativo original;
- quando visa a mesma finalidade;
- quando – considerada em si mesma – é legal do ponto de vista formal e material;
- quando teria sido emitido nos seus termos pela autoridade administrativa se ela tivesse conhecimento da ilegalidade do ato administrativo original;
- quando suas conseqüências jurídicas não são mais desfavoráveis ao interessado;
- quando o ato administrativo original estiver suscetível de invalidação;
- quando o interessado tiver concordado”.²⁷³

III.8. A estabilização do contrato viciado e dos seus efeitos

O Direito comparado admite com uma certa amplitude a manutenção de atos administrativos viciados.

Por exemplo, no Direito italiano, entre os requisitos para a pronúncia administrativa da invalidade, Pietro Virga agrega ao vício em si a necessidade de “interesse público na eliminação do ato”.²⁷⁴ Referido interesse público deve ser concreto e atual, justamente porque o transcurso de determinado lapso temporal entre a emanção do

²⁷² Parcela da doutrina cogita daquela que seria a “vontade presumida” da Administração, no sentido de que a afinidade entre o ato invalidado e o novo ato seja tal que se presuma que a Administração teria praticado o novo ato caso tivesse conhecimento do vício, considerando-se que ambos são aptos à persecução do interesse público em questão. Esta “vontade presumida” seria suficiente para a conversão caso presentes os requisitos objetivos. É o que sustentam, entre outros, Pietro Virga (*Il provvedimento amministrativo*, ob. cit., p. 512) e Pietro Bodda (*Studi sull’atto amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 1973, p. 154).

²⁷³ *Droit Administratif allemand*, ob. cit., p. 272.

²⁷⁴ *Il provvedimento amministrativo*, ob. cit., p. 451-453.

ato e a sua invalidação pode revelar a inoportunidade desta por perturbar situações subjetivas já consolidadas.²⁷⁵

No Direito alemão, a preservação dos atos inválidos da Administração que produzem efeitos favoráveis aos seus destinatários é admitida em razão especialmente da aplicação do princípio da proteção da confiança legítima dos administrados, quando estejam de boa-fé. Afasta-se apenas a invocação do princípio da proteção à confiança quando se tratar de vício “manifesto e grave”.²⁷⁶

Também no Direito francês está presente a temática da estabilização dos contratos administrativos viciados. Contrariamente ao que se verifica no tocante aos atos unilaterais, a tendência da jurisdição administrativa é a de preservar os contratos viciados em nome do atendimento do fim público para o qual foram estipulados. Assim ocorre tal como se a regularidade dos contratos fosse menos protegida com relação aos atos unilaterais e a permanência de um contrato ilegal acarretasse menor vulnerabilidade ao princípio da legalidade.²⁷⁷

Com efeito, no tocante aos contratos administrativos essa problemática assume especial relevância. Vincula-se diretamente à “vocação à continuidade do contrato administrativo” enunciada por Péquignot.²⁷⁸ Devem ser privilegiadas as soluções que permitam que os contratos produzam os efeitos para os quais foram estipulados.

²⁷⁵ Ob. cit., p. 452. Também Aldo Sandulli indica que doutrina e jurisprudência, aplicando o “princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas”, reconhecem a impossibilidade de invalida o dos atos que produziram de modo incontestes os seus próprios efeitos por um determinado período “adequadamente longo” de tempo (*Manuale di Diritto Amministrativo*, ob. cit., p. 711).

²⁷⁶ Cabe registrar que no ordenamento jurídico alemão existe expressa previsão da prote o da confiança como princípio que pode obstar em determinadas circunstâncias a invalida o dos atos administrativos. O  48 da Lei de Processo Administrativo alemã de 1976 opõe obstáculos   invalida o dos atos administrativos que conferem vantagens aos particulares, tutelando-se a confiança do beneficiário da vantagem a propósito da sua manuten o salvo se a ilegalidade for preponderantemente imputada   conduta do próprio administrado. Vale transcrever a li o de Maurer a propósito dos diversos fatores envolvidos na invalida o de atos favoráveis aos administrados: “O ato administrativo conferente de uma vantagem e maculado de ilegalidade não pode ser objeto de uma retirada salvo se o princípio da prote o da confiança não se opõe. Admite-se a necessidade de tal prote o, quando 1) o beneficiário do ato administrativo fiou-se (...) na sua manuten o, 2) esta confiança merece prote o e 3) seu interesse em se beneficiar desta prote o apresenta peso superior àquele interesse da coletividade no restabelecimento da legalidade. O caráter de digna de prote o deve ser recusada   confiança manifestada pelo beneficiário do ato, quando: a) esta pessoa provocou a emissão por ardil ou por qualquer outro meio desleal, ou b) ela conhecia a ilegalidade ou devia necessariamente conhecê-la, ou ainda c) ela   de qualquer modo responsável pela ilegalidade cometida” (*Droit Administratif allemand*, ob. cit., p. 292). Entre os atos favoráveis, são merecedores de especial tutela aqueles que garantem uma presta o econômica única ou contínua ou uma presta o material divisível. A justificativa para tanto seria o fato de tais atos estarem “menos relacionados com o Estado (...) e afetarem principalmente interesses econômico-financeiros”, o que permitiria “mais adequadamente sua manuten o” (Federico Castillo Blanco, *La protección de confianza...*, ob. cit., p. 145).

²⁷⁷ Dominique Pouyaud. *La nullité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1991, p. 359-363.

²⁷⁸ *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: A. Pédone, 1945, p. 514-515.

Ao se conceber o contrato como “acordo de intenções” e instrumento de colaboração entre o Estado e os particulares, faz-se necessário enfatizar a boa-fé e a confiança entre os contratantes.²⁷⁹ Além disso, o imperativo de atendimento do interesse transcendente a que se vincula a avença consiste em um forte argumento para se privilegiar a continuidade da relação contratual.

O resultado da ponderação de princípios e valores acima indicados poderá indicar o prevalecimento, no caso concreto, do interesse na preservação do contrato, ainda que nulo ou anulável.²⁸⁰ Com isso, o contrato administrativo viciado pode ter conservados não apenas os efeitos já gerados mas se garantir que continuará a produzir efeitos. Para tanto, o contrato viciado é simplesmente mantido, sem o reconhecimento da nulidade. Daí a relevância da possibilidade dessa solução para os casos em que o contrato viciado ainda não foi integralmente executado.

Denominaremos “estabilização” do contrato viciado a preservação da avença e dos seus efeitos, sem que a ilegalidade seja pronunciada.

Na estabilização, não se verifica propriamente o saneamento da ilegalidade. O contrato viciado permanece tal como foi celebrado, sem a correção do defeito. O que ocorre é que “os efeitos por ele produzidos permanecem válidos, *imunes* a qualquer tentativa de desconstituí-los”.²⁸¹

A situação dos contratos “estabilizados” nos termos a seguir analisados aproxima-se daquela que se verifica nas relações jurídico-contratuais viciadas cujo defeito não mais pode ser decretado em razão da incidência de prazo extintivo tanto sobre o direito de a Administração pronunciar o vício quanto para o administrado demandar administrativa ou judicialmente a decretação da invalidade.²⁸² Nos dois casos a ilegalidade não pode ser pronunciada porque a relação contratual tal como se encontra é protegida pelo Direito.

Mas estas situações não são equivalentes. A principal diferença entre elas reside no fundamento que permite a manutenção destes contratos ilegais tal como se não

²⁷⁹ Jean-Marie Rainaud. Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public? *Revue du Droit Public*. Paris: L.G.D.J., n. 5, p. 1198-1199, set./out. 1985.

²⁸⁰ Aqui é relevante a distinção entre os contratos inexistentes e nulos, tal como se expôs anteriormente. Não há a possibilidade de “estabilização” de contrato inexistente (ressalvando-se sempre a possibilidade de tutela dos efeitos produzidos pelo simulacro de contrato). Já com relação aos contratos nulos, “aquela mínima *fattispecie negocial*, na presença da qual a lei considera o negócio existente, mas nulo” é o que basta para que o contrato possa ser estabilizado (Santoro-Passarelli. *Dottrine generali de Diritto Civile*. 9. ed. reimpr. Napoli: Jovene, 1989, p. 249).

²⁸¹ Jacintho de Arruda Câmara, A preservação dos efeitos..., ob. cit., p. 62.

²⁸² A propósito da incidência de prazos extintivos sobre o direito em si ou a possibilidade de exercício da ação para obter a pronúncia da invalidade, v. título III.9.

fossem viciados. 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.

São os efeitos produzidos pelo contrato viciado que permitem a sua manutenção e acabam por vedar a pronúncia do vício.

Como leciona Weida Zancaner, do ato viciado emanam conseqüências jurídicas que “podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito”.²⁸³

Desta situação decorre uma “interdição” para a fulminação do ato: “Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar”.²⁸⁴ Por isso, “nem sempre será necessária a interação do prazo dito prescricional para que se deva reconhecer a estabilidade de uma dada situação quando fatores outros concorrem para exigi-la”.²⁸⁵

No contrato “estabilizado”, apesar do vício, a Administração não pode exercer a sua competência de invalidação naquele caso específico em razão de outros princípios que orientam a manutenção do contrato como forma de tutelar a situação jurídica subjacente.²⁸⁶

Talvez isso possa ser explicado através da “*suppressio*”, que no Direito Civil determina a extinção de determinadas posições jurídicas pelo seu não exercício prolongado conjugado com a boa-fé do destinatário.²⁸⁷

Assim se manifesta Paulo Otero acerca da aplicabilidade da “*suppressio*” ao Direito Administrativo:

²⁸³ *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 61.

²⁸⁴ Ob. e loc. cit.

²⁸⁵ Ob. cit., p. 62.

²⁸⁶ Como afirma Margarita Beladiez Rojo: “em todas estas hipóteses nas quais se conservam atos que, em si mesmos, são contrários ao Direito, mas que tenham criado uma situação que em si é merecedora de tutela jurídica, a conservação desse ato ou negócio gravemente viciado não é mais que um meio de salvaguardar o valor jurídico que se veria vulnerado se este ato fosse expulso da ordem jurídica” (*Validez y eficacia...*, ob. cit., p. 44-45).

²⁸⁷ A propósito da situação jurídica denominada “*suppressio*” e suas aplicações práticas no Direito Privado, consulte-se António Menezes Cordeiro. *Da boa fé no Direito Civil*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1997, p. 797-823.

“Mostra-se a *suppressio* em Direito Administrativo suscetível de, em nome da tutela da confiança, determinar que uma abstenção de exercício de certa competência durante um período prolongado de tempo, desde que a mesma devesse ser no caso concreto exercida e disso o respectivo órgão tivesse perfeito conhecimento, gere a representação ou a convicção no administrado de que essa competência não seria mais exercida, funcionando a conjugação do decurso do tempo nessa inatividade como a expressão de um *factum proprium* que, apesar de ilegal, não poderia ser, por força do princípio constitucional da boa fé, contrariado”.²⁸⁸

Em razão da irrenunciabilidade das competências públicas, não é possível sustentar-se uma supressão automática da competência para invalidar.²⁸⁹ Porém, pode-se verificar no caso concreto a impossibilidade do exercício da competência como resultado da contraposição, por um lado, do princípio da legalidade e, por outro, do atendimento a outros princípios – da segurança jurídica, da boa-fé etc.

É também nesse mesmo sentido que Miguel Real alude à “perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade”.²⁹⁰ Segundo o autor, “se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela”.²⁹¹

Nas hipóteses em que há exercício de competência administrativa em sentido contrário àquele indicado pelos diversos princípios implicados no caso concreto, verifica-se a própria invalidade do ato praticado. É o que constata Jesús González Pérez, ao asseverar que a boa-fé “não determinará a extinção do direito, mas sim a impropriedade de seu exercício”.²⁹²

A situação produzida é protegida pelo Direito, apesar de o contrato de que se origina ser viciado. Por isso, muito embora sejam preservados os seus efeitos, não se descartam outras consequências que possam advir da ocorrência de ilegalidade – como a punição dos agentes responsáveis pela prática do ato e a indenização de terceiros prejudicados.

²⁸⁸ *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 921.

²⁸⁹ Isso apenas pode ser determinado por expressa previsão legal, tal como ocorre no caso da decadência que recai sobre o direito de autotutela (v. título III.9).

²⁹⁰ *Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 68.

²⁹¹ Ob. cit., p. 71.

²⁹² *El principio general...*, ob. cit., p. 103.

Ou seja, não é o vício em si que é sanado ou que passa a ser merecedor de tutela jurídica. Aquilo que encontra amparo para que seja mantido no mundo jurídico são os efeitos produzidos pelo contrato viciado. Pretende-se afastar, ademais, os efeitos que viriam a ser produzidos no caso de pronúncia de invalidade. O desencadeamento de tais efeitos é que causaria maior gravame ao Direito do que aquele provocado pela violação da regra na formação do contrato administrativo.

Por fim, cabe registrar que a ponderação entre o princípio da legalidade, de um lado, e os princípios que dão suporte ao contrato viciado, de outro, somente tem lugar antes do decurso do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Após referido lapso temporal – salvo a exceção da má-fé prevista no próprio artigo – não há a possibilidade de que se pronuncie a invalidade de contrato administrativo viciado.

Trata-se de regra injuntiva, a ser obrigatoriamente observada pela Administração para que não exerça a autotutela nem recorra ao Poder Judiciário para obter o reconhecimento do vício. O próprio legislador ordinário presumiu que, após determinado período de tempo, a desconstituição do ato viciado implicaria indevida restrição a princípios do Estado de Direito.

A questão é objeto de exame específico no item seguinte.

III.9. Incidência da prescrição (ou outros prazos extintivos)

O Direito, em regra, não admite que situações de incerteza se prolonguem ao longo do tempo. Não se coaduna com o objetivo do Direito de pacificação social e o princípio da segurança jurídica que as relações de há muito formadas possam vir a ser desconstituídas a qualquer momento.

No caso da prescrição (ou outros prazos extintivos), é o fator tempo que vai determinar a estabilização dos efeitos produzidos pelo contrato administrativo viciado.²⁹³

²⁹³ Mais do que simples estabilização, Robin de Andrade sustenta que, com o decurso do tempo, há verdadeiro saneamento da ilegalidade: “Em nosso entender, o decurso do prazo de recurso contencioso sana objetivamente as ilegalidades de qualquer ato administrativo, constitutivo ou não constitutivo de direitos, e impede, quer a sua anulação contenciosa, quer a sua anulação graciosa” (*A revogação dos actos administrativos*, ob. cit., p. 225).

Já se indicou que a invalidação depende da constatação de que é esta a solução necessária para se conformar o contrato ao interesse público. Nessa avaliação deve ser evidenciado um interesse público “concreto e atual” em se promover o desfazimento do contrato.²⁹⁴

O fator tempo pode vir a comprometer a “atualidade” do interesse em se pronunciar a invalidade dos contratos à medida que o seu simples decurso produz uma “estabilização” da situação construída a partir de um contrato reputado ilegítimo. Essa circunstância “pode qualificar o interesse na manutenção da relação como prevalente com respeito àquele relativo à remoção”.²⁹⁵

Daí a relevância de se analisar os critérios necessários para que o fator tempo, por si só, possa determinar a estabilização do contrato viciado. A incidência de prazos extintivos não implica a convalidação nem o saneamento do contrato viciado, apenas o estabiliza ao inviabilizar a sua alteração.

Cabe destacar que também a prescrição (ou outro prazo extintivo que venha a incidir) não impede propriamente o reconhecimento da invalidade do contrato. O que o prazo extintivo imuniza e preserva são os efeitos produzidos pelo contrato viciado.

A relevância disso reside no fato de, mesmo após o transcurso do prazo extintivo, ser possível extrair-se determinadas conseqüências do vício do contrato. Exemplo disso é a responsabilização dos agentes de atos que causaram prejuízo ao erário. A ação de ressarcimento da Administração contra seu agente responsável pelo dano é imprescritível (CF, art. 37, §5º). Pressuposto lógico para o exercício dessa ação é que seja reconhecido o vício. Assim, mesmo após o decurso do prazo extintivo nada impede o reconhecimento da invalidade do contrato – mas não a título principal –, para o exclusivo fim de se perseguir a indenização por perdas e danos via ação específica.

III.9.1. A prescrição no Direito Administrativo

Uma primeira abordagem poderia indicar a impossibilidade de incidirem prazos extintivos sobre o direito da Administração de pronunciar ou de exercitar a ação necessária ao reconhecimento da desconformidade dos seus atos com a matriz normativa.

²⁹⁴ Aurette Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 161.

²⁹⁵ Ob. e loc. cit.

Afinal, a Administração submete-se ao princípio da legalidade de modo que tem o dever de sempre adequar a sua conduta ao modelo legal.

Porém, o reconhecimento da invalidade dos atos em geral da Administração submete-se a prazos extintivos. Somente dentro de determinado lapso temporal poderão ser desconstituídos os efeitos de contratos celebrados pela Administração por motivo de ilegalidade.

Por um lado, como se indicou anteriormente, essa situação decorre do próprio princípio da segurança jurídica – com relação ao qual a legalidade significaria apenas um meio para atingi-lo. A incidência de prazos extintivos atende aos objetivos de estabilidade das relações jurídicas e de pacificação social, fim maior do Direito.

Por outro lado, há de se considerar que a presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração também favorece a extinção da possibilidade de desconstituição de contratos eivados de vícios.

A presunção de legalidade garante uma maior estabilidade desde o início às relações jurídico-administrativas, atribuindo-lhes uma maior segurança no tocante à sua legitimidade. Com o passar do tempo, mais se fortalece essa segurança e a expectativa legítima de manutenção do vínculo. Por isso, após determinado lapso temporal é válido pressupor-se que os prejuízos decorrentes da desconstituição do contrato viciado seriam superiores àqueles que advêm da preservação dos efeitos por ele produzidos.

Por tais motivos e em havendo expressa previsão legal, os atos e contratos administrativos eivados de vícios tornam-se imunes a qualquer ataque após o decurso de certo lapso temporal. A incidência do prazo extintivo para impugnação não acarreta o saneamento do vício. O defeito continua existindo. Do ato ou contrato continuam emanando os seus efeitos normais, tal como se verificava desde o início. Após o decurso do período de tempo previsto em lei, passa a existir a garantia de que, apesar do vício, o ato ou contrato não será desconstituído.²⁹⁶

²⁹⁶ A esse respeito, vale transcrever a lição de Paulo Otero:

“(...) o decurso do prazo de impugnação contenciosa do ato anulável nunca lhe retira a ilegalidade, nem procede a uma validação em termos substantivos, apenas impede que o poder judicial possa conhecer essa invalidade a título principal e, por conseqüência, anular o ato, tal como preclui a competência revogatória da Administração Pública fundada nessa mesma invalidade: o ato anulável permanece no sistema jurídico como inválido, apesar de ‘intocável’ com fundamento nesse seu ‘pecado original’, passando a gozar da aplicabilidade do estatuto jurídico próprio dos atos válidos e, nesse sentido, toda a eficácia que já antes possuía em termos idênticos aos atos válidos passa a ganhar um caráter firme.

O sistema jurídico permite, deste modo, que convivam com total identidade de efeitos e perfeita harmonia de regime jurídico dois tipos distintos de atos administrativos: (i) os atos válidos, enquanto praticados em completa sintonia com o respectivo padrão normativo de conformidade, e

Vale registrar a necessidade de se diferenciar as diversas espécies de prazos extintivos. A prescrição indica “a perda da *ação judicial*, vale dizer, *do meio de defesa de uma pretensão jurídica*, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la”.²⁹⁷ Já a decadência implica a própria perda do direito, uma vez que nesses casos o exercício do direito confunde-se com o exercício da ação. Por fim, estes conceitos diferenciam-se da preclusão, que é a perda de uma oportunidade *processual*. Ou seja, verifica-se no curso de um processo – administrativo ou judicial – já existente.²⁹⁸

III.9.2. O limite temporal para invalidação do contrato pela Administração Pública

A questão é regulada pelo disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99: “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”. Este dispositivo aplica-se diretamente aos contratos administrativos, que geram direitos subjetivos para as partes.

Como bem indica o texto legal, a impossibilidade de a Administração prover ela própria sobre uma situação específica em razão do decurso do tempo é hipótese de decadência e não de prescrição.

Com efeito, a prescrição indica a perda da ação. Porém, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que se trata de decadência, pois o que ocorre é o próprio não exercício de um direito e não apenas de uma via para fazê-lo valer.²⁹⁹ O decurso do tempo implica a perda da própria pretensão de Direito material, situação esta típica da decadência.

Também Weida Zancaner esclarece que a hipótese é de decadência “devido ao fato de a Administração Pública *não precisar valer-se da ação*, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercer o seu poder de invalidar”.³⁰⁰

(ii) os atos inválidos que, expressando o resultado da violação administrativa desse padrão de conformidade, têm como desvalor a anulabilidade e, por efeito da conjugação do decurso do tempo sem que tenham sido impugnados contenciosamente, se consolidaram na ordem jurídica” (*Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 1.027).

²⁹⁷ Esse é o conceito apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, com arrimo nos ensinamentos de Câmara Leal (*Curso...*, ob. cit., p. 922).

²⁹⁸ É o caso, por exemplo, da não apresentação de recurso, nos prazos previstos na Lei nº 8.666/93, contra decisões proferidas no curso da licitação.

²⁹⁹ *Curso...*, ob. cit., p. 928.

³⁰⁰ *Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 77.

Como consequência de se tratar de decadência, não se cogita da possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo.

Assim como há prazo para a própria Administração prover sobre aquela situação, esse mesmo critério deve ser aplicado para o ingresso do Poder Público em juízo para obter esse mesmo resultado.³⁰¹ Aliás, da própria dicção legal permite inferir-se que o prazo quinquenal aplica-se tanto ao exercício da autotutela quanto para a impugnação judicial. O §2º do art. 54 estipula que: “Considera-se exercício do direito de anular *qualquer medida* de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.³⁰²

O art. 54 da Lei nº 9.784/99 condiciona a estabilização do ato ou contrato viciado à ausência de “comprovada má-fé”. Como ensina Almiro do Couto e Silva: “A boa-fé, a que alude o preceito, quer significar que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal”.³⁰³

A má-fé, no caso, apenas pode ser aquela do administrado co-contratante, isoladamente ou em conluio com o servidor. Como a estabilização do contrato viciado pelo decurso do tempo constitui um benefício, acima de tudo, à segurança jurídica do administrado, este não poderá ser prejudicado pela má-fé dos outros.³⁰⁴

A verificação da má-fé não acarreta a não incidência de qualquer prazo extintivo para a invalidação do ato. Celso Antônio Bandeira de Mello propõe a analogia

³⁰¹ É o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de sanatória indireta ou não-voluntária *introversa* operada pela prescrição, por impedir a Administração de exercer a autotutela para rever os seus próprios atos, e sanatória *extroversa*, que inviabiliza a Administração recorrer ao Judiciário para obter a pronúncia do vício (*Curso...*, ob. cit., p. 210-211).

³⁰² Impende registrar que há doutrinadores que sustentam que não incide prazo extintivo sobre a pretensão da Administração invalidar seus próprios atos. O prazo extintivo apenas fulminaria o exercício da ação pelos administrados. É esse o entendimento de Regis Fernandes de Oliveira: “com relação ao próprio Poder Público, temos, em princípio, que não há prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável” (*Ato administrativo*, ob. cit., p. 131).

³⁰³ O princípio da segurança jurídica..., *RBDP* 6, ob. cit., p. 48.

³⁰⁴ É o que sustenta Almiro do Couto e Silva: “A decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má fé dos destinatários. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa” (ob. cit., p. 47). Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari vão adiante e afirmam a própria inconstitucionalidade da ressalva. Eis as palavras dos autores: “Numa interpretação literal, o art. 54 parece querer dizer que, havendo má-fé, na prática do ato administrativo, de parte do beneficiário, jamais ocorreria decadência do direito de anular. Essa só seria invocável ou se a má-fé fosse imputável ao agente administrativo, ou quando ela inexistisse. Nossa opinião a respeito é, contudo, radical: a cláusula final ‘salvo comprovada má-fé’ é inconstitucional, por isso que afrontosa ao princípio da razoabilidade. E não vale, aqui, pretender o primado absoluto do princípio da legalidade. Dúvida não temos em dizer que, pelo correr do tempo, a segurança jurídica coloca entre parênteses o princípio da legalidade” (*Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 166).

com o Direito Privado. Reputa ser aplicável o prazo previsto no art. 205 do CC, que prevê ser de dez anos o prazo geral de prescrição quando a lei não estabelecer prazo menor.³⁰⁵

III.9.3. O limite temporal para o administrado provocar a invalidação do contrato

Os administrados têm o direito de impugnar os contratos administrativos viciados e pleitear a sua invalidação. Como se apontou anteriormente, tal impugnação impede que o contrato viciado venha a ser convalidado bem como a invocação do princípio da segurança jurídica para que seja mantido o contrato (uma vez que, com a impugnação, este princípio passa a trabalhar a favor da invalidação do contrato viciado).

Para o pleito de direitos na via administrativa a propósito de licitações e contratos, incidem os prazos específicos previstos na Lei nº 8.666/93, quais sejam, de cinco dias úteis para a interposição de recurso (art. 109, I) com a ressalva do prazo de dois dias úteis caso o ato impugnado tenha sido praticado em licitação na modalidade de convite (art. 109, §6º).

Porém, como ressalva Celso Antônio Bandeira de Mello, “mesmo *preclusa a via administrativa*, ou estando prescrita, *nesta via*, a possibilidade de o administrado insurgir-se, por escoamento dos limites temporais próprios, a Administração não poderá ignorar sua manifestação se esta contende *procedentemente* o ato impugnado, *salvo se já estiver prescrita na via judicial*”.³⁰⁶

Se apenas a via administrativa já estiver preclusa ou prescrita, a reclamação ou recurso serão recebidos como “denúncia”.³⁰⁷ Já no caso de prescrição judicial, não há a possibilidade de que sejam tomadas providências na via administrativa em atenção ao próprio princípio da legalidade. Com efeito, a justificativa para não intervir se já estiver prescrita a ação judicial é a de que “isto significará que decorreu o lapso de tempo a partir do qual o Direito considerou necessário promover a definitiva estabilização da sobredita situação jurídica”.³⁰⁸

³⁰⁵ *Curso...*, ob. cit., p. 932.

³⁰⁶ Ob. cit., p. 924. A revisão de decisões anteriores pela própria Administração, de ofício ou mediante provocação dos interessados, está sujeita ao prazo de prescrição da ação judicial: “Nas hipóteses em que se trate de rever uma anterior decisão sua, haver-se-á de entender, caso não haja outro prazo estabelecido, que o prazo decadencial jamais excederá àquele correspondente ao da prescrição da ação judicial de que disporia. Pois é óbvio que o termo prescritivo de tal ação destina-se precisamente a proporcionar a estabilização das situações jurídicas” (ob. cit., p. 929).

³⁰⁷ Ob. cit., p. 925.

³⁰⁸ Ob. e loc. cit.

A regra geral para as ações judiciais dos administrados contra o Poder Público é que prescrevem em cinco anos (art. 1º do Decreto 20.910/32). Porém, pode haver prazos distintos para os administrados impugnarem judicialmente o contrato viciado, de acordo com o instrumento processual empregado.

No caso de utilização do mandado de segurança, o prazo é de 120 (cento e vinte) dias (Lei nº 1.533/51, art. 18).

Se o manejo da ação popular tiver sido o meio eleito, o prazo é de 5 (cinco) anos (Lei nº 4.717/65, art. 21).

III.10. Observações finais

É válido concluir-se que a pronúncia da invalidade do contrato é a solução a ser aplicada apenas em último caso, quando não for possível, de nenhum modo, conservar-se o contrato viciado. Indo adiante, mesmo no caso de proclamação do vício, cabe analisar a possibilidade de manutenção de todos ou de pelo menos alguns dos efeitos produzidos pela avença, sem determinar-se a restituição das partes ao seu estado anterior.

As soluções que apontam no sentido da preservação do contrato ou, quando menos, dos seus efeitos recebem uma maior carga de argumentação favorável do que a que se verifica com relação aos atos administrativos unilaterais justamente em razão dos diversos interesses envolvidos e da principiologia empregada.

Por um lado, em princípio o fim de interesse público a que se vincula o contrato apenas é satisfatoriamente atendido com a integral execução da avença. Por outro, a tutela dos interesses dos co-contratantes da Administração impõe a observância do princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé daqueles que confiaram na legalidade dos atos praticados pela Administração – inclusive porque ela não deve errar e por isso os seus atos são presumidos legítimos.

Daí que a pronúncia da invalidade do contrato não é apta a atender aos interesses das partes contratantes a não ser o da restauração da legalidade. Ocorre que esta não se coloca acima dos demais princípios envolvidos.

Uma vez presentes os requisitos necessários para que sejam mantidos o contrato e os seus efeitos ou apenas os últimos, adotar referidas soluções consiste em um dever e não em mera faculdade da Administração. A discricionariedade presente na

decisão de invalidação não indica a existência de livre opção para a Administração adotar uma ou outra medida e sim a obrigatoriedade de proceder à ponderação dos diversos interesses envolvidos no caso concreto.

Disso decorre que os administrados eventualmente atingidos pela pronúncia tardia do vício do contrato administrativo têm o direito de a ela se opor caso não tenham sido devidamente levados em consideração todos os fatores implicados. Podem ser titulares de direito subjetivo à preservação do contrato viciado ou dos seus efeitos.

Não basta a Administração invocar simplesmente o seu dever de submissão à legalidade e o descompasso verificado entre o modelo prescrito pela lei e o contrato firmado com o particular para proclamar a invalidade deste. Deve ser evidenciada ser esta a solução devida no caso concreto, uma vez que a situação gerada pelo contrato viciado pode se encontrar devidamente abrigada no Direito por força dos princípios acima analisados.

Auretta Benedetti invoca o princípio da funcionalização dos contratos administrativos que, nessa matéria, atua duplamente. Em primeiro lugar, “ao deslegitimar todo exercício de poder que não encontra fundamento em uma motivação de interesse público, mas exclusivamente na vontade da administração de subtrair-se às obrigações assumidas com o contrato”.³⁰⁹ Define como sendo viciada por excesso de poder a decisão de invalidação que carrega consigo tal finalidade.

Depois, o critério funcional deve ser empregado para avaliar qual o “interesse atual e concreto” que tem a Administração na remoção do vício. A esse respeito, assevera o seguinte: “Em particular, sendo a relação contratual não unilateralmente disponível por parte da administração, o interesse do contratante privado na manutenção do mesmo adquire uma particular relevância para fins da ponderação e conseqüente definição de um efetivo interesse atual e concreto da administração na remoção do ato viciado”.³¹⁰

Assim, há de se definir em cada caso o que é necessário para “assegurar a conformidade do contrato ao interesse público”.³¹¹ Isso resulta numa clara restrição das situações nas quais poderão ser invalidados os contratos administrativos.

³⁰⁹ *I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 160.

³¹⁰ Ob. e loc. cit.

³¹¹ Ob. e loc. cit.

Mencione-se, por fim, a oportuna ressalva de Alexandre Santos de Aragão no sentido de que, ao se proceder desse modo, “não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles”.³¹² E arremata: “Há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes”.³¹³ É a confirmação de que todas estas soluções estão contidas no próprio ordenamento.

³¹² O princípio da eficiência, *RBDP* n. 4, ob. cit., p. 79.

³¹³ Ob. e loc. cit.

IV - OS REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Após analisar-se o enquadramento teórico aplicável aos vícios dos contratos administrativos – a tipologia das nulidades e as conseqüências que em tese podem advir da constatação da ilegalidade – cabe investigar no plano prático quais são os requisitos de validade dos contratos administrativos e os respectivos defeitos que podem apresentar.

Porém, antes de se expor os diversos requisitos de validade dos contratos, convém registrar a influência que o Direito Civil exerce especificamente nessa matéria.

IV.1. Utilização do Direito Civil na construção da teoria dos vícios dos contratos administrativos

Em termos históricos, nos Estados absolutistas e de polícia era considerada natural a utilização do Direito Privado para o exercício da atividade administrativa. Para tanto, foi relevante a construção da “teoria do Fisco”. Cindiu-se a personalidade jurídica do Estado de modo que o “Fisco” representava a situação subjetiva do contratante público e participava das relações patrimoniais com os particulares, em condições de igualdade. O critério levado em consideração para a definição do regime jurídico incidente não era o dos sujeitos envolvidos mas o da natureza do ato – no caso, tratar-se de relações patrimoniais, próprias do Direito Civil.³¹⁴

No Estado de Direito a situação se modifica, um pouco em razão do “mito do Estado como ente publicista”, mas sobretudo pela dificuldade prática de funcionalização da atividade regida pelo Direito Privado.³¹⁵ Foram sendo multiplicados os privilégios do Fisco de modo a atribuir-lhe uma posição de supremacia e imunidade, rompendo com a lógica do Direito Privado.³¹⁶

³¹⁴ Aurette Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 3.

³¹⁵ Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. II, ob. cit., p. 777.

³¹⁶ Aurette Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 4.

O que se verificou, então, foi uma publicização de atividades até então regidas pelo Direito Privado.

Aquilo que permaneceu sob regime privado referia-se a atividades nas quais se vislumbrava uma alternativa ao emprego do regime público. Por exemplo, caso a Administração precisasse de determinado bem, poderia expropriá-lo ou requisitá-lo ao particular, em regime público, ou adquiri-lo, utilizando-se de instrumento privado.

Assim, antes do surgimento propriamente dito do Direito Administrativo, o regime jurídico aplicável às atividades administrativas era composto por normas de Direito Constitucional e de Direito Privado. Mesmo após a estipulação das normas específicas da Administração Pública, alguns setores da atividade administrativa continuaram sendo regulados precipuamente por normas de Direito Privado.³¹⁷

Até mesmo a abrangência das normas específicas de Direito Público sofreu alterações ao longo do tempo. De uma regulação limitada basicamente à liberdade e à propriedade do Estado de Polícia, passou-se a uma regulação mais intensa do aspecto social tendo em vista a promoção do bem-estar da coletividade, em consonância com os escopos visados pelo Estado Social. Com maior ou menor intensidade, ao longo do tempo pôde-se verificar que a Administração recorreu a institutos de Direito Privado para dar atendimento às necessidades públicas.

Especialmente no curso do século XX foi acentuada a introdução de meios convencionais, sob a perspectiva de que o emprego de instrumentos baseados no consenso era preferível à utilização daqueles fundados na autoridade. Essa ampliação da consensualidade foi retratada especialmente em dois fenômenos:³¹⁸ a introdução de novas figuras convencionais, estendendo-se às diversas áreas de atuação da Administração, e a simplificação do procedimento de contratação pública, com o crescente recurso às regras privadas.

Com efeito, após uma forte publicização e incremento dos privilégios do ente público contratante, pode-se verificar mais recentemente uma tendência de erosão dos privilégios públicos na regulação da matéria contratual administrativa.³¹⁹

³¹⁷ Como registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem institutos “que também constituem objeto de estudo dos administrativistas, mas regidos pelo direito privado, parcialmente derogado pelo direito administrativo. É o que ocorre com as empresas estatais, com as fundações de direito privado instituídas pelo poder público, com os contratos de direito privado celebrados pela Administração, com o regime jurídico dos bens dominicais” (*Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 91).

³¹⁸ Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. II, ob. cit., p. 778-779.

³¹⁹ Aretta Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 77 e ss.

Assim, em maior ou menor medida o Direito Civil sempre foi utilizado pela Administração Pública. Isso se faz bastante presente na atividade administrativa contratual, cujo instituto jurídico empregado é justamente de gênese privatística.

O contrato administrativo envolve a participação da Administração Pública e dos particulares enquanto tais. Disso resulta a incidência de normas de natureza diversa na composição do regime jurídico dos contratos administrativos.³²⁰ Há uma multiplicação das condições de validade dos contratos administrativos.

Alguns dos aspectos da formação da relação jurídico-contratual administrativa são disciplinados pelo Direito Civil por serem próprios deste. É o que se passa, por exemplo, com a capacidade do contratante particular.

Já outras exigências têm seus fundamentos retirados do Direito Civil mas passam por modulações, mais ou menos intensas, ao serem aplicadas ao Direito Público por não admitirem uma transposição imediata. O consentimento, por exemplo, é requisito que se extrai da própria Teoria Geral do Direito, da noção do contrato como acordo de vontades, mas sofre as devidas adaptações no âmbito da contratação administrativa. Faz-se necessária, assim, uma reconstrução interpretativa das normas do Direito Privado.

Por fim, há requisitos de validade que são próprios do Direito Administrativo e que são retirados da teoria construída para o ato administrativo unilateral. São os aspectos da relação contratual que se submetem exclusivamente ao regime jurídico de Direito Público. Aplicam-se precipuamente a diversos atos praticados pela Administração no processo de formação do contrato que se caracterizam como verdadeiros atos administrativos – tal como é a decisão de contratar.

Assim, há de se levar em consideração essa multiplicidade de regras, de origem diversa, que compõe o regime jurídico dos contratos administrativos.

IV.2. Os requisitos de validade dos contratos administrativos e os respectivos vícios

A invalidade diz respeito a vícios intrínsecos do contrato, sendo que suas causas já devem ter ocorrido no momento de conclusão da avença. Abrange defeitos cuja

³²⁰ Isso é bastante claro em outros ordenamentos, que prevêm expressamente que os vícios dos contratos administrativos podem tanto decorrer da violação de normas de Direito Administrativo quanto de Direito Civil. É o que estipula, por exemplo, o Código de Procedimento Administrativo português (Decreto-lei n° 442/1991, art. 185°), a Lei de Contratos das Administrações Públicas espanhola (Lei n° 13/1995, conforme texto aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2000, art. 61) e a Lei de Procedimento Administrativo alemã (Lei federal de 25 de maio de 1976, art. 59).

origem seja anterior ou simultânea à sua celebração. Circunstâncias supervenientes poderão eventualmente determinar a extinção do contrato mas não a sua invalidação.

Assim, os requisitos a serem analisados são aqueles que devem estar presentes no momento em que o contrato é firmado pelas partes.

Não se questiona que as condições de validade dos contratos diferem no Direito Público e no Direito Privado em razão da relação diversa que se estabelece entre o consensualismo e o formalismo em um e em outro caso. Mas a aparente oposição não pode ser enfatizada porque o sentido da evolução acabou aproximando as duas grandes searas do Direito. Verificou-se progressivamente um acréscimo do formalismo no Direito Privado e do consensualismo no Direito Público.³²¹

São correntes as manifestações doutrinárias que propõem classificações das condições ou requisitos de validade e dos conseqüentes vícios que podem maculá-los conforme os mais distintos critérios.

Segundo Pedro Gonçalves, os requisitos de validade dos contratos administrativos podem ser divididos em dois grandes grupos: os de natureza formal (que compõem a denominada legalidade formal) e os de natureza substancial (relativos à legalidade dita material). Considerando-se que o contrato administrativo não deixa de ser um acordo de vontades, há de se acrescentar, ainda, a regularidade da formação e da manifestação de vontade das partes.³²²

Dominique Pouyaud sistematiza os vícios dos contratos em duas grandes categorias: as irregularidades externas e as internas. O controle da regularidade externa se aproxima daquele feito com relação aos atos administrativos unilaterais. Isso porque as causas externas em geral se relacionam com a presença da pessoa pública. Já a fiscalização da regularidade interna, que diz respeito ao conteúdo do contrato, é mais influenciada pela natureza bilateral do pacto do que pela presença da Administração. Por isso o seu ponto de partida é a teoria dos contratos formulada pelo Direito Civil.³²³

Mas o que impende destacar é que toda e qualquer divisão a que se proceda das condições de validade não pode perder de vista que todos os requisitos estão em constante imbricação. Por um lado, a presença da pessoa pública implica a necessidade de revisão de todo e qualquer conceito civilista que se pretenda empregar. Por outro, o fato

³²¹ Yves Weber. La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs. In : *L'unité du Droit: mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996, p. 315-316.

³²² *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 137.

³²³ *La nullité...*, ob. cit., p. 26.

de o contrato administrativo não deixar de ser um acordo de vontades determina modulações na teoria construída para o ato administrativo unilateral.

Por isso, a metodologia de análise que se propõe leva em consideração aqueles que poderiam ser chamados de “requisitos de validade” dos contratos administrativos a partir dos diversos aspectos da relação jurídico-contratual. Os contratos são suscetíveis de violar o ordenamento jurídico das mais diversas formas à medida que cada um de seus aspectos pode se apresentar em desconformidade com a legalidade.

Não se pretende defender a viabilidade da dissecação dos contratos em partes autônomas e independentes.³²⁴ Há constante inter-relação entre cada um dos aspectos, de forma que com frequência não é possível diferenciá-los nitidamente. De todo o modo, é apenas um critério que se adota para o fim de sistematização da investigação.

Para o ato administrativo unilateral, encontra-se diversidade entre os doutrinadores na enunciação daqueles que seriam os requisitos de validade. Por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enuncia que “elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade”.³²⁵ Trata-se de teorização construída tendo em vista a atuação unilateral da Administração Pública.

Já com relação ao contrato de Direito Civil, o ordenamento subordina a sua validade ao atendimento dos seguintes requisitos:³²⁶ a) capacidade do agente; b) legalidade, possibilidade e determinabilidade do objeto; e c) forma quando exigida pela lei.

Apesar de não poderem ser aplicadas diretamente pelo Direito Administrativo, nas construções do Direito Civil podem ser recuperadas “as bases gerais do direito dos contratos que são válidas para todo contrato porque são vinculadas a uma definição comum do ato contratual”.³²⁷ Cabe a transposição dos princípios gerais do Direito dos contratos e sua aplicação aos contratos administrativos desde que não sejam incompatíveis com as características próprias destas avenças. Muito embora exista parcial

³²⁴ Até mesmo para enfatizar essa noção alude-se a “aspectos” e “requisitos” e não a “elementos” dos contratos administrativos. Não se adota, a esse respeito, a distinção traçada por parcela da doutrina entre elementos e requisitos. Por exemplo, segundo Pietro Virga, os primeiros incidiriam sobre a existência e a perfeição do ato. Já os segundos diriam respeito à validade e à eficácia do ato (*Il provvedimento amministrativo*, ob. cit., p. 155-156). Considerando o objeto do presente estudo e a tipologia de nulidades dos contratos administrativos que adotamos, na qual a distinção entre perfeição e validade do contrato não apresenta repercussão direta nas consequências dos vícios, os “requisitos de validade” ora enunciados abrangem ambas as categorias sugeridas por Pietro Virga.

³²⁵ *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 196.

³²⁶ De acordo com o art. 104 do CC.

³²⁷ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé. *Traité des contrats administratifs*. T. 1, 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1983, p. 532.

coincidência com relação aos requisitos em si, a sua aplicação para os contratos de Direito Civil e para os da Administração é bastante distinta.

À medida que as duas teorias apresentam requisitos de validade mais ou menos distintos, impõe-se uma conciliação entre elas para que possam retratar as condições de validade dos contratos administrativos.

Nesse sentido, a doutrina ensaia a definição daqueles que seriam os requisitos dos contratos administrativos. Por exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto enuncia como sendo elementos constitutivos dos contratos administrativos, agregando elementos do contrato de Direito Privado aos do ato administrativo unilateral, a competência, a finalidade, a forma, o motivo, o objeto (mediato e imediato), a capacidade e o consenso.³²⁸

A sistematização que ora se propõe situa-se precipuamente no plano da validade dos contratos administrativos. Nos casos em que o requisito disser respeito também à existência ou à eficácia do contrato, faz-se a indicação expressa de que é pertinente a esses outros planos.

Com isso quer-se ressaltar que, em princípio, os requisitos enunciados não são indispensáveis à existência do contrato administrativo. Trata-se de analisar a regularidade de um contrato (existente) tendo em vista o modelo legal estabelecido pelo ordenamento. Sob esse aspecto, todos os requisitos de validade situam-se em um mesmo plano e é necessário que se verifique igualmente a compatibilidade de cada um deles com relação ao modelo legal.³²⁹

Outro aspecto a ser destacado é a aplicabilidade da sistematização que ora se propõe tanto para os contratos administrativos propriamente ditos quanto para os contratos de Direito Privado da Administração. Como se tentou demonstrar anteriormente, as regras de formação dos contratos de ambas as categorias são gerais e, por isso, as condições de validade se assemelham.

Cabe destacar, ainda, que nem sempre é nítida a diferenciação entre o vício do contrato em si e o dos atos que lhe dão suporte. Um dos motivos disso reside na procedimentalização da formação da vontade administrativa, que se apresenta como resultante de uma série de atos encadeados prévios. À medida que estes atos anteriores

³²⁸ *Curso...*, ob. cit., p. 161-163.

³²⁹ Isso não significa que as conseqüências do não atendimento dos diversos requisitos de validade sejam necessariamente as mesmas, em igual medida, como se examinou anteriormente.

possam ser separados dos demais e impugnados autonomamente, os vícios dos contratos acabam sendo assimilados aos dos atos administrativos unilaterais.³³⁰

Por fim, ressalva-se que não há a pretensão de se proceder a uma enumeração exaustiva dos vícios que podem atingir os contratos administrativos. Aliás, qualquer tentativa de esgotamento da matéria nesse sentido pode ter efeitos prejudiciais ao se limitar a possibilidade de apreciação, nos casos concretos, de hipóteses não previstas.³³¹

A evolução da doutrina e da jurisprudência e mesmo da legislação sempre poderá vir a demonstrar a relevância do reconhecimento de outros vícios. Além disso, não se pode olvidar que nem sempre os casos de nulidade estão expressamente previstos na lei. A doutrina diferencia a nulidade textual, objeto de previsão explícita no texto legal, da nulidade virtual, que está “implícita, depreendendo-se da função da norma na falta de sanção explícita”.³³²

A partir das tipologias dos requisitos de validade aplicáveis aos atos administrativos unilaterais e aos contratos de Direito Privado, propõe-se o seguinte reagrupamento com as modulações necessárias em atenção à figura do contrato administrativo:

IV.2.1. Qualidade dos contratantes: competência e capacidade

Para que o contrato seja válido, faz-se necessário que as suas partes sejam capazes e competentes para contratar. E tais exigências devem ser aferidas no momento de conclusão da avença.

Antes de se analisar os requisitos a serem observados com relação à qualidade dos contratantes, faz-se uma breve digressão para que sejam estabelecidas as

³³⁰ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, t. I, ob. cit., p. 759. Por esta razão, e por considerações específicas do regime jurídico espanhol – que antes da impugnação judicial de um contrato por vícios essenciais em seu conteúdo exige o prévio esgotamento da via administrativa, que resulta na edição de um ato administrativo – os doutrinadores concluem que “umas vezes com razão e outras sem ela o tema da invalidade dos contratos administrativos se resolve sempre em um problema de invalidade e impugnação de atos singulares” (ob. e loc. cit.).

³³¹ André Gonçalves Pereira chama a atenção para a possibilidade de que sejam cometidas verdadeiras injustiças nos casos concretos em decorrência de elencos exaustivos da doutrina de casos de nulidade (*Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 147). O autor afirma o seguinte: “A ilegalidade do ato administrativo é uma figura protéica, que se apresenta sob as formas mais diversas” (ob. e loc. cit.).

³³² Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p. 473.

balizas para se responder a uma pergunta prévia, a de quem pode ser parte de um contrato administrativo.

IV.2.1.1. As partes dos contratos administrativos

Com relação aos sujeitos dos contratos administrativos, a regra geral é a de que são celebrados por uma pessoa pública e um particular.

Com efeito, o contrato administrativo em sentido estrito ou propriamente dito, tal como regulado principalmente pela Lei nº 8.666/93, compreende uma relação jurídica que se estabelece entre a Administração e particulares visando à criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações.

Já por essa definição exclui-se do conceito de contrato administrativo que adotamos para o presente estudo as convenções em geral que venham a ser celebradas entre órgãos e entidades públicas. As avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo celebradas entre pessoas públicas consistem em instituto amplamente difundido em nosso ordenamento jurídico, sobretudo sob a forma de convênios interadministrativos. No entanto, extrapola o objeto do presente estudo a análise da qualificação e do tratamento dispensados pelo Direito nacional a tais figuras.³³³

Também por isso não cabe ingressar na discussão quanto ao reconhecimento ou não da qualificação como contratos das avenças celebradas entre órgãos de entes estatais, desprovidos de personalidade jurídica. Na acepção de contrato administrativo que adotamos, pressupõe-se que ambas as partes sejam dotadas de personalidade jurídica própria.³³⁴

Por fim, cabe apenas registrar a possibilidade de contratos celebrados entre pessoas privadas virem a receber a qualificação de administrativos. Em princípio, faz-se necessário que pelo menos um dos contratantes seja uma pessoa que integra a Administração Pública, direta ou indireta. No entanto, como em nosso Direito positivo não há a estipulação de que necessariamente deve ser uma das partes do contrato

³³³ Para análise mais detida da temática, consulte-se Marçal Justen Filho. Contratos entre órgãos e entidades públicas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, p. 74-84, 1996.

³³⁴ Laurent Richer propõe indagar inclusive se a concepção de contrato como sendo o acordo de vontades entre pelo menos duas pessoas não seria própria do Direito Privado, por ser vinculada às noções de capacidade e de direito subjetivo. Já no Direito Público, prevaleceria a noção de competência. Com isso, a lei poderia atribuir competência para contratar a órgãos destituídos de personalidade (*Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 11).

administrativo uma pessoa da Administração Pública, em tese pode reputar-se admissível a celebração de contratos administrativos entre pessoas privadas.

Referida capacidade de atuação de particulares em substituição a uma pessoa pública pode ser-lhes conferida pontualmente ou decorrer de expressa previsão legal. Trata-se de aplicar a mesma solução concebida para os atos unilaterais, que podem vir a ser considerados administrativos caso o seu agente seja um particular que se encontra sob influência pública.³³⁵

É pressuposto para tanto que esses contratos sejam relacionados com atividades públicas e que seu objeto seja passível de figurar em contrato administrativo. Não obstante, mais relevante do que isso – especialmente ao se considerar que a qualificação dos contratos como sendo administrativos em sentido estrito em nosso ordenamento depende do regime jurídico que lhes é aplicável – deve haver expressa previsão legal determinando que o regime a que se submetem esses contratos celebrados entre particulares seja o de Direito Público.³³⁶ Para ser qualificado como administrativo, o contrato celebrado entre os particulares deve se submeter ao regime de Direito Público tal como se tivesse sido celebrado pelo Estado.

Em consonância com as premissas anteriormente indicadas, analisaremos a qualidade que devem ter os contratantes – pessoa pública e particular – para celebrar contratos administrativos.

³³⁵ É o que ensina Pedro Gonçalves: “Essencial é que uma das entidades privadas contratantes esteja investida de uma *capacidade de direito público para a celebração de contratos administrativos*” (*O contrato administrativo*, ob. cit., p. 82). Mais adiante, o autor desenvolve seu ponto de vista indicando que “as entidades (formal ou materialmente) privadas detêm capacidade para celebrar contratos administrativos em todas as situações em que estejam concretamente autorizadas a praticar atos administrativos (ou, em geral, a exercer competências e poderes que se manifestem em atos jurídicos que devem ser qualificados como atos administrativos)” (ob. e loc. cit.). Já no Direito francês, a doutrina recorre à figura do mandato administrativo para retratar a relação existente entre o particular que contrata na qualidade de gestor do serviço público e a pessoa pública que lhe atribuiu tal função. O particular atua como mandatário representando uma pessoa pública e age em nome e por conta do mandante (Laurent Richer, ob. cit., p. 112-119).

³³⁶ Há casos em que o legislador expressamente ressaltou que determinados contratos entre particulares, apesar de relacionados com o serviço público, submetem-se ao regime de Direito Privado (v.g. Lei nº 8.987/95, art. 25, §2º). Na ausência de expressa previsão legal, travou-se intenso debate quanto à qualificação dos contratos firmados por entidades não integrantes da Administração Pública mas que desempenham importantes funções de natureza pública. Exemplo disso são as entidades integrantes do Sistema “S” (SESC, SESI, SENAI, entre outras). Diante da impossibilidade de se sujeitarem integralmente ao regime de Direito Privado, obteve-se a solução de consenso de adotar um regulamento próprio de licitações e contratações administrativas para essas entidades (regulamento aprovado pelo Plenário do TCU no julgamento dos autos 001.620/98-3, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU de 7.8.1998) (cf. Marçal Justen Filho, *Comentários...*, ob. cit., p. 32-33).

IV.2.1.2. Competência e capacidade

Com relação às partes contratantes, os requisitos de validade que se apresentam são o de competência da pessoa pública e o de capacidade do particular. A irregularidade tanto de um quanto de outro do mesmo modo viciam o contato.

Gaston Jèze chega a afirmar que “a *competência* do agente público e a *capacidade* do particular, têm evidentemente a mesma natureza jurídica: a competência e a capacidade são situações jurídicas gerais, impessoais, que consistem no *poder legal de realizar atos jurídicos*”.³³⁷

Convém ressaltar que, apesar da simetria que apresentam, competência e capacidade submetem-se a regimes jurídicos distintos. Devem ser analisadas como institutos diversos, cada qual com regras próprias.

Essa diferenciação decorre das origens de cada um e dos interesses que visam a tutelar: as regras de capacidade são ditadas especialmente para tutelar o incapaz em si mesmo e as regras de competência têm em vista o próprio interesse geral.³³⁸ Outra distinção que pode ser desde logo apontada é que a capacidade é a regra no Direito Privado, sendo os casos de incapacidade exceções. Já no tocante à competência, consiste na outorga do exercício de poderes públicos e seu reconhecimento ocorre através de expressa previsão legal.³³⁹

Competência e capacidade também se diferenciam com relação às conseqüências da inobservância das suas regras. Conforme o caso, aplica-se a teoria de Direito Administrativo acerca da incompetência ou as regras do Direito Privado a propósito das incapacidades.

³³⁷ *Principios Generales del Derecho Administrativo*. T. III (El funcionamiento de los servicios públicos). Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 189.

³³⁸ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 34.

³³⁹ Roberto Dromi. *Licitación pública*. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 49. Gaston Jèze elenca, entre outras, as seguintes diferenças entre competência e capacidade: 1 – não há liberdade para os agentes públicos exercerem ou não a sua competência, sendo obrigatória a sua intervenção (a lei pode determinar de antemão o sentido da conduta a ser seguida ou poderá atribuir a sua escolha ao agente). Já os particulares são livres para exercer ou não a sua capacidade, de acordo com a sua opinião pessoal; 2 – os agentes públicos devem exercer sua competência de acordo com o interesse público e os particulares podem orientar sua conduta de acordo com juízos estritamente pessoais; 3 – a prática de determinado ato pode precisar da conjugação de diversas competências, devendo os seus diversos titulares intervir no processo de formação; 4 – os agentes públicos não podem renunciar nem transferir sua competência de forma absoluta e ilimitada (*Principios generales...*, t. III, ob. cit., p. 188-206).

IV.2.1.3. A competência do ente público

A entidade pública submete-se à verificação de sua competência, em decorrência da personalidade jurídica pública. Para que o ente público possa validamente praticar os atos necessários para a formação do contrato é necessário que detenha competência e que atue dentro da esfera desta.

O âmbito de atuação da Administração Pública é delimitado pela sua competência. A regularidade da competência é passível de controle sob diversos aspectos, sendo que defeitos em cada um deles são passíveis de viciar o contrato. A competência dos órgãos é determinada *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione temporis*.³⁴⁰

Com relação à matéria, a intervenção de determinado órgão sobre o assunto é definida de acordo com o seu objeto e conteúdo. Em razão do lugar, há uma delimitação de território dentro do qual pode ser exercida a competência material. Por fim, a prática de determinados atos somente pode ocorrer em certo período ou sujeitar-se a prazos. Assim, “em um órgão devem confluir todos os critérios de competência (material, territorial, temporal) para que, no exercício da mesma, possa ditar validamente o ato administrativo que referida competência autorize”.³⁴¹

A competência é conferida pela lei, determinando o conjunto de deveres e obrigações que cabem àquele órgão. Os limites dessa esfera de atuação não podem ser ultrapassados, sob pena de invalidade do ato praticado. A competência das pessoas públicas é determinada previamente pela lei, estabelecendo quais os atos que o ente poderá praticar.

Porém, o plexo de deveres-poderes atribuídos pela competência são delimitados também de acordo com a finalidade a ser atingida.

Por isso, os limites das competências não podem ser aferidos em abstrato mas apenas no caso concreto. Isso porque as competências “outorgam, ‘in concreto’, única e exclusivamente o ‘quantum’ de poder indispensável para curar o interesse em vista do qual foram atribuídas a alguém; ou seja: nada mais do que o requerido para satisfação do dever que lhes preside a existência”.³⁴²

Cabe assim analisar o requisito competência sob as diversas perspectivas em que se apresenta na atividade contratual da Administração Pública.

³⁴⁰ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, t. I, ob. cit., p. 549.

³⁴¹ Ob. cit., p. 550.

³⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 134.

IV.2.1.3.1. A competência para a utilização da forma contrato administrativo

O princípio geral é o de que, salvo regra em contrário, a Administração está investida de competência para concluir contratos administrativos no quadro das suas funções. Como assevera Pedro Gonçalves, “a capacidade para celebrar contratos no âmbito do direito administrativo é inerente à própria personalidade jurídica pública (do mesmo modo que a capacidade para praticar atos administrativos)”.³⁴³

Porém, com isso afirma-se apenas que as pessoas públicas têm capacidade para o uso da *forma* contrato administrativo. A possibilidade de sua utilização em cada caso concreto vai depender do conteúdo da relação jurídica que se pretende disciplinar via contrato.

IV.2.1.3.2. A competência para decidir contratar e a competência para contratar

O termo incompetência abrange duas irregularidades distintas e independentes entre si. A primeira diz respeito à competência da pessoa pública contratante. A outra é pertinente à competência dos agentes que intervieram no procedimento de contratação em nome da Administração.³⁴⁴

Para a primeira faceta do problema, a questão que se coloca é verificar se o objeto do contrato insere-se na esfera de atividade legal daquela pessoa pública. Com relação à segunda problemática, a indagação a ser feita é se os agentes ou o corpo deliberativo que participou da elaboração e assinatura do contrato se encontravam legalmente investidos de poderes para engajar aquela pessoa pública.³⁴⁵

Com relação às pessoas públicas, a doutrina propõe a diferenciação entre a competência para decidir contratar e a competência para contratar.³⁴⁶ Se no Direito Privado há uma declaração única de vontade dos sujeitos, com relação à Administração

³⁴³ *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 80.

³⁴⁴ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 544.

³⁴⁵ Ob. cit., p. 545.

³⁴⁶ Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 571 e ss.; Pedro Gonçalves, *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 80-81. Sob outra perspectiva, a Péquignot propõe que a competência administrativa é limitada tanto por regras de fundo, pertinentes ao conteúdo contratual em sentido amplo, quanto por regras de forma, relativas à manifestação da vontade administrativa (*Théorie générale...*, ob. cit., p. 191).

Pedro Gonçalves explica que a origem da separação do procedimento de contratação em atos autônomos visava a permitir a impugnação da contratação por terceiros: facultou-lhes a insurgência contra a decisão de contratar uma vez que não tinham acesso ao juízo do contrato para impugnar a avença em si (ob. cit., p. 88-89). Sob esse ponto de vista, trata-se de teoria desnecessária nos ordenamentos jurídicos que, como o nosso, admitem a impugnação do contrato por qualquer terceiro. A adoção da divisão em nosso estudo objetiva enfatizar a existência de juízos distintos no procedimento prévio à contratação, com objeto e requisitos diversos.

Pública é perfeitamente possível individualizarem-se os momentos anteriores, que precedem a conclusão do contrato, da declaração de vontade em si frente ao outro sujeito.

A competência para decidir contratar cabe a um órgão da pessoa pública contratante, que deverá deliberar pelo emprego do contrato para a produção de determinados efeitos jurídicos. Já a competência para contratar cabe ao órgão da pessoa pública a quem foram conferidos poderes para se comprometer em nome da entidade. Incumbe a esse órgão, por seu representante, concluir o contrato. Essas competências podem ser de um mesmo órgão ou de órgãos distintos conforme recaiam sobre um mesmo órgão ou não a competência para a materialização da formação da vontade administrativa em atos anteriores à contratação e a competência para concluir o contrato.

Há restrições à competência de decidir contratar de diversas ordens que se colocam com relação ao objeto do contrato. Em larga medida, a incompetência em razão da matéria apresenta relações estreitas com a questão da ilegalidade do objeto. A inviabilidade de se empregar a forma contratual para a produção de determinados efeitos jurídicos é analisada no título específico do objeto contratual, abaixo. No presente item, cabe destacar as limitações que decorrem do princípio da especialidade das pessoas administrativas.

A regra é de que as pessoas públicas não podem contratar a não ser sobre as matérias que sejam de sua competência.³⁴⁷ Essa questão da especialidade das pessoas públicas diz respeito tanto aos entes que compõem a Administração direta quanto indireta, pois para todos estes há restrições na sua esfera de atuação para que não invadam a competência alheia. É a mesma regra que incide para os atos unilaterais da Administração, cujo objeto e efeitos também devem observar as limitações da competência que foi conferida.

A permissão para os entes administrativos contratarem não se insere numa simples esfera de legalidade da sua conduta, na qual seria admitido tudo o que não for vedado. O elemento competência para a celebração de contratos administrativos impede que se celebrem avenças com todo e qualquer conteúdo desde que não seja vedado pela lei.

Além da competência para utilizar a forma contrato administrativo, faz-se necessária a “concessão normativa do poder de construir os efeitos jurídicos ... que se

³⁴⁷ Georges Péquignot, ob. cit., p. 191.

pretendem como conteúdo do contrato”,³⁴⁸ especialmente quando tais efeitos sejam de Direito Administrativo.

Ou seja, não basta uma autorização genérica para se celebrar contratos administrativos. Há de se verificar a competência daquela pessoa pública específica com relação à matéria que se pretende seja objeto do contrato. Como sustenta Sérvulo Correia, “não poderão ser celebrados contratos administrativos cuja *causa-função* não seja associável com qualquer das atribuições do contraente público”.³⁴⁹

O exercício da competência deve também obedecer aos requisitos formais. Cumprem ser observadas as formas de manifestação da vontade administrativa para que se verifique a regularidade do exercício da competência para contratar.

Uma das questões mais problemáticas em razão da frequência com que se verificam irregularidades nos casos concretos é a que diz respeito à competência dos agentes que intervêm nos contratos. O fracionamento das competências ao longo da formação do contrato, que consiste em um ato complexo,³⁵⁰ é o que pode propiciar uma maior quantidade de irregularidades.

Para a perfeição do contrato, é necessária a manifestação de diferentes autoridades administrativas. A vontade da Administração é extraída desse conjunto de manifestações e, ao mesmo tempo, nenhuma delas por si só é suficiente para evidenciar a decisão administrativa de contratar. Todas elas concorrem igualmente para a perfeição do ato. Cada intervenção não é apenas um momento formal no procedimento de celebração do contrato e sim o próprio exercício de competências específicas.³⁵¹ Diante disso,

³⁴⁸ Sérvulo Correia, ob. cit., p. 574.

³⁴⁹ Ob. cit., p. 619. No entanto, o autor diferencia a aptidão abstrata do contrato ao atendimento das atribuições da pessoa pública em questões da aptidão concreta para a prossecução destes fins. A relevância disso é que apenas a primeira acepção, do sentido abstrato, é que diz respeito à competência. Assim se pronunciou o autor português: “A fixação normativa das atribuições da pessoa coletiva pública serve pois de base delimitadora da sua capacidade contratual de direito público. Mas é necessário reter que são coisas diferentes a *idoneidade abstrata* do tipo de contrato para servir as atribuições da pessoa coletiva e a *idoneidade concreta* de um certo contrato pertencente a esse tipo para satisfazer essas atribuições. Se na primeira eventualidade nos encontramos perante uma situação de *incompetência*, na segunda defrontamos um *vício de fim*, isto é, o emprego de um meio jurídico dotado de aptidão para servir os interesses públicos que presidem à existência e dever geral de atuação da pessoa coletiva pública mas que, no caso concreto, é utilizado com inobservância da vinculação teleológica, isto é, em termos que, se se tratasse de ato administrativo, seriam qualificados como desvio de poder” (ob. cit., p. 620).

³⁵⁰ A propósito da unicidade das diversas manifestações de vontade necessárias para o aperfeiçoamento do ato complexo, vale transcrever a lição de Egon Bockmann Moreira: “o ato complexo é *plurissubjetivo* (praticado por mais de um sujeito), *unitário* (todas as manifestações fundem-se em um só ato), *indivisível* (não admite validade através da fragmentação das manifestações dos agentes) e *unânime* (não admite dissensão). Daí por que seu controle deve ser exercido em face de todas as autoridades cujas competências fundiram-se no ato complexo – inclusive em sede de mandado de segurança, que no ato complexo pode ter mais de uma autoridade coatora” (*Processo administrativo...*, ob. cit., p. 60).

³⁵¹ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 35.

quando não se verificou a manifestação de alguma das autoridades envolvidas, Péquignot sustenta que não se pode considerar que a vontade da Administração tenha se manifestado.³⁵²

A questão da incompetência dos agentes é analisada de acordo com as regras procedimentais para a celebração de cada tipo de contrato e com o processo decisório interno de cada pessoa pública.³⁵³ Faz-se necessário que os agentes que firmam o contrato em nome da pessoa pública sejam as autoridades qualificadas para a prática de tal ato.³⁵⁴

Para a prática de certos atos, exige-se prévia autorização de outro órgão ou poder.³⁵⁵ Quando houver previsão legal determinando ser necessária autorização prévia à celebração do contrato, a manifestação passa a ser condição de validade da avença. Faz-se necessário que a autorização tenha sido comunicada antes da assinatura do contrato pois, antes disso, a autoridade não se encontrava habilitada para firmar o pacto.³⁵⁶

Essa autorização prévia a que se referiu acima não se confunde com a autorização da licitação, prevista no art. 38, *caput*, da Lei nº 8.666/93. A autorização da licitação consiste em ato praticado no encerramento da fase interna da licitação para determinar o seu prosseguimento. Ao se emitir o ato de autorização, deve ser verificada a presença dos requisitos legais necessários à instalação do certame.³⁵⁷

Para o término do procedimento licitatório, faz-se necessária a homologação do resultado do certame e a adjudicação. Estes últimos atos consistem na

³⁵² *Théorie générale...*, ob. cit., p. 204. Por isso, para o autor a questão da competência dos agentes que intervêm no contrato não é apenas condição de validade mas verdadeira condição de existência do contrato administrativo (ob. e loc. cit.). Como já se expôs, reputamos que a ausência de competência dos agentes que intervêm no contrato não implica a inexistência da avença por se tratar de vício passível de saneamento.

³⁵³ Berçaitz acrescenta a necessidade de se aferir também a capacidade do agente que manifesta a vontade do órgão administrativo. Esse agente, além da competência, deve apresentar capacidade de acordo com as regras de Direito Civil para celebrar contratos pela Administração (*Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 267-268).

³⁵⁴ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 545.

³⁵⁵ Pode-se citar como exemplo a necessidade de prévia autorização legislativa para a outorga de concessões, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Outro exemplo é a autorização financeira, requisito para o desencadeamento da licitação (v. item IV.2.7.2). Há outros exemplos de autorizações necessárias para a celebração de contratos específicos pela Administração – no caso, contratos de Direito Privado (Lei nº 8.666/93, art. 62, §3º, inc. I). São as autorizações previstas no art. 32 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Para a realização de operações de crédito pelos entes da federação e por empresas a eles controladas exige-se a “existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica” (§1º, inc. I). Quando consistir em operação de crédito externo, faz-se necessária a autorização pelo Senado Federal (CF, art. 52, inc. V; LC 101/2000, art. 32, §1º, inc. IV).

³⁵⁶ Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 136-137.

³⁵⁷ Marçal Justen Filho, *Comentários...*, ob. cit., p. 367.

deliberação da autoridade superior acerca das atividades desenvolvidas ao longo da licitação, tanto sob a perspectiva da legalidade quanto da sua conveniência. A autoridade competente para a homologação e a adjudicação será “aquela que detiver poderes para vincular a entidade promotora da licitação” ou, em outras palavras, “aquela que dispuser de competência jurídica para ‘representar’ a entidade”.³⁵⁸

A homologação e a adjudicação não são atos exteriores à licitação, no sentido de que poderiam ser destacados do certame para o fim de que eventual vício nesses atos não atingisse aqueles posteriormente praticados. A homologação e a adjudicação consistem no encerramento do procedimento de escolha do co-contratante e devem ser praticados pela autoridade competente. Sem a aprovação final dos atos desenvolvidos no curso do certame, estes não poderão produzir os seus efeitos e prestar-se ao embasamento de contrato administrativo a ser celebrado.³⁵⁹

A delegação do exercício da competência para firmar o contrato é possível, devendo ser observadas as regras gerais de delegação de competência.

São corolários da indisponibilidade das competências públicas a sua intransferibilidade e irrenunciabilidade. Não podem os seus titulares, órgãos e agentes, repassá-las para que outros as exerçam nem abrir mão de exercê-las. Admite-se “tão-somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado”.³⁶⁰

Na Lei nº 9.784/99, há a previsão de um regime geral para a delegação *parcial* das competências públicas. Após enunciar expressamente a irrenunciabilidade da competência, o texto legal estipula a regra da admissibilidade de delegação, segundo a qual “Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial” (art. 12).

Logo adiante, o texto legal elenca as matérias que não podem ser objeto de delegação: edição de atos de caráter normativo, decisão de recursos administrativos e matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade (art. 13). O ato de delegação

³⁵⁸ Ob. cit., p. 418.

³⁵⁹ Vale ressaltar a possibilidade de que os atos de homologação e adjudicação não praticados no momento correto do procedimento de contratação venham a ser realizados posteriormente e surtir efeitos retroativos – no caso de seu conteúdo ser de aprovação dos atos anteriormente praticados na classificação das propostas.

³⁶⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 135.

não poderá ser genérico, devendo especificar “as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada” (art. 14, §1º).

IV.2.1.3.3. A competência e a esfera de atuação da pessoa pública

A competência da pessoa pública para celebrar contratos é limitada não apenas pelo fim de interesse público que a contratação necessariamente deve visar a atender mas também pelo conjunto de atribuições que é específico daquele ente.

Assim ocorre porque “as atribuições integram a competência em sentido amplo da pessoa coletiva, isto é, a delimitação da esfera de atuação que a lei lhe concede”.³⁶¹ Uma determinada pessoa pública não pode perseguir a realização de interesse público que a lei não colocou ao seu cargo. Caso isso fosse admitido, um ente poderia vir a se imiscuir nas atribuições de outro.

IV.2.1.3.4. As conseqüências da não observância das regras de competência

Como se expôs acima, a competência da Administração para celebrar contratos deve ser analisada, no mínimo, sob três perspectivas distintas: a competência para firmar o contrato, a competência para decidir contratar e a competência da pessoa pública contratante com relação ao objeto do contrato.

As regras de competência são exteriores ao contrato mas a sua não observância acarreta a ilegalidade da própria avença. Porém, convém enfatizar que os vícios de competência são passíveis de convalidação.

Parcela da doutrina propõe a distinção entre incompetência absoluta e incompetência relativa.

No caso da incompetência absoluta, o agente administrativo praticou ato que era de competência de outro órgão. Nesse caso, o agente nem a pessoa jurídica ou órgão de que é titular dispõe de competência para a prática do ato. Diz-se ser relativa a incompetência nos casos em que o agente não estava investido pessoalmente da competência específica para a prática do ato. A competência foi atribuída à pessoa jurídica e ao órgão de que o agente é titular, porém a agente hierárquico superior àquele que praticou o ato.

A principal relevância dessa distinção residiria no fato de que a incompetência absoluta não seria passível de convalidação. Já a incompetência relativa

³⁶¹ Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 564.

poderia ser saneada, mediante a confirmação pelo superior hierárquico competente para a prolação do ato viciado.³⁶²

Já nos casos em que o agente que atuou detinha alguma competência estatal mas não aquela específica ou suficiente para a prática do ato, o vício é passível de convalidação. A autoridade competente, à qual caberia a celebração do contrato, poderá confirmar os atos do agente que não possuía a competência específica e corrigir o defeito.

Porém, parece-nos que em ambos os casos – incompetência absoluta ou relativa – o vício poderá ser convalidado, inclusive mediante a aplicação da teoria dos funcionários de fato.³⁶³

Tal construção teórica aplica-se aos casos nos quais a atuação de sujeito incompetente – pela ausência absoluta de um título jurídico ou cujo título jurídico não era válido – pode ter tido aparência de legalidade.

O “funcionário de fato” apresenta-se como agente estatal apesar de não sê-lo. Dessa situação poderão decorrer efeitos que, inclusive, são passíveis de ser reputados válidos caso outras normas determinem a sua preservação. “Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados”.³⁶⁴

Daí que alguns dos efeitos da atuação de pessoa despida de qualquer competência poderão ser aproveitados.

Porém, no mais das vezes a atividade contratual da Administração Pública retrata o exercício de competências discricionárias e, nestes casos, excepcionalmente não há o dever mas a faculdade de optar pela convalidação ou invalidação.³⁶⁵ Não pode ser retirada do agente que deveria ter atuado a competência para avaliar a conveniência ou não da conclusão do contrato com a imposição da sua convalidação.

³⁶² É o que sustentam, entre outros, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, ob. cit., p. 655; Lucia Valle Figueiredo, *Curso...*, ob. cit., p. 188 e Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32.

³⁶³ Nesse sentido, Weida Zancaner sustenta a “incorreção de efetuarmos distinções entre incompetência absoluta e incompetência relativa para a utilização do critério da convalidação” (*Da convalidação e da invalidação...*, ob. cit., p. 68).

³⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 227. Sobre a validação dos atos praticados por funcionários de fato, consulte-se também Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 984-988.

³⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 435; Weida Zancaner, ob. cit., p. 68-70.

IV.2.1.4. A capacidade dos particulares

Com relação ao particular, para este contratar devem estar presentes os requisitos de capacidade civil do Direito Privado. A capacidade é necessária para que a pessoa física possa adquirir direitos e contrair obrigações em geral e especificamente no caso, contratar.

A capacidade do particular é aferida de acordo com as regras do Código Civil. No caso de pessoa jurídica, acrescenta-se a questão da habilitação dos seus agentes.

IV.2.1.4.1. A capacidade das pessoas físicas

Para as pessoas físicas, é suficiente a capacidade geral para contratar. Essa capacitação genérica para exercer este direito pessoalmente é determinada pela lei. Melhor dizendo, a interdição de os particulares contratarem deve ser objeto de expressa previsão legal. A regra geral é a da capacitação para contratar e as incapacidades são exceções. Por isso, as vedações devem ser interpretadas restritivamente.

As hipóteses de incapacidades absolutas e relativas das pessoas físicas naturais estão previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.³⁶⁶ O objetivo da regulação legal da capacidade das pessoas é a de proteger adequadamente aqueles que se presume não tenham o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil. Os institutos pelos quais os incapazes podem praticar atos da vida civil consistem na representação dos absolutamente incapazes e na assistência dos relativamente incapazes.

Não é nulo todo o negócio praticado por incapazes, mas apenas aqueles realizados por quem não tinha capacidade sem supri-la na forma prevista em lei. A incapacidade absoluta acarreta a nulidade absoluta do negócio jurídico por ele praticado sem representação (CC, art. 166, inc. I). Já os atos dos relativamente incapazes que não foram assistidos são anuláveis (CC, art. 171, inc. I).

Pode-se conceber a possibilidade teórica de celebração de contrato entre a Administração e pessoa física incapaz, avença essa que seria nula. No entanto, pode-se

³⁶⁶ Os dispositivos que regulam a capacidade das pessoas físicas no CC têm a seguinte redação:

“Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

“Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

afirmar que tal possibilidade, na realidade dos fatos, é praticamente inexistente em razão do formalismo do procedimento de celebração dos contratos e dos diversos controles a que essa sucessão de atos se submete antes da conclusão do contrato.

IV.2.1.4.2. A capacidade das pessoas jurídicas

No caso das pessoas jurídicas, a sua capacidade geral para adquirir direitos e contrair obrigações “é uma consequência natural e lógica da personalidade que lhes reconhece o ordenamento legal”.³⁶⁷

Porém, a capacidade de contratar é limitada pelo objeto social da organização. Aliás, a própria personalidade que é reconhecida à pessoa jurídica permite-lhe o gozo dos direitos necessários para a persecução de fins específicos, aqueles justificativos da sua existência.

Para a prática de atos no mundo real, a pessoa jurídica deve ser representada. Faz-se necessário que ao seu representante tenham sido conferidos poderes para efetivamente engajar a sociedade.³⁶⁸

Assim, tal como ocorre com as pessoas públicas, também para as pessoas jurídicas apresentam-se duas questões distintas: a da sua capacidade, que decorre da regularidade da sua constituição, e a da habilitação dos seus representantes para assumir compromissos em nome da sociedade. Cabe, assim, verificar se a sociedade foi regularmente constituída e se está sendo representada de modo válido, de acordo com as regras de Direito Privado.³⁶⁹

IV.2.1.4.3. A diferença entre capacidade e legitimação dos particulares

Ao lado da questão da capacidade são previstos outros requisitos de validade para a celebração especificamente de negócios jurídicos bilaterais. Não consistem propriamente em incapacidades para contratar pois são atinentes à ausência de legitimação específica para tanto. Constituem em óbices ao exercício da plena capacidade no caso concreto.

No Direito Privado, paralelamente à noção de capacidade desenvolveu-se a de legitimidade substantiva. Apesar de o sujeito ter reconhecida sua capacidade para a

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

³⁶⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 310.

³⁶⁸ De acordo com as regras dos arts. 45 e 46 do CC.

³⁶⁹ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 549. Caso esses requisitos não estejam presentes, cabe indagar, de acordo com as circunstâncias concretas, se o contrato não pode ser considerado validamente concluído com o representante da sociedade como pessoa física, que teria se engajado pessoalmente perante a Administração (ob. e loc. cit.).

celebração de determinado negócio jurídico em abstrato, constata-se a sua inidoneidade para participar de determinada relação jurídica em razão das circunstâncias concretas.

A diferenciação entre capacidade e legitimação foi formulado especialmente por Carnelutti, para o Direito Processual Civil. Assim a expõe Manuel A. Domingues de Andrade: “enquanto a capacidade ‘depende duma qualidade, isto é, dum modo de ser do sujeito em si (...), a legitimação resulta duma posição, isto é, dum modo de ser para com os outros’”.³⁷⁰

Para diferenciá-las, propõe o seguinte critério:

“Se a interdição de concluir tais negócios se inspira na tutela de um interesse alheio, podendo o negócio ser concluído pelo titular destes interesses – ou seu representante – ou com o consentimento dele, estamos certamente no campo da legitimação. Se ela obedece a uma idéia de proteção ao próprio interdito, em razão de uma sua *capitis deminutio* natural – que em último termo se traduzirá em defeito da vontade –, estamos em face duma incapacidade”.³⁷¹

Ou seja, a capacidade é aferida abstratamente, com relação aos negócios jurídicos em geral. A legitimidade implica averiguar a relação existente entre o sujeito e o conteúdo concreto do negócio jurídico a ser praticado. Nas palavras de Sérvulo Correia, “a legitimidade indica a capacidade em ordem a uma relação particular ou o limite que a atividade negocial do sujeito encontra por motivo de, sendo expressão de autonomia, dever versar apenas sobre interesses por ele efetivamente titulados”.³⁷²

Vedações desta ordem estão presentes no Direito Privado, restringindo em determinados casos aqueles que poderão firmar contratos com determinado objeto.³⁷³

Há regras semelhantes no Direito Público, que condicionam a possibilidade de os particulares contratarem com a Administração.³⁷⁴

Verifica-se, por exemplo, a impossibilidade de se contratar com aqueles aos quais foi aplicada a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos ou a

³⁷⁰ *Teoria geral da relação jurídica*, v. II, ob. cit., p. 118.

³⁷¹ Ob. cit., p. 119-120.

³⁷² *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 527-528.

³⁷³ São exemplos de restrições deste tipo encontradas no Direito Civil: o impedimento para a venda pelo ascendente de bens de seu patrimônio para seu descendente, sem o expresso consentimento dos demais descendentes (CC, art. 496) e a vedação da aquisição pelo tutor de bens do seu pupilo (CC, art. 1.749).

³⁷⁴ Com relação às pessoas públicas, a questão da legitimidade substantiva, que permite figurar em determinada relação jurídica concreta, confunde-se com a própria noção de competência, à medida que esta somente pode ser aferida em termos concretos. Cabe registrar que podem ser encontradas variações terminológicas em torno da figura ora definida como “legitimidade substantiva”. Aldo Sandulli, por exemplo, qualifica como sendo hipóteses de “incompatibilidade” aquelas nas quais o agente não pode agir em decorrência de alguma particularidade sua com relação ao objeto (*Manuale di Diritto Amministrativo*, ob. cit., p. 691).

declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração enquanto perdurarem os motivos que determinaram a punição ou até que se promova a reabilitação definitiva de contratar.³⁷⁵ Há também a vedação de contratar que decorre da irregularidade fiscal do particular.³⁷⁶

Uma manifestação bastante direta do princípio da imparcialidade nos contratos administrativos impõe a igualdade de tratamento de modo que não se permita a adoção de soluções diversas em situações concretas idênticas de acordo com os envolvidos. Para tanto, veda-se a intervenção de determinadas pessoas em contratações nas quais possam ter interesse e seriam passíveis de desfrutar de situação privilegiada com relação aos demais licitantes, em razão de sua condição pessoal.

Por isso, também nesse tópico deve ser analisada a interdição de se contratar com aqueles diretamente interessados ou cuja participação em fases anteriores do procedimento tenha influenciado de modo decisivo a deliberação de contratar.

Não poderão participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução da obra ou serviço os autores do projeto básico ou executivo e aqueles a quem são vinculados bem como servidores e dirigentes do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.³⁷⁷

Tais regras são corolárias dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da isonomia na atividade pública. Afastam-se essas pessoas da licitação em razão do risco de as suas relações pessoais provocarem alterações no certame, infringindo o postulado de isonomia.

Trata-se de medida preventiva, cuja aplicação independe da comprovação da ocorrência de perturbação indevida na licitação em decorrência da condição pessoal. Como nos ensina Marçal Justen Filho: “A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento *a priori*”.³⁷⁸

Apesar de não estar contida no referido dispositivo, os princípios que norteiam a licitação indicam também ser vedada a contratação de parentes da autoridade responsável pela licitação e dos servidores a ela vinculadas. O impedimento abrange

³⁷⁵ Lei nº 8.666/93, art. 87, incs. III e IV.

³⁷⁶ Lei nº 8.666/93, art. 27, inc. IV, e art. 29.

³⁷⁷ Lei nº 8.666/93, art. 9º, incs. I a III.

³⁷⁸ *Comentários...*, ob. cit., p. 124.

também as pessoas jurídicas dirigidas ou de que participem parentes daqueles que estão conduzindo o certame.³⁷⁹

Edmir Netto de Araújo relaciona a capacidade do particular para contratar com a sua habilitação para participar do certame. O autor afirma o seguinte:

“Em muitos casos, exige-se, ainda, do particular que contrata com a Administração, a comprovação de certas qualidades de especialização, o atendimento de certos requisitos, sem o que não poderá candidatar-se à avença com o órgão estatal. Tem a capacidade, portanto, em relação ao particular contratante, também a conotação com *habilitação*, que é o atendimento de exigências legalmente descritas (nas leis de licitação, por exemplo) para a participação no procedimento de escolha e mesmo para a efetiva contratação”.³⁸⁰

Mas em todos esses casos não se discute propriamente a capacidade em si de contratar. Tais exclusões da contratação não significam a criação de incapacidades propriamente ditas.³⁸¹ Se o particular preencher os requisitos de capacidade geral prevista no Código Civil, estará capacitado para contratar. Estas outras questões dizem respeito à legitimação específica para celebrar determinado contrato.

As conseqüências da incapacidade e da ilegitimidade substantiva são diversas à medida que a primeira poderá vir a ser suprida, mediante representação ou assistência, o que não se verifica com a segunda. Aquele que não detém legitimidade específica para celebrar determinado negócio não poderá fazê-lo enquanto se verificar a situação que motiva a incompatibilidade. Como se trata de regras instituídas em atenção a interesses outros que não os do sujeito, em especial a moralidade, não há qualquer disponibilidade quanto à obediência ou não à norma.

Por isso, em tendo sido celebrado o contrato com quem não possuía legitimidade substantiva, este deve ser reputado nulo.

IV.2.1.4.4. As conseqüências da não observância das regras de capacidade

³⁷⁹ O Tribunal de Contas da União já reprovou em diversas oportunidades a contratação de pessoas com relação de parentesco (bem como das empresas de que participem como sócio ou dirigente) por se tratar de conduta atentatória aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Entre outros precedentes, podem-se conferir os acórdãos 200/2002 – Plenário (DOU 11.6.2002), 272/2002 – Plenário (DOU 2.8.2002) e 1376/2004 – Primeira Câmara (DOU 11.6.2004).

³⁸⁰ *Contrato administrativo*. São Paulo: RT, 1987, p. 23-24. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a *habilitação* para contratar, aferida em licitação ou mediante simples comprovação nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, é *condição positiva* da capacidade do contratante privado (*Curso...*, ob. cit., p. 162).

³⁸¹ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 548; Gaston Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*. T. IV (Teoría general de los contratos de la Administración – primeira parte). Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 148-150.

No caso das pessoas físicas, o negócio jurídico praticado por absolutamente incapaz é nulo e não pode ser ratificado nem confirmado.

Se com o término da incapacidade o agente pretender atribuir efeitos ao negócio por ele anteriormente praticado, não é possível simplesmente aproveitar-se o contrato que se pretendeu celebrar anteriormente. Nesse sentido, Pontes de Miranda ensina que: “Se o absolutamente incapaz, que o deixou de ser, diz confirmar o negócio jurídico nulo, a ‘confirmação’ não é mais do que simples *nova* conclusão de negócio jurídico, ainda que possa ele dar efeitos ao novo negócio jurídico que se aproximem ou equivalham, qualitativa ou quantitativamente, àqueles que teria tido o negócio jurídico nulo, se nulo não tivesse sido”.³⁸²

Já os negócios praticados por relativamente incapazes são passíveis de confirmação ou ratificação.

IV.2.2. Validade do consentimento

O que diferencia a atividade contratual das demais formas de atuação da Administração Pública é que a primeira implica a colaboração voluntária dos particulares no exercício da função administrativa. O fato de o administrado não ser compelido a participar produz importantes reflexos em todo o instituto do contrato administrativo. Um dos mais marcantes é o que se relaciona com a necessidade de consentimento das partes.

IV.2.2.1. O consentimento no contrato administrativo

Em geral, a noção de consentimento é apreendida apenas de modo indireto pelo Direito Público, relacionando-a com a questão da autonomia da vontade ou da liberdade contratual na formação dos contratos.³⁸³⁻³⁸⁴ Ao se analisar o consentimento a partir destes parâmetros, usualmente pretende-se tratá-lo de modo abstrato, para se perquirir se o contrato administrativo consiste ou não em verdadeiro contrato.

³⁸² *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 141-142.

³⁸³ Benoît Plessix, *L’utilisation...*, ob. cit., p. 193.

³⁸⁴ Cabe registrar que, com relação aos atos administrativos unilaterais, mesmo a doutrina que sustenta que o ato administrativo é uma declaração de vontade, defende a irrelevância de eventuais vícios nessa manifestação. É o que afirma Stassinopoulos: “Um ato visando à aplicação da lei ao caso individual é sempre considerado como o resultado de uma vontade, mas esta vontade é presumida válida (...); por conseqüência, a validade do ato não depende dos vícios dos quais a vontade estaria eventualmente maculada, mas apenas da conformidade objetiva do ato à lei” (*Traité des actes administratifs*, ob. cit., p. 38).

A conceituação do contrato como sendo um acordo de vontades destinado a produzir os efeitos desejados pelas partes e admitidos pelo Direito é uma definição da Teoria Geral do Direito. Um de seus elementos é o consenso, o encontro das vontades manifestadas pelas partes contratantes.³⁸⁵ Esta definição aplica-se também ao contrato administrativo, colocando em evidência a importância do consentimento nessa modalidade da atividade administrativa.³⁸⁶

A exigência do consentimento não é modificada radicalmente no âmbito dos contratos administrativos pelas diferenças verificadas entre a capacidade no Direito Privado e a competência no Direito Público. Ambas condicionam analogamente a formação do contrato.³⁸⁷ Em todo e qualquer caso faz-se necessária a verificação de um acordo de vontades, consensual e real, para que o contrato seja concluído.

As principais alterações que o regime jurídico de Direito Público vai imprimir aos contratos não diz respeito propriamente ao consentimento das partes no momento da sua formação mas no curso do cumprimento das prestações. Isso porque a máxima do Direito Privado segundo a qual o contrato é a lei entre as partes não se aplica integralmente quando está em jogo o interesse público, principalmente em razão da atribuição de prerrogativas especiais ao ente público contratante. Daí “como deve ser entendido o *consenso* no contrato administrativo: um elemento *essencial* para sua *formação*, porém *relativo*, quando de sua *execução*”.³⁸⁸

Primeiramente, cabe ponderar que a relevância reconhecida ao consenso para a formação do contrato não se estende à vontade propriamente dita das partes contratantes.

Nesse ponto, é pertinente observar que, como destaca Antônio Junqueira de Azevedo, “a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade”.³⁸⁹ O que se exige para a perfeição do negócio não é o elemento

³⁸⁵ O ensinamento de Pontes de Miranda é o seguinte: “Quando as manifestações de vontade dos figurantes se acordam e entram, como algo de comum, no mundo jurídico, há o negócio jurídico bilateral, ou o negócio jurídico plurilateral. A vinculação é o primeiro efeito do negócio jurídico *que se concluiu*” (*Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, ob. cit., p. 47). E o negócio jurídico bilateral é concluído “no momento em que ocorre o *consenso*” (ob. cit., p. 55).

³⁸⁶ Mesmo nos casos em que a celebração do contrato depende de prévia autorização do Legislativo mediante lei, o que cria a relação contratual não vai ser a lei e sim o encontro das manifestações de vontade da Administração de contratar, com base naquela autorização, com a do co-contratante. A lei não se equipara nem dispensa a manifestação de vontade da Administração necessária à formação do contrato (Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 269-270).

³⁸⁷ Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 316.

³⁸⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso...*, ob. cit., p. 163.

³⁸⁹ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82.

volitivo interno e sim a sua manifestação. A vontade anterior “fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado”.³⁹⁰

Portanto, uma análise técnica do contrato administrativo não pode prescindir do estudo da troca de consentimento que ele implica. Impõe-se o reconhecimento da necessidade de um acordo de vontades para que o contrato administrativo seja formado. A questão não se restringe à vontade de contratar declarada, pois o próprio conteúdo do contrato consiste em uma declaração de vontade.³⁹¹

A necessidade do consentimento para a formação do contrato administrativo foi bastante desenvolvida pela jurisprudência administrativa francesa. Em diversos casos o juiz administrativo reconheceu a própria inexistência do contrato por não ter se verificado o encontro de vontades.³⁹² O negócio jurídico carece de um mínimo de vontade para que exista.

Mas é possível ir adiante para cogitar-se da ausência de consentimento das partes com relação a alguns dos aspectos do contrato.

Por exemplo, pode-se conceber a ausência de elemento essencial do contrato quando não houver acordo entre as partes acerca de cláusulas reputadas essenciais na avença. Dominique Pouyaud reputa ser o caso de ausência de consentimento se o contrato contiver cláusulas essenciais contraditórias, “absolutamente inconciliáveis entre si”. A simples existência destas cláusulas revelaria a inoportunidade de consentimento das partes a seu respeito.³⁹³ Por se tratar de cláusulas essenciais, não é possível excluir algumas delas para se manter o restante do contrato. Também René Chapus indica que a ausência de consentimento das partes com relação a uma determinada cláusula acarreta a nulidade desta.³⁹⁴

³⁹⁰ Ob. e loc. cit.

³⁹¹ Como afirmam Landi e Potenza, se nos atos unilaterais “a relevância do elemento voluntário é circunscrita à *vontade de declarar*, cujos efeitos são determinados pela lei”, nos contratos “é ao invés relevante não apenas a vontade de declarar, mas também a vontade declarada, que forma o conteúdo do contrato, o qual portanto se identifica também como *declaração de vontade*” (*Manuale di Diritto Amministrativo*. 10. ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 197).

³⁹² É o que registra Benoît Plessix (*L’utilisation...*, ob. cit., p. 194 e ss., com a citação e análise de diversos precedentes).

³⁹³ *La nullité...*, ob. cit., p. 102-103.

³⁹⁴ *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 1.092. Julgado do STJ também condicionou a validade de cláusula contratual, mais gravosa com relação às estipulações do instrumento convocatório, à realidade do consentimento manifestado pelo particular: “Cláusula penal não prevista no edital, ajustada, após adjudicação, entre a Administração Pública e o licitante vitorioso. Se não houve vício de consentimento em sua contratação, tal cláusula penal é lícita e eficaz” (REsp 132.855/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 1.10.2001).

Estes casos implicam um simples exame acerca da ocorrência ou não do encontro de vontades dos contratantes. Pode-se afirmar ser um controle mais objetivo com relação ao que se procede nos casos de vícios de consentimento, pois dispensa a investigação da vontade real dos contratantes.³⁹⁵

Da análise dos precedentes da jurisprudência administrativa francesa, podem-se extrair algumas premissas para a análise da matéria.³⁹⁶

A jurisprudência administrativa afirma claramente a necessidade de um acordo de vontades para a formação dos contratos administrativos. No entanto, a avaliação da vontade das pessoas públicas submete-se a regras específicas.

Com efeito, no tocante à Administração a sua manifestação de vontade submete-se à realização de prévio processo administrativo. Para a escolha do contratante e o estabelecimento das condições da avença, faz-se necessária a observância de uma seqüência rígida de atos vinculados entre si, tanto no caso de realização de licitação quanto no que diz respeito à observância dos requisitos necessários para dispensa ou inexigibilidade de instauração de competição. Para os demais atos que não constituem uma das fases específicas da licitação e que não são objeto de regulação específica – tal como a própria decisão de contratar – há de ser observado o prévio processo administrativo para a formação de vontade da Administração.

Por isso, diz-se que o Direito Administrativo, de modo mais acentuado do que se passa no Direito Civil, preocupa-se especialmente com a manifestação da vontade em detrimento da vontade interna real dos agentes.³⁹⁷

Cabe ressaltar que, na prática, é raro haver dúvida quanto à existência ou não de consentimento, pois no Direito Administrativo em regra ele é expresso de forma inequívoca – como decorrência direta do formalismo dos contratos administrativos.

O juiz administrativo francês também se inspira na jurisprudência civilista para analisar como ocorre a troca de consentimento nas negociações travadas entre as partes antes da conclusão do contrato. Ao valorizar esta etapa pré-contratual, a jurisprudência administrativa acabou por estabelecer regras para disciplinar a situação

³⁹⁵ Cabe ressaltar, no entanto, que em alguns casos a ausência de consentimento foi tratada pela jurisprudência administrativa francesa como sendo hipótese de erro na manifestação de vontade de contratar por uma das partes – o que decorre até mesmo da dificuldade que pode se apresentar no plano prático para a diferenciação destas hipóteses (Dominique Pouyaud, ob. cit., p. 102).

³⁹⁶ Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 194-199.

³⁹⁷ Ob. cit., p. 194.

jurídica dos contratantes e fixar as responsabilidades que decorrem do comportamento já nesse momento de tratativas entre Administração e administrados.

Ainda por inspiração da teoria civilista, a jurisprudência administrativa reputa que um contrato se forma no momento em que as duas manifestações de vontade se encontram, vale dizer, no momento da aceitação.³⁹⁸ Com efeito, o acordo de vontades que constitui o consentimento é composto por três elementos: a oferta, a aceitação e o encontro destas duas manifestações de vontade. Se faltar qualquer um deles, nenhum contrato pode se formar.

Não basta que o consentimento se verifique. Não é todo e qualquer consentimento que preenche os requisitos do contrato.

Apenas a vontade autêntica, livremente manifestada, é que pode dar origem às obrigações. Mas há de se considerar a possibilidade de a vontade e a sua manifestação estarem desvinculadas, de modo que a vontade não é aquela que se declarou. Por isso, na expressão da vontade devem ser observadas as condições de validade que garantem a sua integridade.

Em princípio, o Direito não se preocupa com os motivos, as razões pessoais pelas quais os indivíduos praticam seus negócios jurídicos. Ocorre que “as razões que levam alguém a realizar determinado ato jurídico podem resultar de falsa representação, que suscite desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada, quer espontânea, quer em conseqüência da ação de outrem. O processo psíquico de formação da vontade não é indiferente ao Direito”.³⁹⁹

Essa formulação é válida tanto para o Direito Privado quanto para o Direito Público. Os contratos administrativos carecem do consentimento válido tanto da pessoa

³⁹⁸ Ob. cit., p. 197. O autor ressalva que a teoria civilista na qual se inspira o juiz administrativo é a vertente mais clássica e objetiva, que localiza a formação do contrato no encontro de uma oferta com a sua aceitação, sem considerar as evoluções por que essa formulação tem passado mais recentemente especialmente em face das contratações de massa (ob. cit., p. 198).

³⁹⁹ Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p.413. Esta solução resulta da contraposição entre as teorias da declaração e da vontade. Como indica Pontes de Miranda, historicamente aparece a teoria da declaração, segundo a qual “os homens têm como vontade o que se declarou” (*Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 217). Em seguida, ao constatar-se que a manifestação poderia não corresponder à vontade, à medida que há vontade independente da sua expressão, questionou-se então se haveria de prevalecer a vontade interna do agente ou a sua declaração, privilegiando-se as vinculações criadas pela declaração de vontade e a segurança jurídica nas relações. Reconhece o doutrinador: “Não há solução *a priori* para o problema de primar a declaração, ou primar a vontade. Momentos históricos diferentes tiveram soluções diferentes” (ob. cit., p. 218). Nos ordenamentos jurídicos, não se verifica o acolhimento integral de uma ou outra teoria mas de versões intermediárias, que ora dão primazia à vontade real ora privilegiam a declaração. A adoção da teoria dos vícios, pela qual a divergência entre a manifestação de vontade e a vontade real pode dar ensejo, em regra, apenas à anulação do negócio, denota preferência em alguma medida para a declaração. O vício não afeta a existência do negócio nem implica sua nulidade, acarretando-lhe apenas a anulabilidade (ob. cit., p. 219).

pública quanto do particular. É certo que, com relação à Administração, a sua manifestação de vontade submete-se às formas especiais de Direito Público e deve obedecer às exigências de toda atividade jurídica dos entes que exercem função administrativa.

Laurent Richer vai adiante e destaca que certas regras podem ser consideradas não apenas protetivas da integridade do consentimento da pessoa pública como também asseguradoras da imparcialidade na celebração do contrato.⁴⁰⁰

A manifestação do consentimento deve estar revestida das garantias de impessoalidade e imparcialidade. Disso decorre o vício do consentimento daqueles que celebram o contrato em conflito de interesses, sem proceder à escolha do co-contratante a partir de critérios estritamente objetivos visando à obtenção de privilégios pessoais.⁴⁰¹

A esse respeito, o Direito Administrativo adotou como ponto de partida a teoria civilista dos vícios de consentimento.⁴⁰² Com relação às exigências relativas à formação e à exteriorização da vontade, aplicam-se aos contratos administrativos as regras do Código Civil acerca dos vícios de consentimento. As declarações negociais devem traduzir a vontade das partes e terem sido formuladas sem vícios.

Alguns doutrinadores afirmaram a especificidade da teoria dos vícios de consentimento no Direito Administrativo, o que ensejaria a sua reformulação para ser aplicada aos contratos administrativos. Essa foi a posição de Gaston Jèze,⁴⁰³ que propôs sua adaptação a partir da noção de serviço público. Mais recentemente, Dominique Pouyaud⁴⁰⁴ elaborou uma teoria renovada dos vícios de consentimento, com acento no que seria a vocação do contrato administrativo para sua continuidade e completa execução.

Para outro grupo de autores, as diferenças entre as teorias dos vícios no Direito Civil e no Direito Administrativo seriam pouco significativas e irrelevantes. Este foi o posicionamento sustentado, entre outros, por Roland Drago, Yves Weber, François Llorens e Michel Guibal.⁴⁰⁵ Esta corrente postula a existência de um Direito privado – ou comum – dos contratos administrativos.

⁴⁰⁰ *Droit des contrats administratifs*, p. 141. A imparcialidade a que o autor se refere é no sentido de garantir-se que o signatário do contrato manifeste a vontade da pessoa pública e não a sua própria.

⁴⁰¹ Ob. cit., p. 144-146.

⁴⁰² Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos...*, ob. cit., p. 68; Carlos Pinto Coelho Motta. *Aplicação do Código Civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 64 e ss.

⁴⁰³ *Principios generales...*, t. III, ob. cit., p. 206-219.

⁴⁰⁴ *La nullité...*, ob. cit., p. 105-139.

⁴⁰⁵ É o que indica Yves Weber (*La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 319).

Para Yves Weber, a teoria dos vícios dos consentimentos nos contratos administrativos advém do Direito Privado inclusive em razão da anterioridade deste.⁴⁰⁶

Aliás, Benoît Plessix anota que a possibilidade de o consentimento manifestar-se de modo viciado nos contratos administrativos não foi constatada apenas recentemente. Segundo o autor, já podiam ser encontrados no Direito Administrativo do “Ancien Régime”, no contencioso do século XVII das “communautés de Provence” por exemplo, diversos contratos que haviam sido celebrados mediante coação. Isso se verificou em avenças firmadas pelas tropas em tempos de guerra ou por médicos nas épocas de epidemias – pactos estes que foram anulados.⁴⁰⁷

Esse mesmo vício também foi verificado em contratos celebrados pelos senhores feudais no século XVII, em detrimento dos interesses das vilas, o que provocou a intervenção do poder real, por via legislativa, para presumir nulas as transações consentidas por aquelas comunidades.⁴⁰⁸

Os vícios podem apresentar-se na manifestação de vontade tanto da pessoa pública quanto da privada. No presente estudo, serão analisados apenas os vícios que consubstanciam uma discrepância entre a vontade real e a vontade declarada.

Não são objeto de investigação os vícios funcionais ou sociais, que não perturbam o processo de formação da vontade mas que maculam o negócio pelo fato de a vontade real estar em desacordo com as prescrições legais quanto ao resultado pretendido (tal como se passa na fraude contra credores). Neste caso, a vontade manifestada reflete a vontade real dos agentes e a discrepância que se verifica é entre a vontade externada e o ordenamento jurídico. Como a causa e o fim do negócio jurídico recebem um tratamento especial no Direito Público, os casos em que a manifestação de vontade diverge das exigências de ordem legal recebe tratamento distinto daquele aplicável aos vícios de consentimento.

⁴⁰⁶ Ob. cit., p. 320. O autor anota que, no Direito francês, a teoria de Direito Privado sobre a matéria é invocada formalmente pelo juiz administrativo – às vezes com a explícita indicação de dispositivos do Código Civil, mas com maior frequência aplicando simplesmente as suas formulações apesar de não mencionar expressamente tratar-se da teoria civilista. Ainda conforme o autor, ao apreciar os vícios de consentimento nos contratos administrativos, o juiz administrativo observa e aplica exatamente os mesmos princípios utilizados pelo juiz comum (ob. cit., p. 320-321).

⁴⁰⁷ *L'utilisation...*, ob. cit., p. 200.

⁴⁰⁸ Ob. cit., p. 200-201.

IV.2.2.2. O erro

A doutrina constata que o vício de consentimento mais comum no Direito Administrativo é o erro, a exemplo do que se passa no Direito Privado.⁴⁰⁹

O objeto e as características do erro são extraídos das regras previstas na legislação civil e desenvolvidas pela doutrina de Direito Privado.

O erro é a manifestação de vontade viciada em decorrência de uma noção falsa que se tenha da realidade. Esta noção falsa pode decorrer de conhecimento inexato, incompleto ou parcial das circunstâncias atinentes ao negócio jurídico. Essa compreensão equivocada da realidade de que o agente dispõe conduz “a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos”.⁴¹⁰

Há uma distinção doutrinária entre o erro obstativo ou erro impróprio e o erro-vício. O erro obstativo é o erro na declaração. Decorre da divergência entre a vontade e a sua transmissão, de modo a que a vontade declarada não corresponde à vontade negocial interna.⁴¹¹ Já o erro-vício é aquele que se verifica propriamente no processo de formação da vontade negocial, atingindo a motivação do agente.

Como nas hipóteses de erro obstativo “não há a vontade de realização do negócio a final realizado”,⁴¹² parcela da doutrina – tal como a francesa, que privilegia a vontade real⁴¹³ – reconhecem ser a sua consequência a nulidade do negócio e reservam a anulabilidade para os casos em que há vontade, embora tenha sido mal formada.

Na legislação nacional de Direito Privado, não se procede à distinção entre as duas categorias de erro. Ambos os tipos são enquadrados como vício de consentimento e recebem o mesmo tratamento legal.

Também no campo doutrinário diferencia-se o erro da ignorância à medida que esta é a total ausência de conhecimento. Enquanto o erro decorre de uma noção equivocada da realidade objetiva, a ignorância é a própria ausência de conhecimento. Apesar de se tratar de institutos distintos, ambos recebem o mesmo tratamento pela legislação civil. As duas situações são caracterizadas como vícios de consentimento e

⁴⁰⁹ Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 321.

⁴¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 517.

⁴¹¹ No caso do erro obstáculo, a discrepância entre a vontade e a declaração é inconsciente. É a divergência que ocorre, v.g., quando é indicada equivocadamente a natureza jurídica do negócio (quer comprar e menciona vender), sobre seu objeto (quer comprar A e indica B) ou sobre a própria identidade do outro contratante (quer contratar A mas consta do instrumento B).

⁴¹² Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, ob. cit., p. 112.

⁴¹³ Ob. e loc. cit.

resultam igualmente em defeitos dos negócios jurídicos por descompasso entre a vontade do agente e aquilo que é manifestado.

O erro pode recair tanto sobre o objeto quanto sobre a pessoa.

O erro direto sobre o objeto pode recair sobre o bem em si⁴¹⁴ ou sobre suas qualidades substanciais⁴¹⁵ que determinaram o consentimento, sendo avaliado em termos materiais e objetivos.

Já o erro indireto diz respeito à aptidão do objeto para o atendimento de certas finalidades visadas pela vontade das partes. Analisa-se não o objeto em si mesmo mas com relação à vontade das partes manifestada no contrato. Reputa-se que as qualidades essenciais do objeto não são aquelas fixadas *a priori* e sim aquelas que as partes estipularam como sendo as mais relevantes.⁴¹⁶

O erro indireto inclui um sentido subjetivo ou psicológico, pois implica a análise da qualidade da coisa que conduziu o sujeito a contratar.⁴¹⁷ Investiga-se se o objeto do contrato corresponde efetivamente à vontade das partes.

O erro quanto à pessoa apenas se apresenta relevante se a identidade pessoal revelou-se determinante e substancial para a conclusão do contrato. No entanto, cabe anotar que a possibilidade de ocorrência de erro sobre a identidade da pessoa é bastante reduzida no Direito Administrativo diante do formalismo que cerca a formação do contrato.

De acordo com a doutrina francesa, o Direito Administrativo só o admite em regra quando o erro recai sobre a identidade física da pessoa, não o estendendo para os casos em que o equívoco ocorre com relação às suas qualidades.⁴¹⁸ Não se pode deixar de notar que essa resistência decorre da divisão de competências jurisdicionais, segundo a qual caberia ao juiz administrativo um controle mais objetivo, sem investigar aspectos subjetivos dos envolvidos.

É possível cogitar-se da possibilidade de os erros sobre as qualidades dos contratantes serem invocados com maior frequência tendo em vista a importância do caráter *intuitu personae* de alguns dos contratos administrativos.⁴¹⁹ Nestes casos, os erros

⁴¹⁴ Exemplo é a ocorrência de erro quanto à exata dimensão da prestação acordada.

⁴¹⁵ Tal como o erro acerca das condições em que o objeto da avença seria exigido.

⁴¹⁶ Dominique Pouyaud, ob. cit., p. 113.

⁴¹⁷ Como o erro indireto quanto ao objeto implica perquirição da vontade subjetiva das partes, a doutrina francesa anota que o Direito Administrativo não o acolhe amplamente (Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 322).

⁴¹⁸ Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 203.

⁴¹⁹ Nem todos os contratos administrativos apresentam caráter *intuitu personae*. Não se pode reconhecer o caráter de personalíssimos aos contratos administrativos que admitem cessão e subcontratação. Há

quanto à pessoa do co-contratante poderão ser considerados determinantes. Como o Poder Público contrata levando em consideração, em maior ou menor grau, a qualidade do contratado, o erro sobre a pessoa deste poderá ser utilizado pela Administração em seu favor.⁴²⁰

Distinção relevante para fins de determinação de regime jurídico é a que se procede entre o erro e a ignorância de fato e o erro e a ignorância de Direito.

A regra geral adotada em nosso Direito positivo é a de que apenas são considerados defeitos dos negócios jurídicos o erro e a ignorância de fato.⁴²¹ No entanto, cada vez mais tem sido admitido aos interessados argüirem o desconhecimento do Direito para pleitear a anulação do negócio.⁴²²

No Código Civil, há a previsão de que será admitido o erro de Direito para fins de anulação do negócio jurídico caso ele não implique recusa à observância da lei e seja o motivo único ou principal do negócio jurídico (art. 139, inc. III). É a aceitação do erro de Direito com restrições, pois não se admite o descumprimento da lei sob a alegação do seu desconhecimento.

Tal permissão legal é aplicada nos casos em que, por falseamento do conhecimento ou ignorância, o sujeito deixa de aplicar a lei que lhe é favorável. Refere-se aos casos de dispositivos de aplicação facultativa, pois caso contrário a sua não incidência significaria a recusa à observância da lei – o que é vedado pelo Código Civil. Assim, o erro de Direito admitido é aquele que é hábil a lesar apenas o próprio agente, pois o equívoco acaba colocando-o em situação mais desfavorável do que aquela que decorreria do correto uso do ordenamento. E este erro de Direito deve ser essencial, constituindo a causa fundamental do negócio.

categorias de contratos nos quais o caráter *intuitu personae* é mais evidente, pelo interesse público não admitir a transferência da posição de contratado a um terceiro. Já em outros tipos de contrato a personalidade do contratado desempenha papel não tão relevante. No entanto, disso não decorre a irrelevância da personalidade do titular da posição contratual em determinados casos. A pessoa do contratado jamais será indiferente pois sempre se trata da escolha de um “colaborador da Administração” (André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 535). O que se verifica é uma variação do grau de importância que se atribui à identidade do contratado, o que permite diferenciar as hipóteses em que se permite a sua substituição daquelas em que não se cogita disso.

⁴²⁰ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 535.

⁴²¹ É nesse sentido o brocardo “*inorantia et error iuris non excusat*”, expressamente inserido em nosso ordenamento jurídico pelo art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁴²² Pode-se encontrar no campo doutrinário uma tendência a não se aplicar com extrema rigidez a inaceitabilidade do erro de Direito (Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p. 419; Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil comentado*, v. II, ob. cit., p. 179). Esta orientação já encontra algum respaldo na legislação (v.g. art. 8º da Lei de Contravenções Penais – Dec.-lei nº 3.688/41).

Para além disso, há de diferenciar as hipóteses de erro de Direito nas quais não é a ignorância do Direito em si que permite a invalidação, mas quando o erro de Direito tiver origem em um erro de fato e que tenha sido determinante para a conclusão do contrato. Admite-se o potencial de invalidação de tais erros independente da admissão do erro de Direito pelo ordenamento.

Pontes de Miranda traçou esta diferenciação e asseverou tratar-se na realidade de erro de fato. Sob a égide da codificação anterior, o doutrinador afirmava ser o erro puro de Direito irrelevante ao mesmo tempo em que ressaltava: “Se, porém, há incompatibilidade entre o tipo abstrato e os elementos do suporte fáctico, não há só erro de direito. Falar-se da ignorância do direito, ou do erro de direito, tratando-se de erro invalidante, somente tem sentido para se saber se se ignorou o fato, e daí resultou ignorar-se *qual* a regra jurídica que incidiria”.⁴²³

Se no Direito Privado pode-se notar uma certa tendência pela admissibilidade do erro de Direito em alguns casos, não se vislumbra a mesma possibilidade no Direito Administrativo. Diante do princípio da legalidade a que se submete a atividade administrativa, as questões que poderiam ser excepcionalmente enquadradas como erros de Direito – pois raramente estarão reunidas nos contratos administrativos as condições necessárias para o reconhecimento do erro de Direito, em especial a sua escusabilidade (que se verá adiante) – tendem a se resolver sob a perspectiva da ilegalidade.

Ainda nos termos da legislação civil em vigor, apenas o erro substancial possibilita a anulação do negócio jurídico (CC, arts. 138 e 139). O erro dito essencial, substancial ou principal é aquele sem o qual o agente não teria praticado o negócio jurídico em questão.⁴²⁴ Há de se constatar se, sem o erro, as partes teriam se recusado a contratar. Caso tivesse perfeito conhecimento da realidade, o agente não teria dado seu consentimento para a celebração do negócio.

Já o erro acidental caracteriza-se quando, apesar de o conhecimento da realidade não ser perfeito, mesmo se não estivesse viciado o agente teria dado seu consentimento para o negócio, eventualmente com algumas modificações. O

⁴²³ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 282.

⁴²⁴ De acordo com a redação do art. 139 do CC, são as seguintes as hipóteses de erro substancial: “I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.

conhecimento posterior da realidade, sem o erro, não modificaria o consentimento que o agente deu anteriormente ao ter uma noção equivocada das circunstâncias. Isso porque o erro acidental recai sobre elementos secundários ou circunstanciais da coisa ou da pessoa (CC, art. 142).

Outro requisito para que o erro possa ensejar a anulação do negócio é que ele seja escusável. Apenas o erro justificável, com razões plausíveis de acordo com as circunstâncias do caso concreto, é que pode dar lugar à invalidação do negócio a partir da provocação do interessado.

Cabe registrar que significativa parcela da doutrina não reconhece ser a escusabilidade requisito necessário para a configuração do erro.⁴²⁵ Um dos argumentos para tanto consiste justamente na ausência de previsão legal dessa exigência. No entanto, mesmo assim admite-se a necessidade de o erro ser escusável para que dê causa à anulação do negócio como forma de proteção da segurança jurídica e da confiança dos contratantes.⁴²⁶

Para se aferir a escusabilidade da compreensão equivocada da realidade empregam-se como balizas os padrões usuais de conduta do homem de inteligência comum. No entanto, isso não impede que sejam estabelecidos parâmetros distintos de acordo com as características pessoais da pessoa que comete o erro.⁴²⁷

A disciplina legal dada pelo Código Civil de 2002 para o erro acrescentou um novo requisito para a configuração do vício de consentimento. De acordo com o art. 138, faz-se necessária a cognoscibilidade do erro pelo outro contratante. O erro deve ser conhecido ou reconhecível pela outra parte.

Com isso, houve uma relativa mudança de enfoque do erro, para se sair da esfera daquele que o comete para o comportamento do que se beneficia com os seus efeitos.⁴²⁸ Ao se exigir que o erro seja perceptível ao outro contratante para que possa ensejar a anulação, busca-se privilegiar a boa-fé e a segurança jurídica nas relações contratuais. Acaba-se estabelecendo “um ônus para cada parte de verificar se a outra não está incorrendo em erro evidente; e desse ônus, decorre a obrigação de, segundo a boa-fé,

⁴²⁵ Entre outros, Pontes de Miranda, ob. cit., p. 311.

⁴²⁶ Arnoldo Wald. *Direito Civil: introdução e parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 201; Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p. 417.

⁴²⁷ Tal como é assente ser inescusável o erro do profissional. Por isso a doutrina anota que o erro inescusável não é causa de nulidade com mais razão ainda nos contratos administrativos, em regra celebrados por profissionais (Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 203).

⁴²⁸ Humberto Theodoro Júnior. *Comentários ao Novo Código Civil: livro III – dos fatos jurídicos: do negócio jurídico*. V. III, t. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41.

fazer-lhe a competente comunicação”.⁴²⁹ Em conseqüência, acabam sendo dificultadas as hipóteses de anulação por erro.

Para se verificar a perceptibilidade ou não do erro o art. 138 do Código Civil remete à diligência e prudência normais, do homem comum. Isso não afasta a necessidade de se proceder à investigação em cada caso concreto, levando-se em consideração as circunstâncias específicas daquele negócio jurídico.

De acordo com a doutrina, a previsão do requisito de cognoscibilidade do erro pela outra parte substitui a exigência, anteriormente colocada pela doutrina, de escusabilidade do erro.⁴³⁰ Mesmo não sendo escusável, se for perceptível o erro configurará vício de consentimento. Mas se o erro não pudesse ter sido detectado pelo outro contratante, não poderá provocar a invalidação do negócio.

Para os particulares que contratam com a Administração, as hipóteses mais comuns de erro podem ser verificadas no tocante ao objeto do contrato, em especial a propósito da sua qualidade e quantidade, quando estas não se encontram devidamente especificadas.⁴³¹

Outrossim, de grande relevância no âmbito dos contratos administrativos é a verificação da possibilidade ou não de se admitir o erro que recai sobre o preço. Com efeito, com freqüência os co-contratantes da Administração alegam erro no que se refere à avaliação dos custos, nos contratos de obras e serviços, ou das receitas, nos contratos de concessão.

Ocorre que apesar da extensão que o Direito Civil atribui ao conceito de erro sobre a matéria, para abranger não apenas o objeto em si mas também a sua relação com a vontade formada pelas partes, certos erros são considerados alheios à substância da coisa, não sendo aptos a ensejar a invalidação do contrato. Mesmo que estes erros tenham sido determinantes para a decisão de contratar, pelo fato de não serem substanciais não são caracterizados como vícios de consentimento.

A exemplo do que se passa no Direito Privado, o erro quanto ao preço é reputado indiferente para o Direito Administrativo. Os erros de apreciação econômica são considerados inescusáveis tanto para a Administração quanto para o particular. Laurent Richer constata não haver indicativos de que tal alegação de erro tenha sido acolhida, até

⁴²⁹ Ob. cit., p. 41.

⁴³⁰ Ob. cit., p. 41-42 e p. 44-46.

⁴³¹ Roberto Dromi, *Licitación pública*, ob. cit., p. 51.

mesmo porque em regra não é escusável para uma empresa diligente ou para a Administração.⁴³²

Desde logo pode-se afirmar que não poderão ser reclamadas recomposições de preços, para mais ou para menos, sob o pretexto de que uma das partes incorreu em erro ao estabelecer o preço ou ao avaliar o valor do objeto do contrato. Cabe a cada uma das partes arcar com as conseqüências dos erros que lhes são imputáveis.⁴³³ Como registra Jean-Christophe Bruère, isso não significa desconsiderar o consensualismo nos contratos administrativos. Trata-se, sim, de privilegiá-lo ao não permitir que uma das partes se libere das obrigações que livremente assumiu invocando um erro que poderia ter sido evitado.⁴³⁴

Esta questão será melhor desenvolvida adiante, ao se analisar o instituto da lesão. Registra-se, desde logo, que a avaliação econômica equivocada do objeto do contrato não é causa de nulidade.

É importante destacar que esses postulados teóricos acerca do erro como vício de consentimento nos contratos administrativos aplicam-se de forma diferenciada para a Administração e para o seu co-contratante particular.

Toda essa construção teórica, fortemente inspirada no Direito Privado, tem em vista precipuamente a investigação do processo de formação da vontade interna das partes e a sua manifestação. No entanto, pode-se cogitar de diversos motivos pelos quais há uma dificuldade maior para o exercício de um controle mais subjetivo no tocante à denominada “vontade da Administração”.

A questão é diretamente relacionada com a presença da pessoa pública e com a forma de agir da Administração. A “vontade” administrativa de que se pode cogitar é o resultado de um processo administrativo formalizado, com uma sucessão de atos pré-

⁴³² *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 143. No mesmo passo, André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé anotam que reclamações dessa ordem “são invariavelmente rejeitadas” (*Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 536). Dominique Pouyaud registra que o Direito Administrativo não aceita nem a exceção por vezes acolhida pelo Direito Civil para admitir a invalidação quando o erro sobre o preço tiver resultado de erro substancial acerca do objeto. Diante do formalismo e da processualidade que marcam a contratação administrativa, não se reputa escusável ou que o outro contratante não tenha tido condições de identificar que a vítima esta incorrendo em erro ao avaliar o objeto do contrato (*La nullité...*, ob. cit., p. 118-119).

⁴³³ Apesar de os efeitos serem diversos conforme se trata de erro do particular ou da Administração. Ao particular caberá dar integral cumprimento ao contrato, assumindo as conseqüências do seu equívoco. Com relação à Administração, se o seu erro prejudicar o fim de interesse público visado pela contratação, caberá a adaptação do contrato, na medida do possível, ou a sua rescisão com a integral indenização do particular. A questão será desenvolvida no item IV.2.3.4, adiante.

⁴³⁴ *Le consensualisme dans les contrats administratifs. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 6, p. 1743, nov./dez. 1996.

ordenados com a expressa indicação dos motivos pelos quais se atingiu determinado resultado final.

Por isso, ao se cogitar da possibilidade de erro da Administração como vício de vontade na formação dos contratos administrativos, está-se referindo exclusivamente ao descompasso que porventura possa existir entre a vontade da Administração e a sua manifestação. Apenas as eventuais divergências entre a decisão de contratar por parte da Administração e a sua exteriorização é que poderão ser enquadradas como vício de vontade.⁴³⁵

Isso porque, no tocante à formação da vontade administrativa, como esta necessariamente é o resultado de um processo administrativo, não se concebe a possibilidade de que venham a ocorrer simples erros. Nos casos em que o “desconhecimento ou imperfeito conhecimento de determinada situação de fato ou de Direito”⁴³⁶ conduzir a uma decisão equivocada por parte da Administração, o vício é de ilegalidade no caso de, em virtude do erro, o agente acabar por infringir normas imperativas não intencionalmente.

André Gonçalves Pereira desenvolve o entendimento segundo o qual, no Direito Público, o erro não é um vício de vontade.⁴³⁷ O erro não intencional “não é valorado juridicamente como defeito da vontade, mas unicamente como causa de imperfeição de qualquer dos elementos do ato”.⁴³⁸ Já os erros intencionais praticados pelos agentes públicos aparecem relacionados ao desvio de poder.⁴³⁹

Diante disso, reputa que o erro na formação de vontade da Administração não é um vício autônomo, pois incide sobre os elementos essenciais do ato. O erro será relevante à medida que originar a ilegalidade do ato por defeito no elemento sobre o qual o erro incidiu.⁴⁴⁰ Não é o erro em si que é essencial, e sim o pressuposto do ato sobre o qual ele recai.

No que diz respeito ao co-contratante particular, há de se ter em vista que a contratação administrativa é o resultado de uma sucessão de atos, tanto internos da

⁴³⁵ Essa conclusão se aproxima daquilo que Dominique Pouyaud constatou na jurisprudência administrativa francesa. Segundo a autora, há um número muito maior de casos práticos de nulidades decorrentes da expressão do consentimento do que de vícios de consentimento propriamente ditos (*La nullité...*, ob. cit., p. 139).

⁴³⁶ André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade...*, ob. cit., p. 155.

⁴³⁷ O autor ressalva que esse entendimento aplica-se ao denominado erro-vício, aquele que se verifica na formação de vontade do agente. Admite a possibilidade de ocorrência no Direito Público do denominado erro-obstáculo, que corresponde à divergência entre a vontade e a sua declaração (ob. cit., p. 188).

⁴³⁸ Ob. cit., p. 158.

⁴³⁹ Ob. cit., p. 155.

⁴⁴⁰ Ob. cit., p. 162.

Administração, quanto externos com a participação dos administrados. É nesse processo que vão sendo delineados todos os aspectos do contrato a ser firmado. Diante de todo esse conhecimento prévio que é dado ao particular quanto ao objeto do contrato, é difícil conceber-se a possibilidade de se tutelar as expectativas subjetivas dos sujeitos com relação ao objeto do contrato em detrimento de todo o processo de formação do contrato.⁴⁴¹

Os princípios norteadores da licitação, em especial o de tratamento igualitário dos licitantes, e o regime jurídico de Direito Público em geral impedem que se investigue o que foi determinante para a decisão de contratar no âmbito subjetivo do licitante. Tal elemento subjetivo apenas poderá ser tutelado à medida que significar o melhor atendimento aos princípios da contratação administrativa. Neste caso, a intenção subjetiva do licitante apenas merecerá ser tutelada caso não comprometa o interesse público envolvido na contratação.

Se não houver espaço para que se proceda a uma investigação mais profunda no tocante à aptidão do objeto para a realização do fim subjetivamente visado pelas partes, o mesmo não se passa no que diz respeito à adequação do objeto do contrato para satisfazer o fim público a que a contratação visa a atender. Esta questão será melhor analisada adiante, ao se investigar os vícios que podem recair sobre o objeto do contrato.

Por fim, cabe registrar que, em regra, a anulação por erro atinge todo o negócio jurídico. Isso porque “o erro sobre ‘ponto não-principal’, ou sobre causa remota, ou objeto mediato, não é invalidante”.⁴⁴²

IV.2.2.3. O dolo

Também para o dolo, a sua definição e os requisitos fundamentais são extraídos da legislação e da doutrina civilista.

Tal como no erro, igualmente no dolo há uma equivocada compreensão da realidade que leva a vítima a manifestar consentimento que não corresponde à sua vontade interior. A diferença está em que no erro o engano da vítima decorre de comportamento somente a ela atribuível, pois o equívoco não é provocado. Já no caso do dolo, verifica-se o induzimento por outrem.

⁴⁴¹ O tema é diretamente relacionado com o dever de diligência que recai tanto sobre o particular que contrata com a Administração quanto sobre os agentes administrativos e implica a objetivação da culpa. A questão é objeto de análise específica adiante (v. item IV.2.2.6).

⁴⁴² Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 317.

Nesse sentido, é válido afirmar que o dolo vai além do erro, pois compreende este mais o acréscimo do artifício malicioso que é empregado pelo outro contratante ou por terceiro para obter tal resultado. O dolo e o erro não se confundem à medida que, no caso do dolo, a equivocada representação da realidade não precisa ser substancial para se caracterizar o vício. Basta um engano simples, que até mesmo poderia não ser caracterizado como vício de consentimento se não fosse a atitude ilícita do outro contratante. Disso se extrai a relevância do elemento moral no dolo, maior do que a que se verifica no caso do erro.⁴⁴³

O dolo implica a conjugação de dois comportamentos distintos que constituem o seu duplo fundamento. Por um lado, há o erro decisivo de uma das partes que afasta a autonomia da vontade por ela expressada. Por outro, há o ilícito civil daquele que provocou o erro, comportamento este sancionável por si só.⁴⁴⁴ Viola-se não apenas a autonomia da vontade como também a própria moral.

O dolo implica um mau desígnio, a trama armada para se enganar. Indica uma vontade objetiva de iludir outrem e de causar-lhe prejuízo. Tal maquinação destina-se especificamente a obter uma manifestação de vontade que não seria fornecida pelo declarante caso ele não tivesse sido enganado. Pode-se considerar como sendo manobra dolosa toda aquela tendente a surpreender a parte de modo a fazê-la firmar um contrato, o que não faria sem o ardid.

Daí o conceito de dolo essencial ou substancial que motiva a anulação do negócio por ter sido sua causa determinante (CC, art. 145).

No entanto, o fato de o dolo dever ser determinante, no sentido de ter provocado o consentimento da vítima, não se confunde com o caráter substancial ou não do equívoco. O dolo não precisa recair sobre uma qualidade essencial para justificar a invalidação.⁴⁴⁵

A exemplo do que se passa com relação ao erro, o dolo accidental – aquele que, caso fosse conhecido, não impediria a realização do negócio mas este teria sido concluído de outro modo – não enseja anulação (CC, art. 146). Assim, o dolo não é causa

⁴⁴³ Em razão desse elemento moral, a tendência é de se adotar uma concepção bastante ampla de manobra para incluir todos os comportamentos reprováveis praticados visando à indução da outra pessoa a contratar, compreendendo tanto atos materiais quanto simples afirmações falsas ou ainda omissões que impliquem falsidade por omissão indevida (Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 204).

⁴⁴⁴ Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 324.

⁴⁴⁵ Como afirma Pontes de Miranda: “Basta ao dolo que, se não tivesse havido o engano, quanto ao preço, cláusula penal, garantia, ou promessa de garantia, data de entrega, ou possibilidade de relocação da coisa, não se tivesse concluído o ato jurídico” (*Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 330).

de anulação “quando não influi diretamente na realização do ato, que se teria praticado independentemente da malícia do interessado, porém em condições para este menos vantajosas”.⁴⁴⁶

É usual no Direito Privado de diversos ordenamentos a distinção entre dolo principal e dolo acidental também no tocante à conseqüência do seu reconhecimento. Uma vez constatado o primeiro, poderá ser pleiteada a anulação do negócio. No caso do segundo, ensejará apenas a indenização por perdas e danos com a manutenção do vínculo contratual.⁴⁴⁷

Diante da dificuldade prática de se traçar uma separação nítida entre os casos de dolo principal e os de dolo acidental, a jurisprudência civilista francesa adota como critério principal considerar-se como acidental e não principal o dolo pelo qual se provoca a contratação em condições menos favoráveis. A jurisprudência administrativa francesa igualmente adota esse critério para reconhecer em alguns casos a ocorrência apenas do dolo acidental.⁴⁴⁸ Laurent Richer critica a diferenciação entre estes dois tipos de dolo por reputar tratar-se de procedimento “fundamentalmente ilógico”, pois a vontade de adquirir algo somente tem valor jurídico se for a vontade de adquirir, v.g., por um determinado preço.⁴⁴⁹

Outro requisito é o de que o dolo tenha sido intencional. Há a vontade consciente de colocar ou manter alguém em erro. Daí a relevância para a sua configuração da má-fé, da intenção de fraudar.

No entanto, apesar de quase sempre estar presente, não é pressuposto necessário para a verificação do dolo a intenção de obter vantagem ou a consciência do prejuízo que é causado à vítima.⁴⁵⁰ Importa, destarte, a intenção de enganar e não, necessariamente, a de prejudicar a vítima do dolo. Tanto que a anulação poderá vir a ser pleiteada independente da efetiva ocorrência de dano patrimonial, pois este não é requisito para a caracterização do dolo. Se houver prejuízo efetivo em virtude do dolo, além da anulação do negócio a vítima poderá pleitear o ressarcimento das perdas e danos.

O autor do dolo é um dos co-contratantes, podendo em termos teóricos tanto ser a Administração quanto o particular. A vítima do dolo é o outro co-contratante,

⁴⁴⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 527.

⁴⁴⁷ Esta distinção consta expressamente do nosso Código Civil (art. 146).

⁴⁴⁸ Como exemplo, pode-se mencionar o dolo que conduziu à aceitação de condições mais onerosas do que aquelas que seriam acordadas sem o ardil. Por ser dolo incidental, reconhece-se o direito à indenização pelos prejuízos, sem anular-se o contrato (Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 142).

⁴⁴⁹ Ob. e loc. cit.

⁴⁵⁰ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 332.

cujo consentimento foi dado por erro e tal equívoco foi provocado pelo dolo. Essas definições incluem o dolo dos representantes das pessoas jurídicas, de Direito Público ou privado, que figuram como partes do contrato.

Pode verificar-se o dolo, por exemplo, quando o contratado propositadamente conduz a Administração a atribuir-lhe a qualificação técnica apesar de não preencher as suas exigências.

O dolo exclusivamente de terceiro não contratante não enseja a invalidação a esse título – no entanto, poderá dar causa ao erro de uma das partes se incidir sobre elemento essencial do negócio e, por isso, acarretar a sua anulação. Mas se a manobra dolosa de terceiro for do conhecimento de um dos contratantes e dele se beneficiou, poderá motivar a anulação do negócio (CC, art. 148). Reputa-se nesse caso que a parte que tinha conhecimento do ardil, “se esta não preveniu a outra, compactuou de malícia, e assumiu as conseqüências”.⁴⁵¹ Assim, para que o dolo de terceiro permita a anulação do negócio deverá ter ocorrido a participação do contratante beneficiário na manifestação da vontade defeituosa.

O dolo pode apresentar-se tanto sob a forma ativa quanto omissiva. Quando há o silêncio intencional de uma das partes ou de terceiro acerca de fato ou qualidade de que a outra parte não tenha conhecimento e tendo sido referida omissão causa determinante para a celebração do negócio viciado, estão presentes os requisitos para sua anulação.

É a denominada reticência, o dolo que se manifesta sob a forma omissiva. Exemplo é o equívoco provocado pelo contratado de modo a levar a Administração a se enganar acerca da sua habilitação, ao ocultar alguma das causas que a impediriam.

Ao ter conhecimento do erro em que a outra parte está incorrendo, o beneficiário silencia a esse respeito e obtém proveito da declaração negocial viciada. Portanto, também na forma omissiva a consciência de enganar é necessária para a caracterização do dolo.

Os artifícios que são empregados para se obter a declaração de vontade não podem ser grosseiros, de modo que poderiam ser descobertos por atenção comum. Este é o *dolus bonus* ou inocente, admitido pela moral dos negócios e pelos costumes, tal como

⁴⁵¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 528.

as pequenas malícias empregadas pela publicidade para apregoar as qualidades dos produtos oferecidos sem a intenção de lesar.⁴⁵²

Como não se reconhece o dolo quando se verificar a negligência ou imprudência da suposta vítima, muito dificilmente o dolo que emana do particular contra a Administração é reprimido. Por isso Dominique Pouyaud chega a consignar que o dolo é invocado exclusivamente pelo particular contra a Administração.⁴⁵³

De acordo com os ensinamentos de Pontes de Miranda, são os seguintes os elementos essenciais do dolo: a) a existência de um enunciado de fato que indica um conhecimento de fato certo (e não de evento futuro incerto, mesmo que provável); b) o conhecimento por aquele que o provoca de que se trata de um falso enunciado de fato; c) o conhecimento do efeito que tal declaração falsa provoca na psique da vítima; d) o propósito de indução no sentido de que, a partir de determinado enunciado falso de fato, a vítima manifeste a sua vontade.⁴⁵⁴

Em síntese, o dolo compreende um elemento objetivo, que é o comportamento ilícito de quem quer enganar outrem, e um elemento subjetivo, a intenção de enganar (*animus decipiendi*).⁴⁵⁵

Apesar de ser objeto do presente estudo apenas a formação dos contratos, cabe destacar que o dolo pode também estar presente na execução do objeto contratual. Aliás, é bem mais freqüente nessa fase. Isso porque os procedimentos em torno da formação do contrato praticamente o afastam naquele momento, enquanto no curso da execução do contrato surgiria uma maior tentação de enganar a outra parte.⁴⁵⁶

Com relação ao dolo, os princípios gerais da legislação e da doutrina de Direito Civil são perfeitamente aplicáveis aos contratos administrativos, tanto para a Administração quanto para o particular. Não há razões para que não sejam transpostos.⁴⁵⁷

⁴⁵² No entanto, registra-se uma tendência a se eliminar a distinção entre *dolus bonus* e *dolus malus* para que toda prática dolosa seja sancionada. Segundo Humberto Theodoro Júnior, “A figura do *dolus bonus*, na verdade, tende a desaparecer, porque cada vez mais a concepção moderna das obrigações contratuais impõe a ambos os contratantes o dever de lealdade e boa-fé, devendo prevalecer sobretudo a transparência nas disposições convencionais” (*Comentários...*, v. III, t. I, ob. cit., p. 120). Tal ocorre especialmente nas relações de consumo, nas quais incidem regras rígidas para as informações prestadas ao consumidor.

⁴⁵³ *La nullité...*, ob. cit., p. 129. Apesar disso, de acordo com a anotação de Yves Weber, aparentemente a Administração jamais foi condenada a este título (*La théorie des vices du consentement...*, ob. cit. p. 324).

⁴⁵⁴ *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 332.

⁴⁵⁵ Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p. 421.

⁴⁵⁶ Dominique Pouyaud, ob. cit., p. 125.

⁴⁵⁷ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 538. Sobre a incidência do dolo na formação dos contratos administrativos, vale consultar o texto de Franck Moderne (Permanence et actualité d’une théorie classique: le dol dans la formation des contrats de l’Administration. *Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz* n. 574, p. 91-102, mar. 2001), com ampla referência de jurisprudência.

IV.2.2.4. A coação

A coação ou violência é o constrangimento exercido sobre alguém para que pratique determinado ato jurídico. O ato é executado pelo coagido, sob a influência ou intimidação por parte do coator.

Os seus principais elementos também são extraídos da legislação e da doutrina de Direito Civil. Tal como se verifica com relação aos outros vícios de consentimento, a coação raramente é invocada como causa de anulação dos contatos administrativos.⁴⁵⁸ Muito dificilmente se reconhece a presença da coação e que ela tenha sido determinante e ilegítima.

A coação de que trata o art. 151 do Código Civil, entre os defeitos da vontade nos negócios jurídicos, é a pressão moral ou psicológica (também denominada *vis compulsiva*). A coação exercida por meios físicos ou materiais (identificada como *vis absoluta*) não consiste em vício na manifestação de vontade. Neste caso, constata-se é a ausência de qualquer consentimento para a realização do negócio jurídico pois não há manifestação de vontade do coagido.

No caso da coação, o que se verifica é a ausência do elemento liberdade no consentimento. Enquanto o erro e o dolo atingem o consentimento com relação ao seu elemento intelectual, a coação retira a liberdade do consentimento. Independente de o consentimento ser equivocado ou não, é viciado pelo simples fato de ter sido provocado pela coação.

Para que a coação seja considerada vício da vontade e possa motivar a anulação do negócio, deve ela ter sido causa determinante da sua conclusão. Há de se avaliar, caso não tivesse sido verificada a pressão no caso concreto, se o negócio não teria sido celebrado pelo paciente. Ser determinante significa que a coação deve ser efetivamente comprovada e ter sido concreta, de modo a viciar realmente o consentimento.

Além disso, deve provocar grave, injusto e fundado temor de dano ao paciente. O dano deve ser iminente e considerável, recaindo sobre a pessoa do paciente, sua família ou seus bens. É relevante o aspecto psicológico sob a perspectiva de que a coação deve ter sido suficientemente grave para viciar o consentimento.

⁴⁵⁸ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 132.

A realidade da coação somente pode ser constatada no caso concreto, considerando-se as características pessoais dos envolvidos e a força de resistência da pretensa vítima.⁴⁵⁹ Para tal aferição, conta-se com a análise subjetiva do juiz a partir dos critérios de avaliação previstos no art. 152 do CC.

Diversamente do que se verifica com relação ao dolo, a coação pode se originar tanto de um dos co-contratantes – particular ou Administração – bem como de terceiros. No caso da coação praticada por terceiros, a exemplo do regime aplicável ao dolo, para que o negócio seja considerado viciado exige-se que o contratante beneficiário “dela tivesse ou devesse ter conhecimento” (art. 154 do Código Civil). Exige-se uma co-responsabilidade do contratante a quem o negócio aproveita.

Não está compreendida no conceito de coação a pressão exercida por forças naturais ou circunstanciais, que não tenham sido provocadas pelo beneficiário do negócio viciado. Nestes casos, verifica-se o estado de necessidade e o estado de perigo, expressamente previstos no Código Civil de 2002 como configurativos de situações que podem conduzir a vícios de consentimento.⁴⁶⁰ O que há é um temor espontâneo provocado na vítima por eventos danosos.

O estado de perigo pode ser equiparado à coação por conduzir uma das partes a celebrar contrato em condições que não aceitaria em circunstâncias normais. No estado de perigo o contratante depara-se com a necessidade premente de concluir o negócio por razões alheias à esfera contratual. Em virtude de fatores externos à vontade dos contratantes, a necessidade de realização do negócio conduz ao estabelecimento de condições excessivamente desvantajosas para uma das partes. O que ocorre é que um dos contratantes acaba obtendo vantagem excessiva em decorrência da situação em que o outro se encontra, com a necessidade de remover de imediato a causa do perigo.

A sua configuração é feita considerando-se a desproporcionalidade entre o custo normal do bem ou serviço e aquilo a que a vítima do estado de perigo se comprometeu a entregar como contraprestação. É a onerosidade excessiva em favor de uma das partes que se verifica em negócio que teve como causa o risco de dano a que estava exposta uma das partes. Além disso, exige-se a presença da má-fé do outro contratante, que tem conhecimento do estado de perigo em que a vítima se encontra e dele se aproveita.

⁴⁵⁹ Por esta razão, a Administração fica praticamente impedida de invocar a coação que tenha sofrido do seu co-contratante (ob. cit., p. 134).

⁴⁶⁰ Os arts. 156 e 157 disciplinam os institutos do “estado de perigo” e da “lesão”.

Não cabe uma análise mais aprofundada do estado de perigo no âmbito do presente estudo.

Em primeiro lugar, porque não se trata propriamente de situação em que se verifique vício de consentimento. Como anota Humberto Theodoro Júnior: “Não se detecta na lesão ou no estado de perigo um vício de constituição do negócio jurídico como ato de vontade, mas na sua organização econômica”.⁴⁶¹ O valor que se visa a proteger com este instituto é principalmente a justiça contratual e não propriamente a livre manifestação de vontade dos contratantes.

Depois, há regras especiais para a celebração de contratos pela Administração em tais circunstâncias, o que afasta a possibilidade de se alegar vício de consentimento em virtude destes fatores.

Já a lesão está prevista no art. 157 do Código Civil e tem por pressuposto o elemento objetivo que é o comportamento de alguém que se compromete a prestação manifestamente desproporcional em virtude de premente necessidade ou por inexperiência. O negócio é anulável independente da comprovação da má-fé da parte beneficiada. Apesar de também não se tratar de vício de consentimento, a lesão será objeto de maior detalhamento no item seguinte.

Mas o mais relevante no contexto deste estudo é que a ameaça de dano deve ser ilícita. A coação deve ter sido empregada intencionalmente e ser ilegítima.

O exercício normal de um direito bem como a sua ameaça não são considerados coação, apesar de poderem imprimir o temor na vítima. No entanto, não pode ser admitido o exercício anormal ou irregular de um direito. Nestes casos, também se tem um ato ilícito⁴⁶² e a ameaça que dele decorre é injusta.

Há de se considerar que a multiplicidade de meios legais de que a Administração dispõe avulta as hipóteses de coação legítima por ela praticada. Apesar disso, a Administração não pode utilizar estes instrumentos senão tendo em vista o fim para o qual foram outorgados. Por isso, geralmente será ilegal o emprego dos poderes da Administração para se obter de um particular o consentimento para a conclusão de um contrato.⁴⁶³ O controle de tais atos poderá ser exercido tanto sob o aspecto do desvio de poder quanto sob a perspectiva do vício de consentimento.

⁴⁶¹ *Comentários...*, v. III, t. I, ob. cit., p. 205.

⁴⁶² O art. 187 do Código Civil caracteriza expressamente o abuso de direito como ato ilegal.

⁴⁶³ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 541.

Ademais disso, ainda com relação à Administração, há de se avaliar, apesar do meio empregado, se o resultado final restou incompatível ou não com o interesse público. Se a decisão a ser tomada pela Administração não poderia ter sido outra, não há motivos para invalidá-la.⁴⁶⁴

Já com relação aos particulares, os poucos casos em que se alegou ter ocorrido pressão injusta e determinante para a realização do negócio com a Administração atribuiu-se a suposta coação principalmente a terceiros.⁴⁶⁵

IV.2.2.5. A lesão

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “pode-se genericamente definir lesão o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes”.⁴⁶⁶

A lesão consiste no prejuízo pecuniário provocado pela desigualdade de valor entre as prestações. Para ser caracterizada a lesão, a ausência de equivalência entre as prestações deve ser verificada no momento de conclusão do contrato. Não compreende desequilíbrios ocorridos posteriormente, que são objeto de tratamento diverso.

Nos termos da redação do art. 157 do Código Civil, faz-se necessária para a configuração da lesão a presença do requisito objetivo, que é a manifesta desproporção entre as prestações, e o pressuposto subjetivo, que consiste no fato de um dos contratantes ter dado seu consentimento para o negócio em circunstâncias psicológicas comprometidas em razão da sua inexperiência ou premente necessidade. Além disso, há de se constatar o nexo causal entre os dois elementos, de modo que a inexperiência ou premente necessidade de um dos contratantes tenha sido a causa da conclusão do contrato com manifesta desproporção entre as prestações.

A lesão foi prevista entre os vícios de consentimento dos negócios jurídicos, aptos a ensejar a sua anulação (CC, art. 171, II). No entanto, a invalidação do

⁴⁶⁴ A lição de Héctor Escola é clara nesse sentido: “No que toca à violência, como vício da vontade administrativa, se aceita que a violência, força ou intimidação, exercidas contra o funcionário administrativo ou contra os que integram o órgão administrativo que deve adotar a decisão, vicia a vontade administrativa, pois em tais condições o funcionário ou o órgão coagidos não geram vontade administrativa eficaz. Sem embargo, se a vontade expressada em tais condições coincide com o interesse público comprometido no caso, se a deve considerar válida e eficaz, pois não havia nenhuma razão que justificava seu desconhecimento” (*Compendio de Derecho Administrativo*. V. II. Reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 620). Aldo Sandulli manifesta-se nesse mesmo sentido (*Manuale di Diritto Amministrativo*, ob. cit., p. 700).

⁴⁶⁵ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 540.

⁴⁶⁶ *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 544.

negócio não é necessariamente o conseqüente da constatação da lesão. Admite-se o aproveitamento do negócio “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito” (CC, art. 147, §2º).

A lesão por usura é reprimida penalmente de há muito. Corresponde ao delito de usura real, previsto na Lei nº 1.521/51 e regulamentado pelo Decreto nº 48.456/60. Pressupõe o elemento subjetivo de abuso da “premente necessidade, inexperiência ou leviandade” de alguém (é o dolo de aproveitamento) e o elemento objetivo da desigualdade entre as prestações de modo que, nos termos da legislação, uma das partes aufera lucro superior a um quinto ou 20% da contraprestação da outra parte.

Com tal tipificação penal, independente da sua previsão no Código Civil o instituto da lesão foi recepcionado pois, uma vez presentes os pressupostos do delito de usura, era possível invalidar o contrato em razão da ilicitude do seu conteúdo.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor veio a qualificar como “nulas” as cláusulas abusivas estipuladas em contratos de consumo (Lei nº 8.078/90, art. 51, IV).

Por força da Medida Provisória nº 2.172-32, de 23.8.2001, houve expressa consagração do instituto da lesão como causa de nulidade dos negócios jurídicos usurários em geral, não regulados pela legislação comercial e consumerista.⁴⁶⁷

Com a previsão pelo Código Civil de 2002 da “lesão” entre os vícios de consentimento e causa de anulabilidade dos negócios jurídicos, instaurou-se uma certa controvérsia na doutrina acerca da natureza deste instituto.

Para Álvaro Villaça Azevedo, o instituto previsto no capítulo atinente aos defeitos dos negócios jurídicos passível de ocasionar a anulabilidade dos negócios jurídicos é a denominada doutrinariamente de lesão-vício.⁴⁶⁸ Como se indicou anteriormente, a lesão-vício implica a anulabilidade dos contratos celebrados em estado

⁴⁶⁷ Art. 1º da Medida Provisória nº 2.172-32: “São nulas de pleno direito as estipulações usuárias, assim consideradas as que estabeleçam: II – nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido. Parágrafo único. Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas.” Em razão da Emenda Constitucional n. 32, de setembro de 2001, as medidas provisórias que haviam até então sido editadas permanecem em vigor até a sua expressa revogação ou deliberação definitiva a respeito da matéria pelo Congresso Nacional.

⁴⁶⁸ *Código Civil comentado*, v. II, ob. cit., p. 236.

de premente necessidade. De acordo com o doutrinador, consiste em figura diversa da lesão enorme ou objetiva e da lesão por usura, que são causas de nulidade dos negócios.

A lesão enorme ou objetiva resulta de grave desequilíbrio contratual de modo que um dos contratantes tem muito mais benefícios e o outro maior desvantagem. Com a manifesta desproporção, é rompida a relação fundamental de comutatividade que deve estar presente em todos os contratos.

No caso da lesão enorme, o vício é apurado apenas objetivamente, aferindo a grande desproporção entre as prestações com as quais cada uma das partes se compromete. O prejuízo deve estar relacionado com o objeto principal do contrato e não com as prestações acessórias. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, “causado o prejuízo, estabelecido o nexo de causalidade e ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualdade entre os contratantes”.⁴⁶⁹ Já a lesão prevista no art. 157 do Código Civil é configurada também em termos subjetivos, dando ênfase ao estado da vítima no momento da formação do seu consentimento.

Na obra de Caio Mário da Silva Pereira, consigna-se que a “lesão” prevista no art. 157 do Código Civil de 2002 é a generalização do mesmo instituto da lesão por usura que já estava previsto em nosso ordenamento como crime contra a economia popular.⁴⁷⁰ Abandonou-se o critério do tarifamento, segundo o qual apenas eram considerados usurários os negócios nos quais o lucro percebido fosse superior a um quinto da contraprestação paga pela outra parte (Lei nº 1.521/51, art. 4º, *b*).

No Direito Civil, a lesão apresenta natureza dúplice. Para alguns, a sua natureza é objetiva e diz respeito à causa ou ao objeto do negócio jurídico. Para outros, é de natureza subjetiva, pois somente um vício de consentimento poderia justificar a aceitação de um contrato lesionário.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a lesão não é unicamente um vício de consentimento. Este instituto compreende um elemento subjetivo, que consiste no dolo de aproveitamento de um dos contratantes, e um elemento objetivo consistente da assunção por uma das partes de “obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.⁴⁷¹ Por isso, situa a lesão “na zona limítrofe dos vícios do

⁴⁶⁹ Ob. e loc. cit.

⁴⁷⁰ *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 545.

⁴⁷¹ Ob. cit., p. 545.

consentimento” por ser um defeito do negócio jurídico mas com estrutura diversa da dos demais vícios de consentimento.⁴⁷²

No Direito Administrativo, igualmente há divergências doutrinárias quanto ao enquadramento da lesão.

Gaston Jèze defendeu ser a lesão um vício de consentimento no Direito Público. Formou seu entendimento ao analisar os contratos celebrados durante a 1ª Guerra Mundial, sob a justificativa de que, para assegurar o bom funcionamento dos serviços públicos e atender às exigências urgentes da própria defesa nacional, a Administração acabava celebrando contratos sem que pudesse discutir mais demoradamente os preços. Acabava não resistindo às pretensões de lucros excessivos dos fornecedores que detinham os monopólios. De acordo com o autor, tais contratos teriam sido formados com vício de consentimento do poder público e, por isso, deveriam ser invalidados.⁴⁷³

Conforme Benoît Plessix, a lesão não consiste em vício de consentimento nos contratos administrativos.⁴⁷⁴

Segundo o doutrinador, a noção de consentimento viciado é empregada para se censurar os comportamentos reprováveis verificados no momento em que há o encontro dos consentimentos das partes contratantes. Regula-se assim esse exato instante em que a Administração e o particular encontram-se frente a frente e que não constitui uma das fases do procedimento de contratação pública que é estritamente enquadrado por normas objetivas.⁴⁷⁵ Ocorre que a lesão não diz respeito à moralidade contratual no momento da troca de consentimentos.

A lesão não é, no Direito Administrativo, causa de rescisão.⁴⁷⁶ Não é compatível com o regime jurídico das contratações administrativas que as partes

⁴⁷² Ob. cit., p. 546.

⁴⁷³ *Principios generales...*, t. III, ob. cit., p. 211-219.

⁴⁷⁴ *L'utilisation...*, ob. cit., p. 212-213.

⁴⁷⁵ Ob. cit., p. 212.

⁴⁷⁶ Nesse sentido, André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 542-543; Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 323-324. No entanto, cabe ressaltar que a doutrina administrativa francesa – e, ao que se infere, também a jurisprudência – rejeitam a lesão como vício de consentimento nos contratos administrativos por se tratar de vício não admitido também no Direito Civil, a não ser em casos excepcionais expressamente previstos pela legislação. Assim, parece haver mais uma não aplicação em razão da transposição de regimes jurídicos sem que seja avaliada propriamente a compatibilidade do instituto da lesão com o regime jurídico-administrativo dos contratos. Dominique Pouyaud atribui a não aplicação da lesão como causa de invalidação no Direito Administrativo pelo fato de ser considerado vício de consentimento, que é sempre tratado com muitas ressalvas e cautelas pelos juízes administrativos. A doutrinadora propõe que a análise da lesão sob a perspectiva objetiva, relacionada com a causa ou o objeto do contrato, e não no seu aspecto subjetivo, como vício de consentimento, poderia lhe trazer maiores possibilidades de aplicação no Direito Público (*La nullité...*, ob. cit., p. 138). No Direito argentino, Cassagne (encampando a lição de Marienhoff) sustenta que a lesão não pode ser invocada como causa de rescisão pelo Estado, por este já se encontrar devidamente

invoquem a lesão como vício de consentimento para o fim de obter a extinção do contrato.⁴⁷⁷

Isso não significa que o Direito Administrativo não se preocupe com a justiça contratual. Aliás, o seu interesse em manter uma paridade relativa entre as prestações contratuais fica bastante claro com o desenvolvimento de institutos tais como o direito ao equilíbrio econômico-financeiro e a teoria da imprevisão. No entanto, a principal diferença entre a lesão e estes outros institutos é o momento em que ocorre o rompimento do equilíbrio entre as prestações e as contraprestações.

Os diversos pressupostos motivadores da recomposição de preços no curso da execução dos contratos administrativos – teoria da imprevisão, modificação unilateral do contrato etc. – têm aplicação apenas aos eventos ocorridos ou que somente puderam ser constatados posteriormente à formação do contrato ou apresentação da proposta.⁴⁷⁸ E a sua consequência é a recomposição do equilíbrio contratual, não sendo causa de invalidação. Não consistem em defeitos dos elementos constitutivos do negócio.

Contrariamente, através do instituto da lesão procura-se reprimir o vínculo contratual que já é formado de modo desequilibrado. Desde a conclusão do negócio verifica-se tal defeito e, por isso, poderá ser causa de sua anulação.

Embora nos dois casos o bem tutelado seja a justiça contratual, os princípios norteadores da atividade administrativa, em especial os que aplicáveis à contratação pública, impedem que o desequilíbrio entre as prestações seja tratado de modo uniforme.

IV.2.2.6. Considerações finais

Numa teoria do Direito puramente consensualista, os vícios de vontade têm importância fundamental. Essa é a matriz do Direito Civil essencialmente liberal, para o

protegido no regime público do contrato administrativo. Porém, admite que o particular alegue a lesão para obter a rescisão contratual (*El contrato administrativo*, ob. cit., p. 66).

⁴⁷⁷ O que não se confunde com o fato de que o justo valor do objeto do contrato pode ser considerado requisito de validade do contrato à medida que é passível de questionamento via ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 3º).

⁴⁷⁸ A imprevisibilidade dos fatos que ensejam o exercício do *ius variandi* abrange também eventos ocorridos anteriormente à formação do contrato mas cujo conhecimento pelas partes era impossível. A propósito do conceito de *fatos imprevistos*, Fernando Vernalha Guimarães ensina que “tais *fatos* não necessariamente tenham que ter existido após a contratação, tendo que ser supervenientes à contratação ou à apresentação da proposta no âmbito da licitação. Admite-se como pressuposto à alteração do contrato, desde que só puderam ser conhecidos pela Administração após aquela (a contratação/apresentação de proposta)” (*Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 169).

qual o simples consenso era suficiente para a formação do contrato e era apto a suprir inclusive outros defeitos que porventura apresentasse a avença.

Mas já no Direito Civil essa noção é amenizada ao se levarem em consideração outras regras de natureza moral e ao se proceder à ponderação quanto à gravidade do vício para contrapô-lo à necessidade de estabilização das convenções. Vale destacar que, no Direito Público, atribui-se ainda maior importância à segurança jurídica nas relações entre Administração e administrados.

Por isso, é noção assente na doutrina que no Direito Administrativo os vícios de consentimento encontram menor receptividade com relação ao que se verifica no Direito Privado,⁴⁷⁹ ao ponto de se lhes reconhecer apenas um lugar secundário ante os demais requisitos de validade dos contratos.⁴⁸⁰ Os vícios de consentimento são invocados com pouca frequência no Direito Público e ainda mais raramente são acolhidos, sendo aceitos apenas nos casos em que se configuram mais flagrantemente.

Partindo-se da premissa da aplicabilidade da teoria dos vícios de consentimento para as pessoas públicas, pode-se cogitar de algumas possíveis razões para a sua incidência restrita.

Os motivos que sobressaem numa primeira análise são diretamente vinculados às circunstâncias fáticas. Diante da complexidade e formalismo do rigoroso procedimento de elaboração do contrato, desdobrado em diversas etapas que contam com a participação dos contratantes, minimiza-se a possibilidade de o consentimento ser viciado.

Também não se pode deixar de aventar que a própria presença da pessoa pública produz importantes reflexos relevantes sob o ponto de vista prático. O primeiro deles é o de que a Administração encontra-se menos sujeita ao erro por ser melhor informada e ter condições de se defender. Ademais disso, a presença da pessoa pública também limita a possibilidade de ser provocado erro do particular, pois muito dificilmente a Administração utilizar-se-ia de dolo ou de coação.⁴⁸¹

Porém, não se pode deixar de cogitar razões também sob o ponto de vista jurídico que impedem uma ampla adoção da teoria dos vícios de consentimento para os contratos administrativos.

⁴⁷⁹ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 106; Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 328-332;

⁴⁸⁰ Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 128.

⁴⁸¹ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 107.

A questão diz respeito à procedimentalização da atividade administrativa. A vontade da Administração submete-se a um processo de formação, caracterizado como um processo administrativo.⁴⁸² A vontade da Administração, manifestada pelo seu agente competente para tanto em momento oportuno, é o resultado de um processo desenvolvido na esfera administrativa.⁴⁸³

Disso decorre o que se denomina objetivação da vontade administrativa.⁴⁸⁴ Em sua essência, a vontade da Administração se apresenta desvinculada de alguma vontade interna. A própria formação da vontade administrativa é um processo externo, sujeito aos princípios norteadores da atividade administrativa e à fiscalização pertinente.⁴⁸⁵

Como consequência da inviabilidade de se analisar a vontade interna da Administração em termos subjetivos, dissociada daquela vontade que foi exteriorizada, verifica-se uma diversidade dos resultados atingidos entre a jurisprudência das questões de Direito Privado e de Direito Administrativo. A tendência é de não se verificar a pronúncia de nulidade de contratos administrativos por inaptidão do objeto para realizar o fim efetivamente visado pelas partes tendo por fundamento a vontade interna dos contratantes. É mais compatível com o regime jurídico dos contratos administrativos a apreciação apenas da vontade expressamente declarada no contrato para se aferir a aptidão do objeto.⁴⁸⁶

⁴⁸² Sobre a necessidade de processo administrativo para a formação da vontade da Administração, v. título V.

⁴⁸³ Por esse motivo, Héctor Escola reconduz o consentimento nos contratos administrativos aos requisitos de procedimento e competência. Com as palavras do autor: “Todo o processo de formação da vontade administrativa está juridicamente regulado por normas de distinto nível, ordenamento no qual não apenas se determinam os órgãos administrativos que necessariamente devem intervir, senão inclusive os limites e a extensão de tal participação e o valor decisório ou de assessoramento de cada uma dessas intervenções. O fato de que a formação e a expressão da vontade administrativa está normativamente regulado, dá lugar a que as transgressões a dito ordenamento se traduzam, em geral, em verdadeiros vícios, que afetam a validade e a eficácia de dita vontade. O consentimento, com efeito, se resolve em uma questão de procedimento e competência” (*Compendio de Derecho Administrativo*, v. II, ob. cit., p. 619).

⁴⁸⁴ “No Direito Administrativo há uma objetivação da vontade. O que realmente importa é que a declaração externada, o conteúdo do ato, tenha sido proferida por agente capaz, competente, e, especialmente, que cumpra a finalidade legal” (Silvio Luís Ferreira da Rocha. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 25, p. 54, 1999).

⁴⁸⁵ Decorrência disso é que se pode aludir à falta de consentimento do contratante quando se deixou de observar totalmente o procedimento legal previsto para a formação da vontade administrativa (por exemplo, quando se exige decisão colegiada, a deliberação foi tomada sem *quorum*) (Roberto Dromi, *Licitación pública*, ob. cit., p. 49).

⁴⁸⁶ Ressalvando-se a análise da legitimidade do objeto do contrato sob as várias outras perspectivas possíveis que não a de erro indireto como vício de consentimento, o que será visto adiante (v. item IV.2.3).

Essa objetivação da culpa no Direito Administrativo tem sua razão de ser no dever de diligência que recai sobre as partes de uma relação contratual jurídico-administrativa. Como ensina Marçal Justen Filho:

“A relevância das atividades administrativas produz o surgimento de um dever objetivo de diligência, que alcança tanto o particular que contrata com a administração como os próprios agentes administrativos. O sujeito não pode invocar em seu favor a ignorância ou a imprudência quando assume a responsabilidade de satisfazer necessidades coletivas. A diligência é avaliada não segundo o padrão clássico do ‘bom pai de família’, mas em vista da profissionalidade e da funcionalidade que impregnam a função administrativa.”⁴⁸⁷

Em razão destes fatores, o que se pode constatar é que a teoria dos vícios de consentimento do Direito Privado é aplicada com variações e adaptações no Direito Administrativo. O campo de aplicação desta teoria acaba sendo mais restrito no Direito Público.

Nesse sentido, Yves Weber constata que todos os vícios de consentimento passaram por uma limitação ao serem empregados nos contratos administrativos.⁴⁸⁸

Com relação ao erro, há maiores restrições quando se trata do erro indireto. Este é menos relevante no Direito Administrativo, como expõe Yves Weber, porque a sua aferição implica a apreciação da vontade das partes sob duas perspectivas: aquela formalmente exteriorizada no contrato, analisada através de parâmetros objetivos, e a vontade interna, eminentemente subjetiva.⁴⁸⁹

Além dos aspectos estritamente vinculados à análise da vontade interna das partes, também são verificadas aplicações mais restritas da teoria dos vícios de consentimento sob outras perspectivas.

A doutrina administrativa francesa afere que, apesar de tanto a jurisdição civil quanto a administrativa recusarem-se a aceitar o erro sobre o valor,⁴⁹⁰ mesmo assim no âmbito do Direito Público há um tratamento mais rigoroso. O juiz civil admite ser causa de anulabilidade o erro quanto ao valor quando o equívoco decorre, na realidade, de erro sobre as qualidades essenciais do objeto. Porém, da jurisprudência administrativa

⁴⁸⁷ *Curso...*, ob. cit., p. 368.

⁴⁸⁸ *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 329.

⁴⁸⁹ Ob. cit., p. 329.

⁴⁹⁰ Recorde-se que a lesão não é reconhecida pelo Direito Civil francês como causa de anulação tal como é admitida no Direito nacional – tanto pela previsão nas legislações especiais quanto pela cláusula geral do Código Civil de 2002.

pode-se constatar que inclusive esse tipo de erro é rejeitado.⁴⁹¹ Também sob esse aspecto verifica-se ser mais restritiva a aplicação administrativa do erro sobre o preço.

Cabe observar que outra diferenciação impõe-se com relação ao erro de Direito. Como se expôs anteriormente, há uma nítida tendência no Direito Civil no sentido de se ampliar a admissibilidade do erro de Direito como causa de invalidação dos negócios. Já para as contratações administrativas em regra não se aceita tal erro, sob a alegação de que aqueles que negociam com a Administração devem ter conhecimento das regras que disciplinam a atividade administrativa.

No âmbito dos contratos administrativos, é recorrente a afirmação no sentido de que os contratantes seriam “jogadores” habilitados o suficiente para calcular os riscos que estão assumindo ao contratar.⁴⁹²

A partir disso, pode-se verificar uma nítida tendência de objetivação dos vícios de consentimento ao se transpor a teoria civilista para o Direito Administrativo.

A doutrina francesa expõe alguns motivos para essa marginalização dos vícios de consentimento.

A finalidade de tal objetivação, conforme Yves Weber, é a de privilegiar a segurança jurídica.⁴⁹³ De acordo com o doutrinador, procura-se afastar as apreciações subjetivas da vontade interna das partes contratantes no Direito Administrativo como forma de se garantir a estabilidade dos contratos.

Essa tendência de se privilegiar a manutenção dos contratos administrativos está diretamente relacionada com o seu objeto. Deve-se ao fato de as convenções visarem ao atendimento do interesse público, não raramente ao próprio funcionamento do serviço público, com relação ao qual se procura assegurar a sua continuidade.⁴⁹⁴ O autor conclui que o que funda a teoria administrativa dos vícios de consentimento e o que a objetiva é próprio interesse público, que seria a justificativa para o privilégio que se dá para a segurança jurídica nestes contratos.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 330. O autor cita como exemplo a não admissão pelo juiz administrativo da ocorrência de erro como vício de consentimento ao se ofertar determinado preço tendo em vista a execução de serviços diversos daqueles que eram objeto da licitação (ob. e loc. cit.).

⁴⁹² Yves Weber, *La théorie des vices du consentement...*, ob. cit., p. 338.

⁴⁹³ Ob. cit., p. 334.

⁴⁹⁴ Ob. cit., p. 337.

⁴⁹⁵ Ob. cit., p. 340.

Nesse mesmo sentido, é o interesse na manutenção do vínculo contratual o que, segundo Dominique Poyuaud, justifica uma aplicação pouco voluntarista e subjetivista da teoria dos vícios de consentimento pelo juiz administrativo.⁴⁹⁶

No entanto, Benoît Plessix não reputa que a justificativa para o pouco acolhimento dos vícios de consentimento nos contratos administrativos esteja numa preferência pela segurança jurídica e continuidade do serviço público. É certo que o Direito Administrativo não aproveitou todo o potencial das regras civilistas que importou para a formulação da sua teoria dos vícios de consentimento. O autor também não deixa de constatar que, em alguns precedentes, privilegiou-se a continuidade do contrato e da prestação do serviço público em detrimento da proteção daquele cujo consentimento não foi corretamente manifestado.

Mas esse não é o objetivo único e exclusivo, não podendo ser considerado o centro da teoria dos vícios de consentimento. Segundo o autor, o objetivo da aplicação da teoria não se distancia daquele visado pelo Direito Privado, qual seja, privilegiar a lealdade e a moralidade contratuais condenando comportamentos reprováveis no momento da troca de consentimentos. Constitui um *plus* com relação à disciplina de Direito Administrativo para a matéria, pois esse exato momento não é objeto de regulação pelas normas de contratação pública.⁴⁹⁷

No mesmo passo, Laurent Richer ressalva que deve ser visto com cautela este tipo de afirmação no sentido de que o juiz administrativo privilegiaria a estabilidade dos contratos e, por isso, procederia a uma objetivação da teoria dos vícios de consentimento. Assevera que tal conclusão teria sido fundada sobretudo num único precedente jurisprudencial.⁴⁹⁸ De acordo com o autor, ao se analisar o conjunto da jurisprudência administrativa, não se pode afirmar que ela marginalizaria os vícios de consentimento em nome da estabilidade dos contratos.⁴⁹⁹

Outra afirmação doutrinária por muitos compartilhada foi a formulada por Roland Drago, segundo a qual a teoria dos vícios de consentimento nos contratos administrativos seria pouco importante e pouco significativa porque os juízes administrativos evitariam recorrer em demasiado às noções de Direito Civil. No entanto, Benoît Plessix discorda desse entendimento afirmando que, na realidade, houve expressa

⁴⁹⁶ *La nullité des contrats administratifs*, p. 139.

⁴⁹⁷ *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, p. 209-212.

⁴⁹⁸ “Arrêt” de 1 de dezembro de 1976, *Berezowski* (*Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 144).

⁴⁹⁹ Ob. e loc. cit.

e formal recepção dos dispositivos que regulam a matéria na codificação civil pelo juiz administrativo.⁵⁰⁰

Reputamos que um argumento definitivo, apto a abranger todos os aspectos anteriormente apontados para a relativa imprestabilidade da teoria dos vícios de consentimento com relação à Administração, é a de que a vontade da pessoa pública é uma vontade procedimental, devendo ser formada com a observância de uma sucessão de atos previamente estabelecidos.⁵⁰¹ Acrescente-se a isso os aspectos formalistas da contratação administrativa e o dever de diligência daqueles que contratam com a Administração para que sejam drasticamente restringidas as hipóteses de aceitabilidade dos vícios de consentimento.

IV.2.3. Vícios do objeto

De acordo com os ensinamentos de Péquignot, “o objeto de um ato jurídico é o efeito produzido por este ato. O objeto do contrato consiste na criação de obrigações”.⁵⁰² É o comportamento a que se obrigam as partes ao celebrar o contrato.

A doutrina civilista traça a distinção entre o objeto imediato e o objeto mediato buscado pelas partes.

O objeto imediato é de aceção mais concreta e corresponde a um ato material. É a coisa, o serviço, o preço em si que as partes visaram obter ao celebrar o negócio.

Por sua vez, o objeto mediato é mais abrangente. Abarca a situação jurídica produzida pelo objeto imediato, que é o vínculo que se forma entre as partes. O que os contratantes pretendem diretamente é o objeto imediato, através do qual se atinge a situação jurídica que consiste no objeto mediato.

Também das construções doutrinárias de Direito Civil extrai-se a diferenciação proposta por alguns entre o objeto e o conteúdo do ato. Nessa aceção, o objeto é concebido de forma mais restrita, referindo-se apenas ao objeto imediato do

⁵⁰⁰ *L'utilisation...*, ob. cit., p. 207.

⁵⁰¹ Por esse motivo, Giannini indica que a jurisprudência italiana afastou as figuras do excesso de poder daquela dos vícios de vontade de modo a restringir a última aos particulares, por se referir à vontade em sentido psicológico, e reservar o excesso de poder para as pessoas públicas (*Diritto Amministrativo*, v. II, ob. cit., p.752).

⁵⁰² *Théorie générale...*, ob. cit., p. 230.

negócio. Já o objeto mediato, a relação jurídica que se forma, é identificado como sendo o “conteúdo” do negócio.

Para o presente estudo, considerar-se-á objeto tanto o imediato quanto o mediato. Serão analisados os requisitos para a validade do objeto do negócio jurídico em sentido amplo, considerando-se a coisa negociada e a situação jurídica formada a partir da relação contratual.

Em título diverso analisa-se o conteúdo do contrato administrativo. São investigadas as demais cláusulas da avença que não aquelas definidoras do objeto do contrato.⁵⁰³

Os requisitos gerais para o objeto dos negócios jurídicos são a licitude, a possibilidade e a determinação ou determinabilidade.⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵ Além disso, como bem alerta Floriano de Azevedo Marques Neto, o objeto dos contratos administrativos deve necessariamente atender à finalidade pública.⁵⁰⁶ Com relação ao objeto, mais relevantes do que os requisitos estabelecidos pelo Direito Privado é a adequação do objeto contratual ao exercício da atividade administrativa.

Cabe ressaltar que, em momento logicamente anterior à verificação das qualidades que deve ter o objeto, deve ser constatada a sua existência. Diversamente da ilegalidade do objeto é a sua própria ausência. Esse aspecto atinente ao objeto contratual diz respeito à ausência de causa, a qual é analisada adiante.

⁵⁰³ Ao se diferenciar o objeto do conteúdo do contrato, adota-se conceito de objeto mais restrito do que aquele proposto pela parcela da doutrina que sustenta que, para se identificar o objeto do contrato, faz-se necessário analisar as suas cláusulas e todas as disposições, mesmo tácitas, que a sua execução implica. Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo define que “por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo” (*Negócio jurídico*, ob. cit., p. 134).

⁵⁰⁴ Referidos requisitos encontram-se assim estipulados em nosso Código Civil: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

...

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”

⁵⁰⁵ Há autores que incluem entre os requisitos do objeto a necessidade de que seja apreciável economicamente. É esse o entendimento, por exemplo, de Orlando Gomes (*Introdução...*, ob. cit., p. 368), Álvaro Villaça Azevedo (*Código Civil comentado*, v. II, ob. cit., p. 48) e Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 3 – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30). Apesar de a doutrina civilista francesa incluir entre as características que deve apresentar o objeto a de “interesse para o credor”, ressalva que referido interesse não precisa ser necessariamente avaliável economicamente (cf. André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 551).

⁵⁰⁶ O edital: exigências possíveis e necessárias para licitar. In: Maria Garcia (Coord.). *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 95. Como destaca o autor, mais relevante do que analisar as especificações técnicas e os quantitativos – especialmente em decorrência do *ius variandi* –, “para descobrirmos o objeto num contrato administrativo faz-se mister perquirir qual a finalidade (necessariamente pública) que se persegue com ele” (ob. cit., p. 96).

IV.2.3.1. Possibilidade do objeto

A noção de possibilidade do objeto do contrato administrativo não se diferencia daquela aplicável ao Direito Civil.

A impossibilidade do objeto frustra a realização material do negócio jurídico pois é equiparada à própria ausência do objeto.⁵⁰⁷ A impossibilidade do objeto pode ser tanto na acepção material quanto jurídica.

A impossibilidade material é a que se verifica com relação à realidade dos fatos e diz respeito à própria natureza do objeto. É a prestação inviável de ser realizada fisicamente, tal como a entrega de bem infungível que já desapareceu.

Já a impossibilidade jurídica verifica-se quando existe vedação legal para que determinado objeto seja transacionado, tal como ocorre com as coisas fora do comércio ou atentatórias à moral e aos bons costumes. A possibilidade jurídica do objeto é estreitamente vinculada à sua legalidade.

A impossibilidade do objeto é absoluta quando é inviável a sua realização por qualquer pessoa. A coisa prometida não pode ser executada ou a prestação assumida não pode ser realizada por ninguém. Considera-se ser relativa a impossibilidade quando aquele que deve cumprir a obrigação não pode executá-la, apesar de poder ser realizada por outrem. É causa de invalidade do negócio apenas a impossibilidade absoluta.

Cabe a verificação da impossibilidade no momento de conclusão do contrato. A impossibilidade física ou jurídica deve já existir no momento da sua conclusão. A impossibilidade superveniente não é causa de nulidade (conforme o caso, poderá ensejar a resolução da avença). A superveniência da impossibilidade gera efeitos no plano da eficácia do contrato e não no da validade.

Em princípio, somente a impossibilidade total é causa de invalidação. É viável reconhecer-se a impossibilidade apenas parcial do objeto e cindi-lo. Com isso, mantém-se o vínculo contratual restringindo-se seu objeto.⁵⁰⁸

IV.2.3.2. Determinação do objeto

Exige-se, outrossim, a determinação do objeto como condição de validade do contrato.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 487.

⁵⁰⁸ Sobre a possibilidade de invalidação apenas parcial do contrato e dos requisitos a serem observados, v. o III.4.7.

⁵⁰⁹ Nesse sentido é a determinação expressa do Tribunal de Contas da União: “Segundo a Súmula 177 do TCU, a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até

No Direito Civil, esse requisito é compreendido de forma ampla. Reputa-se suficiente que o objeto seja determinável, isto é, passível de determinação no momento da execução do contrato.

No Direito Administrativo, igualmente o objeto do contrato deve estar determinado desde o início ou, quando menos, passível de determinação de modo que seja determinado no momento de sua execução (o que se verifica especialmente com relação às quantidades nos contratos de fornecimento). Aliás, pode-se afirmar que, como consequência da minuciosa regulação legal e da especificação no contrato, o objeto dos contratos administrativos acaba sendo muito melhor determinado do que se verifica em regra nas relações privadas.

O art. 55, inc. I, da Lei nº 8.666/93 elenca entre as cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos a que estabeleça “o objeto e seus elementos característicos”.

Mas a definição do objeto do contrato é realizada anteriormente, na fase interna da licitação. Nesse ponto, cabe destacar a relevância dos projetos produzidos nesta etapa.

O projeto básico é obrigatório, mesmo nas hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. É com a sua elaboração que se assegura a viabilidade técnica da solução concebida e se permite o detalhamento dos métodos e prazos de execução, necessários para a correta elaboração de propostas pelos interessados. O projeto básico permite a avaliação dos custos envolvidos na contratação, levantamento esse necessário para o correto planejamento financeiro da entidade contratante.

De acordo com a Lei nº 8.666/93,⁵¹⁰ o projeto básico deve acompanhar o ato convocatório e é considerado parte integrante deste.

As informações do projeto básico vão determinar todos os atos posteriores. Daí que a sua ausência ou elaboração defeituosa são aptas a viciar os atos subsequentes, inclusive o contrato.⁵¹¹

mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação. Na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada é essencial à definição do objeto” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 2. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003, p. 199).

⁵¹⁰ Art. 7º, §2º, inc. I; art. 40, §2º, inc. I.

⁵¹¹ Isso é expressamente reconhecido pelo Tribunal de Contas da União:

“O projeto básico, além de ser peça imprescindível para execução de obra ou prestação de serviços, é o documento que propicia à Administração conhecimento pleno do objeto que se quer licitar, de forma detalhada, clara e precisa. Deve permitir ao licitante as informações necessárias à boa elaboração de sua proposta, mediante regras estabelecidas pela Administração, a que estará sujeito.

Para as licitações de obras, exige-se também a elaboração do projeto executivo. Se este já existir por ocasião da publicação do instrumento convocatório, deverá ser indicado o local onde pode ser consultado e adquirido pelos interessados. Existe a possibilidade de o projeto executivo ser desenvolvido posteriormente pelo próprio contratado ou por terceiro, por ocasião da execução da obra. Porém, este dever do contratado deverá estar expressamente previsto no instrumento convocatório inclusive para que seja levado em consideração para a elaboração das propostas.

No caso das licitações para compras, faz-se necessária a exata descrição do bem a ser adquirido inclusive com a indicação da quantidade a ser entregue e do prazo para a execução.⁵¹²

Por outro lado, o objeto do contrato administrativo não é imutável – tal como se apresenta em regra nos contratos privados. A Administração não se encontra estritamente vinculada àquelas obrigações especificadas no momento de conclusão do contrato pois pode modificá-las unilateralmente. O imperativo de definição do objeto contratual, de extrema relevância no momento de formação da avença, adquire contornos diversos no curso da execução do contrato diante da possibilidade de sua mutação, inclusive unilateralmente.⁵¹³

Por tudo isso, a regra da determinação do objeto acaba sofrendo sensíveis alterações no Direito Público.⁵¹⁴

Como por objeto do contrato entende-se o próprio objeto da obrigação contratual, o que deve estar determinado desde o início não é apenas a prestação material em si do contrato. O objeto inclui também a determinação do preço das prestações, que é

Em qualquer licitação de obras e serviços, se o projeto básico for falho ou incompleto, a licitação estará viciada e a contratação não atenderá aos objetivos da Administração” (Tribunal de Contas da União, *Licitações e contratos: orientações básicas*, ob. cit., p. 46).

⁵¹² Lei nº 8.666/93, art. 14, *caput*.

⁵¹³ Cabe ressaltar que o poder de modificação contratual apresenta diversos limites, sendo que um deles é a vedação da alteração da natureza do objeto do contrato. Ao expor tal limitação, Fernando Vernalha Guimarães alude à “vedação à transfiguração essencial do objeto”, em razão da qual “impede-se a desnaturação de aspectos do objeto do contrato (mediato e imediato) que lhe retirem a origem. Ou seja, a Administração, no uso da competência *variandi*, não pode ir a ponto de modificar a essência do objeto contratado, desnaturando-o. Há de se preservar um núcleo mínimo na qualidade do objeto. Não se pode, sob o título da competência *variandi*, impor-se ao co-contratante modificação de tal natureza que acabe por converter o objeto em ‘novo objeto’. Isso ofenderia o *princípio da obrigatoriedade da licitação*, além de arrancar direitos do co-contratante” (*Alteração unilateral do contrato administrativo*, ob. cit., p. 274).

⁵¹⁴ Georges Péguy, *Théorie générale...*, ob. cit., p. 231.

o objeto da obrigação para uma das partes. Nesse sentido, há dispositivo expresso na Lei nº 8.666 estipulando a obrigatoriedade de o preço ser determinado.⁵¹⁵

IV.2.3.3. Legalidade do objeto

No Direito Privado, a legalidade do objeto do contrato é constatada ao não se encontrar vedação no ordenamento para que se negocie aquele objeto.

No entanto, cabe ressaltar que a ilegalidade deve ser compreendida em termos amplos. A ilegalidade não se restringe àquilo que viola as disposições legais. Para que seja considerado legal, o objeto do negócio jurídico também não pode atentar contra a moral e os bons costumes.⁵¹⁶

Já o mesmo não ocorre no âmbito dos contratos administrativos. Por um lado, a noção de legalidade é bem mais ampla para abarcar diversas outras hipóteses de interdição de determinados objetos de contrato por outras razões que não a vedação pelo ordenamento. Por outro, se são interditados contratos de Direito Privado que tenham por objeto as *res extra commercium*, nada impede que bens com tal caracterização possam ser objeto de contratos administrativos.⁵¹⁷

A ilegalidade do objeto não pode ser compreendida em termos restritos. Não é ilegal apenas o objeto que é interditado por disposições imperativas, pois são ilegais também os contratos administrativos que têm objeto incompatível com a própria noção de contrato.⁵¹⁸ Cabe destacar que, a esse respeito, a noção de Direito Civil para a legalidade do objeto deve ser substituída pela de legalidade da atividade administrativa.

A legalidade do objeto com relação à Administração deve ser avaliada ainda sob outra perspectiva. De acordo com a noção de legalidade que vigora para a atividade administrativa, não basta que o objeto do contrato administrativo não seja vedado pelo ordenamento. O objeto do contrato deverá estar necessariamente vinculado ao atendimento do fim de interesse público para o qual a Administração-contratante é legitimada.

Nos casos em que se celebra contrato que tem por objeto relação jurídica que, por sua natureza, é insuscetível de disposição por contrato, essa impossibilidade de

⁵¹⁵ Entre as cláusulas obrigatórias do contrato, deve ser estabelecido “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento” (art. 55, inc. III).

⁵¹⁶ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, ob. cit., p. 145.

⁵¹⁷ Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 277.

utilização do contrato administrativo repercute na ilegalidade do próprio conteúdo do contrato.⁵¹⁹ Daí a necessidade de se analisar com maior detenção quais os objetos que são passíveis de figurar nos contratos administrativos.

IV.2.3.3.1. O objeto permitido para os contratos administrativos

Como se indicou anteriormente, a exigência de legalidade do objeto impõe-se no Direito Administrativo independente de qualquer referência ao Direito Civil. Decorrem diretamente do regime de Direito Público os casos nos quais, em razão da própria natureza da coisa ou matéria, é interdita a utilização do contrato.⁵²⁰

Pode-se afirmar que, no nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da permissibilidade de recurso ao contrato administrativo para se conformar relações jurídico-administrativas. Com efeito, não existe uma previsão legal taxativa dos casos em que o contrato administrativo poderá ser empregado. Em alguns casos, a lei prescreve a celebração de contrato administrativo com a exclusão de outras figuras.⁵²¹ Em outras hipóteses, o que se verifica é a impossibilidade de utilização do contrato administrativo para a constituição, modificação ou extinção de determinadas relações jurídicas. Essa questão encontra-se estreitamente vinculada ao objeto do contrato.

Com efeito, existem casos em que o contrato não pode ser empregado por vedação da lei ou da natureza das relações que visa a estabelecer. A permissão de emprego do contrato administrativo não é geral à medida que não se admite todo e qualquer objeto.

Há hipóteses nas quais o objeto contratual é ilegal porque não poderia figurar em qualquer ato (em sentido amplo) da Administração. O que é mais relevante no presente estudo são os casos em que a ilegalidade decorre da utilização do contrato para dispor sobre determinada matéria – a qual poderia constar de outro tipo de ato. Verifica-se, então, a incompatibilidade da forma contratual com determinados conteúdos. Essa questão se coloca especialmente com relação às espécies de contratos administrativos que

⁵¹⁸ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 552.

⁵¹⁹ Pedro Gonçalves, *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 137-138.

⁵²⁰ A esse respeito, Dominique Pouyaud observa que “aqui é o procedimento contratual em si mesmo que é excluído porque a pessoa pública não pode intervir em certas matérias por meio de contrato, mesmo se ela não violar nenhuma regra explícita de direito escrito” (*La nullité...*, ob. cit., p. 218).

⁵²¹ Por exemplo, para que a Administração adquira bens de particulares estipula-se a celebração de um contrato administrativo. A outra possibilidade de obtenção da propriedade de particulares pela Administração é através da desapropriação, que se submete a requisitos e procedimento bastante diversos (especialmente por ser compulsória) de modo que não pode ser considerada como substituta da contratação administrativa.

não são expressamente previstas em lei pois, no caso daquelas espécies objeto de regulação legal específica, o emprego da forma contratual é expressamente autorizado.

Quando há a exclusão do instrumento contrato administrativo para criar, modificar ou extinguir determinadas relações jurídicas, a invalidade repercute no próprio objeto do contrato.

Em linhas gerais, as vedações para a utilização de contrato administrativo dizem respeito tanto à alienação de competência pela Administração quanto à assunção de compromissos sobre o exercício das suas competências.⁵²²

O princípio é o de que, na ausência de disposição legal expressa autorizadora, as competências públicas não podem ser alienadas. A Administração não pode renunciar às suas prerrogativas essenciais nem pode cedê-las a terceiros, particulares ou pessoas públicas.

Por isso, significativa parcela da doutrina invoca a inalienabilidade do domínio público, do poder fiscal, do poder de polícia, do poder regulamentar e do poder de exercício da função pública em geral como impeditivos de transações a esse respeito.⁵²³

Uma das questões tratadas com frequência no âmbito dos contratos administrativos é a da impossibilidade de a Administração renunciar ao seu poder de organização dos serviços públicos. Mas a inviabilidade de se delegar a organização do serviço não exclui a transferência da sua execução a terceiros, precipuamente sob a forma de concessão de serviço público, mantendo a Administração os seus poderes para imprimir as modificações necessárias e reorganizar o serviço, se for o caso.

Aliás, é com base nesse argumento que parcela da doutrina refuta o caráter contratual de certas cláusulas dos contratos de concessão. As estipulações acerca da organização e do funcionamento do serviço são qualificadas como sendo regulamentares

⁵²² Trata-se de enumeração genérica e não exaustiva das questões que não podem ser objeto de contrato administrativo. Além da diversidade de relações jurídicas que são refratárias aos contratos, cabe destacar que não se trata da pura e simples exclusão de determinadas matérias do campo contratual, mas sim de certos aspectos de determinadas matérias que são subtraídos da via contratual (o que dificulta ainda mais a enumeração dos casos de ilegalidade do objeto) (cf. André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des Contrats Administratifs*, t. I, ob. cit., p. 45).

⁵²³ Entre outros, confira-se Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 23. Cabe registrar que, de modo especial, a doutrina francesa é bastante refratária à admissão dos contratos administrativos que têm por objeto poderes públicos, ora reputando-os ilegais ora reconduzindo-os à forma de atuação unilateral. O mesmo não se verifica na doutrina de outros países – tais como Alemanha e Portugal –, cujos ordenamentos passaram a admitir expressamente essa figura (v. item seguinte).

e não contratuais, pois caso contrário o seu objeto seria ilegal por implicar a cessão de competências pelo ente público a particulares.⁵²⁴

Indo avante, sobressai a questão das convenções acerca do exercício das competências administrativas. Porém, cabe ressaltar que a indisponibilidade das competências públicas não conduz automaticamente à vedação de todo e qualquer contrato que verse sobre o exercício dos poderes públicos.

É relevante diferenciar-se duas situações: aquelas nas quais a autoridade aliena a sua competência, renunciando a exercê-la e delegando a um terceiro a deliberação sobre o seu comportamento geral no futuro, dos casos nos quais há o engajamento sobre determinados aspectos específicos da decisão futura da Administração.⁵²⁵

A primeira forma de pacto sobre o exercício de competência administrativa é vedada de um modo geral.⁵²⁶ São ilegítimas as convenções acerca do exercício das competências pela pessoa pública em que há o compromisso de deliberar em determinado sentido.

Esses casos não constituem propriamente em exclusão da via contratual. A regra é a vedação da alienação do exercício de competências administrativas, independente do meio empregado para tanto.

É o que se passa, por exemplo, com a matéria de polícia administrativa. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “Os *atos jurídicos* expressivos de *poder público*, de *autoridade pública*, certamente não poderiam, salvo em circunstâncias excepcionais ou em hipóteses específicas, ser delegados a particulares, transferindo-se a estes tal exercício”.⁵²⁷

Porém, de acordo com a ressalva oportuna de Floriano de Azevedo Marques Neto, impende “fazer uma distinção entre a detença do poder de polícia e a disponibilidade dos meios para o exercício deste poder”.⁵²⁸ Com efeito, não há vedação para que os particulares subsidiem a Administração com os recursos materiais e técnicos

⁵²⁴ A propósito da controvérsia, consulte-se a obra de Marçal Justen Filho, *Teoria Geral das Concessões...*, ob. cit., esp. p. 156-162.

⁵²⁵ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 47.

⁵²⁶ Ressalva-se os casos em que há expressa previsão legal autorizando a renúncia pelo poder público e estipulando as condições em que isso pode ocorrer.

⁵²⁷ Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20, p. 25, 1997.

⁵²⁸ A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a ‘indelegabilidade do poder de polícia’. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 76, 2000.

necessários ao exercício do poder de polícia. Daí que “bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração, nada obsta que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular”.⁵²⁹

Do mesmo modo, salvo expressa autorização legal, são vedados acordos entre a Administração e os contribuintes prevendo a exoneração de tributos. A posição do contribuinte é definida por via legal e regulamentar (dita “estatutária”) e não pode ser modificada por simples acordo, sem a autorização das autoridades competentes e do poder legislativo para afastar a incidência das disposições legais aplicáveis ao caso.⁵³⁰

Mas há casos nos quais, apesar de a matéria não ser reflexa ao contrato por sua própria natureza, são vedados contratos a seu respeito em razão da lei. São textos legais que expressamente excluem a possibilidade de se celebrar contratos com determinados objetos. Tais exclusões ocorrem diretamente com relação às situações legais e regulamentares, que são definidas unilateralmente de antemão.⁵³¹ A exclusão pode abranger toda matéria ou apenas alguns de seus aspectos, para os quais existe a previsão de que a Administração decidirá unilateralmente a seu respeito.

Ao dispor sobre o procedimento a ser observado para a deliberação acerca de certas matérias, a legislação acaba por afirmar o caráter unilateral do ato e exclui a sua conformação bilateral. É o que se passa, por exemplo, com o processo disciplinar. Não se vislumbra a possibilidade de o administrado participar diretamente da fixação do conteúdo do provimento final.

Mas mesmo em casos nos quais a legislação menciona expressamente a prática de “ato administrativo”, cabe verificar se existe imposição normativa da adoção exclusiva da forma “ato unilateral” (especialmente ao se considerar que os contratos poderão ter o mesmo objeto de atos administrativos). Impõe-se a interpretação das normas de modo a se aferir se há vedação “da participação constitutiva do destinatário na decisão administrativa de matérias que lhe respeitem”.⁵³²

A participação constitutiva significa a “conjugação da vontade do destinatário com a da Administração como instrumento gerador dos efeitos jurídico-

⁵²⁹ Ob. e loc. cit.

⁵³⁰ Por essa razão, são excluídos da vedação os regimes de vantagens fiscais expressamente previstos em lei – muito embora nesses casos a figura do contrato em si seja secundária, pois o que se verifica é a demanda de um particular para que sobre ele incida um determinado regime jurídico ao qual tem direito se preencher os requisitos. Consiste em ato individual pelo qual se outorga ao particular um determinado regime legal que implica uma situação fiscal privilegiada (os denominados “atos-condição”).

⁵³¹ Exemplo típico é a situação funcional dos servidores públicos, que não podem ter o seu regime estatutário alterado por contratos.

⁵³² Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 640-685.

administrativos nas relações entre ambos”.⁵³³ Vale destacar que se trata de participação diversa daquela garantida a todos os interessados nos processos administrativos em geral.

Por fim, em certos casos a forma contratual é incompatível com determinados conteúdos reservados “por natureza” aos atos unilaterais. Exemplos dessas matérias são as que dizem respeito ao âmbito interno da Administração, envolvendo o exercício de poderes de auto-organização administrativa. Quando muito, esta matéria poderá ser objeto de convênios entre entes da própria Administração, para fins de cooperação mútua.

É possível generalizar o critério a ser seguido adotando-se a lição de Sérvulo Correia, segundo a qual “não são admissíveis contratos administrativos entre a Administração e particulares cujo objeto não seja de interesse pessoal e direto do particular”.⁵³⁴

Também se exclui a utilização do contrato administrativo para o exercício de poderes vinculados. Contrariamente ao seu emprego pesa não apenas a ilegalidade do conteúdo, diante da ausência de disponibilidade a seu respeito, como também a inutilidade da intervenção constitutiva do co-contratante.

Nas palavras de Benoît Plessix, “de modo mais geral, é interdito à Administração transferir seu poder de decisão a um terceiro” utilizando-se de contratos.⁵³⁵ Mais precisamente, é vedado transferir ou compartilhar com particulares competências cujo exercício é reservado privativamente ao Estado. Assim como seria ilegal um ato unilateral que transferisse ou delegasse competência a um particular, esta competência não pode ser exercitada de forma conjunta com o administrado, via contrato.

Cabe analisar mais especificamente os casos nos quais é admissível a celebração de contratos cujo objeto seja de ato administrativo unilateral. Nestas hipóteses, não se verifica nenhuma modificação na essência do objeto com relação àquele que se apresentaria na forma unilateral de conduta administrativa. Disso decorre que, “quer quanto ao fim, como quanto aos pressupostos, como quanto aos efeitos de direito, o regime de legalidade do contrato administrativo atípico com objeto passível de ato administrativo não poderá afastar-se do regime de legalidade do ato administrativo com o

⁵³³ Ob. cit., p. 640-685.

⁵³⁴ Ob. cit., p. 686.

⁵³⁵ *L'utilisation...*, ob. cit., p. 221.

mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta”.⁵³⁶ É o que melhor se examina adiante.

IV.2.3.3.2. Contratos com objeto passível de ato unilateral

A ampliação da utilização do instrumento contratual na atividade administrativa deve-se também ao fato de consistir em mecanismo apto a alcançar maiores níveis de consenso para as intervenções públicas na esfera privada. Por este motivo, estendeu-se a atividade contratual da Administração para áreas nas quais a técnica do contrato era proscrita. É a utilização do contrato no campo anteriormente exclusivo do ato administrativo unilateral.

A partir dessa constatação, é possível proceder-se à divisão dos contratos administrativos em dois grandes grupos. Trata-se de classificação expressamente adotada em outros ordenamentos jurídicos, tais como o alemão e o português. Cabe avaliar a sua aplicabilidade no Direito nacional e, caso afirmativa a resposta, quais são os seus limites.

O primeiro grupo é o dos contratos de cooperação, através dos quais a Administração recorre à contribuição dos particulares para a realização de atividades de interesse público. Os particulares fornecem a sua prestação à Administração mediante uma determinada remuneração. A Administração assume posição similar à de cliente do particular.

É a configuração que tem a sua matriz na noção de contrato administrativo do regime jurídico francês. O objeto desses contratos tanto pode ser passível de figurar num contrato de Direito Privado quanto exclusivo de contrato administrativo, por determinação legal. A caracterização do contrato como sendo de colaboração está assentada principalmente na conduta do particular, que consiste no fornecimento de um bem ou na prestação de um serviço à Administração mediante remuneração.⁵³⁷

Mas há outros casos nos quais o contrato envolve o próprio exercício de poderes administrativos. “São contratos que a Administração utiliza, não como um instrumento para adquirir os bens e serviços de que necessita para prosseguir as suas tarefas administrativas, mas, sim, como um verdadeiro instrumento do exercício do poder

⁵³⁶ Sérvulo Correia, ob. cit., p. 640-641.

⁵³⁷ Note-se que a categoria dos contratos de colaboração não é equivalente à dos contratos de coordenação. Estes correspondem às avenças celebradas entre dois ou mais organismos públicos dotados de personalidade jurídica, mormente através do emprego de convênios. Apesar de, tal como nos atos de colaboração, a relação jurídica que se estabelece entre as partes não ser passível de regulação por ato administrativo unilateral, o principal aspecto diferenciador dos contratos de coordenação é o fato de ser celebrado entre partes que se apresentam em igualdade de condições (Hartmut Maurer, *Droit Administratif allemand*, ob. cit., p. 368).

administrativo, no qual o particular não surge já como um mero prestador de serviços ou fornecedor de bens, mas na qualidade de administrado”.⁵³⁸

Consistem nos contratos de subordinação, com objeto passível de ato administrativo unilateral.⁵³⁹ As partes não se encontram numa relação de paridade à medida que se verifica uma nítida relação de primazia e subordinação entre elas. A inferioridade do particular com relação à Administração deve-se ao fato de o objeto do contrato consistir no exercício de poder administrativo, sendo que essa mesma relação jurídica poderia ter sido definida por via unilateral.⁵⁴⁰

Mesmo que nos contratos administrativos de colaboração seja possível fazer-se referência a uma sujeição do particular com relação ao exercício de poderes exorbitantes pela Administração, a subordinação de que ora se trata é qualitativamente diversa.⁵⁴¹ É a configuração de uma relação para a qual a administração poderia ter autonomamente optado pela via unilateral e que, por isso, deve observar o regime jurídico aplicável ao ato administrativo.

A aceitação da possibilidade de se celebrar contratos administrativos que têm por objeto o exercício do poder público, como destaca Mark Bobela – Mota Kirkby, é uma das etapas do processo evolutivo que vem se desenvolvendo no âmbito da Administração Pública.⁵⁴² Os instrumentos típicos de atuação administrativa passaram por alterações funcionais, de modo que se pode cogitar de um “princípio de verdadeira intercambialidade dos instrumentos de atuação administrativa (ato/contrato)”.⁵⁴³

⁵³⁸ Mark Bobela – Mota Kirkby, *Contratos administrativos de subordinação*, ob. cit., p. 14-15.

⁵³⁹ Podem-se citar como exemplos desta espécie de contrato as avenças celebradas pela Administração Pública com particulares como instrumentos da atividade estatal de fomento. Para obter maior adesão dos particulares na realização de tarefas condizentes com a política econômica estatal, a Administração outorga aos administrados determinados incentivos para a prática de tais atos.

⁵⁴⁰ Extrapola os limites do presente estudo investigar-se se os contratos com objeto passível de ato unilateral são verdadeiros contratos administrativos ou não. Registra-se apenas existir intenso debate doutrinário a esse respeito. Alejandro Huergo Lora, por exemplo, sustenta que o exercício consensual de poderes seria uma instituição da própria Teoria Geral do Direito. Indica que mesmo o Direito Privado reconhecera a possibilidade de um sujeito impor ao outro a constituição, modificação ou extinção de determinada relação jurídica através de contrato. Não deixa de ser contrato porque não prescinde do acordo da outra parte para se aperfeiçoar. Na ausência do consenso, não se forma o contrato e daí que a Administração poderá manejar o ato unilateral para obter os efeitos jurídicos pretendidos (*Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998, p. 107 e ss.).

⁵⁴¹ Como assevera Allan-R. Brewer Carías, “não se trata de que nestes contratos se estabeleçam os poderes da Administração; estes preexistem, mas pela debilidade da ação unilateral no cumprimento de certos encargos no campo econômico, ou, ao contrário, pelo esforço da Administração de promover a participação dos particulares nas tarefas comuns, os entes públicos têm recorrido a estes acordos com os particulares, como uma técnica de administração” (Evolução do conceito de contrato administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 51/52, p. 10, jul./dez. 79).

⁵⁴² *Contratos administrativos de subordinação*, ob. cit., p. 19.

⁵⁴³ Ob. e loc. cit.

Daí que a conclusão de contratos com objeto passível de ato administrativo unilateral ganhou notável impulso com o incremento da atividade contratual da Administração Pública. Reforça a noção de consensualidade na atividade administrativa como meio para se obter maior eficiência e engajamento dos administrados nas atividades estatais, sem deixar de lado a necessária observância ao princípio da legalidade. Um dos principais campos da atividade administrativa em que é empregado esse tipo de contrato é o promocional. Através de figuras contratuais a Administração outorga vantagens aos particulares – incentivos em geral, inclusive de renúncia fiscal – que poderiam ser estipuladas em ato unilateral.

Esta figura é expressamente reconhecida em alguns ordenamentos jurídicos.⁵⁴⁴

Porém, não se pode deixar de indicar que os denominados contratos de subordinação são objeto de severas críticas por parte da doutrina de outros países. Como se indicou anteriormente, é recorrente o argumento de que, como os poderes soberanos da Administração são inalienáveis, não podem constar como objeto de contratos administrativos.⁵⁴⁵

No entanto, essa temática merece um detalhamento para que seja possível avaliar quais os limites da vedação de os contratos administrativos versarem sobre os poderes da Administração. Cabe analisar se, em todo e qualquer caso em que se celebra um contrato administrativo que tem por objeto o exercício de poderes públicos, isso implica uma alienação do poder administrativo.

Uma das configurações em que pode se apresentar o contrato que tem por objeto poderes administrativos é a do contrato-promessa, em que há vinculação da Administração perante terceiros quanto ao exercício futuro de poderes discricionários.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ A viabilidade de formas contratuais tendo por objeto o próprio exercício do poder administrativo esteve presente nas discussões acerca do próprio cabimento dos “contratos de Direito Público” nos regimes jurídicos alemão e italiano. No Direito alemão, essa figura se encontra prevista desde a Lei de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) de 1976 (arts. 54º a 62º). Já na Itália a consagração legislativa dos “contratos de Direito Público” somente veio a ocorrer em 1990, através do art. 11 da Lei nº 241, que admite a conclusão de procedimento administrativo através de acordos com particulares para se determinar o conteúdo de ato administrativo discricionário. Igualmente no Direito positivo português há expressa previsão da possibilidade de a Administração celebrar contratos com objeto passível de ato administrativo (CPA, art. 185º, n. 3, alínea, redação dada na revisão do Código operada pelo Decreto-Lei nº 6/96). Já no Direito espanhol houve a estipulação normativa de uma cláusula geral de admissibilidade da contratualização do poder administrativo sob a forma de possibilidade de encerramento consensual do procedimento administrativo (art. 88º da Lei nº 30/1992 – Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum).

⁵⁴⁵ V. título anterior.

⁵⁴⁶ Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 748 e ss.

Implica o comprometimento da Administração quanto à futura emissão ou à sua abstenção no tocante a determinado ato administrativo discricionário. É a antecipação do exercício de poderes discricionários pela Administração.

Essa figura contratual é objeto freqüente de estudo no Direito alemão, especialmente por existir previsão legal expressa admitindo-a naquele ordenamento jurídico. Em outros países, a questão que se coloca ao se cogitar da admissibilidade dos contratos-promessa é a da sua distinção com relação à vedada renúncia de poderes pela Administração. Cabe analisar, portanto, se a vinculação da Administração de adotar determinado comportamento no futuro implica ou não renúncia de poderes públicos.

Para Sérvulo Correia, “o *princípio da irrenunciabilidade da competência* não impede absolutamente que a Administração se vincule quanto a futuras condutas positivas ou omissivas no exercício da discricionariedade que a lei lhe confere. A este propósito, é preciso distinguir entre *disposição do poder discricionário* e *exercício antecipado do poder discricionário*”.⁵⁴⁷

A discricionariedade é conferida para que, avaliando as circunstâncias concretas, a Administração adote a solução mais adequada e que melhor satisfaça ao interesse público.⁵⁴⁸ Bem por isso não é admissível que a Administração se vincule abstratamente a decidir em determinado sentido sempre que, em situações futuras, estiverem presentes certas condições. O administrador não pode abrir mão desse exercício de individualização do Direito e de livre apreciação das circunstâncias concretas.

Porém, trata-se de coisa diversa “a antecipação quanto ao sentido de uma certa decisão ou de um conjunto determinado de decisões”.⁵⁴⁹ Consistem em diretivas não permanentes, aplicáveis apenas a uma ou a um conjunto de situações concretas e que não podem ser estendidos a casos indetermináveis, que possam vir a ocorrer no futuro.

Logo, não se trata de transferir as competências da Administração a um particular e sim de vincular alguns aspectos do seu exercício no caso concreto.⁵⁵⁰ O que

⁵⁴⁷ Ob. cit., p. 749.

⁵⁴⁸ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o administrador está (...) *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, ob. cit., p. 33).

⁵⁴⁹ Sérvulo Correia, ob. cit., p. 750.

⁵⁵⁰ Pode-se citar como exemplo a definição contratual dos aspectos procedimentais a serem observados no exercício do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos. Como averbou Fernando Vernalha Guimarães sobre os aspectos injuntivos e dispositivos para ambas as partes acerca do procedimento de alteração unilateral dos contratos administrativos: “A exigência normativa de estabelecimento do procedimento é de cunho *injuntivo*, embora no concernente ao conteúdo de sua estipulação no caso concreto, respeitados os requisitos de suficiência, admita-se disposição pelas partes. Se

se verifica não é a disposição de um poder pela Administração mas o próprio exercício deste. É a aplicação de uma competência discricionária no caso concreto, para o exercício da qual se optou pela via contratual.

Em sentido similar, Mark Bobela – Mota Kirkby assinala o seguinte:

“Se é verdade que a Administração está impedida de, através de contratos, transferir poderes para terceiros ou de, pela mesma via, assumir compromissos de forma geral e abstrata sobre o exercício futuro de todos ou alguns dos seus poderes (o que vale também para as atuações unilaterais), nada obsta, de princípio, a que exerça os seus poderes discricionários em determinado caso concreto por via contratual em alternativa à via unilateral”.⁵⁵¹

Uma das principais objeções à celebração de contratos com objeto típico de ato administrativo é a de que a Administração estaria abrindo mão de exercer seus poderes de acordo com as exigências do interesse público que seriam verificadas com exatidão apenas no momento de emissão do ato concreto. Porém, as limitações a que o objeto desses pactos se submete visam justamente a superar tal refutação.

A primeira constatação a ser feita é a de que há matérias refratárias a todo e qualquer tipo de contrato. São questões que não admitem nenhum tipo de participação privada na sua conformação e que, por isso, não podem ter a sua discricionariedade esvaziada. Assim se caracterizam as matérias que envolvem o desempenho de funções típicas de soberania (tal como a proteção da ordem pública, da moeda nacional e o exercício do poder regulamentar) e funções de autoridade que por sua natureza não admitem conformação contratual (é o caso da polícia administrativa e do domínio fiscal).⁵⁵²

Depois, a Administração apenas pode dispor dessa forma sobre “situações perfeitamente concretas e não face a categorias abstratas de atos”.⁵⁵³ A própria assunção da vinculação da Administração pressupõe que já tenha sido possível verificar as circunstâncias que estarão presentes no futuro.

há garantias insuprimíveis a serem alcançadas pela instituição do procedimento no campo das alterações de contratos administrativos, há, de outro lado, possibilidade de disposição de aspectos supletivos. Parece não só autorizado como *recomendado* que sejam clausuladas pelas partes contraentes regras procedimentais acerca da competência de instabilização do contrato administrativo, porquanto tais regras funcionarão a evitar dúvidas posteriores, reduzindo o risco de conflitos” (*Alteração unilateral do contrato administrativo*, ob. cit., p. 204-205). Ao dispor contratualmente sobre determinados aspectos que deverão ser observados por ocasião da prática do ato unilateral de alteração, não se configura a renúncia ao exercício desse poder especial mas o estabelecimento de alguns condicionamentos facultativos.

⁵⁵¹ *Contratos administrativos de subordinação*, ob. cit., p. 41.

⁵⁵² André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 47-50; Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 856.

⁵⁵³ Paulo Otero, ob. cit., p. 855-856.

A tomada dessa decisão antecipada é assim definida por Sérvulo Correia:

“quando o órgão titular da discricionariiedade já se encontra na posse de todos os elementos que integram uma situação concreta ou um conjunto de situações concretas que lhe compete conformar, ele pode estabelecer de antemão o sentido que informará a decisão que, por motivos, de ordem processual ou outra, só mais tarde formalmente emitirá”.⁵⁵⁴

Disso decorre que, por ocasião desse comprometimento via contratual, já deve ter sido constatada a presença dos pressupostos objetivos e subjetivos necessários para a prática do ato. Se algum deles não se verificar desde logo, admite-se o comprometimento do exercício de poderes discricionários apenas se a ocorrência no futuro do requisito faltante for certa.

Por fim, as possibilidades de alteração unilateral do contrato administrativo e de rescisão por motivo de interesse público atenuam parcialmente a vinculação da Administração com relação ao objeto do contrato.⁵⁵⁵ Uma vez constatada a modificação dos pressupostos de interesse público que motivaram a celebração do contrato, dentro de determinados limites o objeto da avença poderá ser readequado ou mesmo o vínculo contratual ser rescindido ao se tornar imprestável para o atendimento do fim público em questão.

A partir disso, constata-se que os denominados contratos administrativos de subordinação apresentam uma matriz jurídica bastante distinta daquele em que se fundam os contratos administrativos de colaboração. Esta diferenciação deve repercutir diretamente no regime jurídico a que se submetem. Não é cabível pretender estender-lhes a regulação normativa aplicável aos demais contratos administrativos.

Parece-nos, tal como afirma Cassagne, que a problemática em torno destas novas figuras contratuais diz respeito fundamentalmente à “proteção dos terceiros interessados em obter um contrato similar (princípio da igualdade)” e à “participação dos cidadãos eventualmente afetados”.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Ob. cit., p. 750-751.

⁵⁵⁵ O fato dessa objeção não ser integralmente superada pela previsão de “poderes exorbitantes” da Administração nos contratos de Direito Público decorre não apenas dos limites da alteração do objeto dos contratos como também dos direitos subjetivos que os co-contratantes detêm frente a alteração e extinção do vínculo contratual por motivos de interesse público (direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, a abrangência da indenização a que o particular faz juz etc.). Por tudo isso, verifica-se uma menor flexibilidade para a Administração agir no âmbito contratual do que se passaria se tivesse proferido um ato unilateral.

⁵⁵⁶ *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 33.

Por isso, mais relevante do que se avaliar a possibilidade em tese da contratualização da atividade administrativa versando sobre o exercício de poderes públicos é a definição do regime jurídico a que essas avenças se sujeitam. Definir-se a sua natureza como sendo contratual ou de ato administrativo não será hábil para submetê-las automaticamente ao regime jurídico aplicável a estas modalidades de atuação administrativa.

O principal aspecto a ser destacado é o de que o abandono do instrumento administrativo unilateral e o recurso ao contrato não pode representar uma fuga às regras que incidem sobre a atividade administrativa. A utilização do contrato não se presta para que não sejam aplicados os controles que recairiam sobre um ato unilateral de conteúdo análogo. O que determina o regime jurídico a que o contrato se submete não é propriamente a forma contratual e sim o seu objeto.

Assim, os requisitos a serem observados para que a Administração celebre contratos com referido conteúdo são os mesmos aplicáveis à atuação unilateral.⁵⁵⁷ A justificativa é que a intercambialidade entre o emprego de ato ou contrato para a atuação administrativa não poderá ser utilizada para uma fuga dos limites incidentes sobre os atos administrativos unilaterais. Como se demonstrou, as flexibilizações de que se pode cogitar com relação ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, ao próprio regime de invalidades dos contratos administrativos propriamente ditos são permitidas justamente tendo em vista o objeto destas avenças.

Mas a questão não se resolve integralmente com a aplicação dos mesmos controles a que está sujeita a atuação unilateral da Administração. Constata-se que a celebração de contratos com objeto passível de ato unilateral apresenta maiores riscos para a adequada funcionalização do interesse público e para as posições subjetivas dos particulares que contratam com a Administração. Assim, a questão não se restringe à possibilidade ou não de substituição do instrumento unilateral pelo contrato. Faz-se necessário que também no contrato estejam presentes as garantias necessárias ao atingimento dos fins públicos.

Ao se configurar o exercício de poderes administrativos por meio de contrato firmado com particulares, estes administrados ocupam posição diversa daquela

⁵⁵⁷ É essa a conclusão a que chega Alejandro Huergo Lora, em sua monografia sobre o tema: a pactuação de contratos com objeto de ato unilateral “não permite à Administração liberar-se de nenhum dos limites a que está submetida quando atua unilateralmente”. Isso se aplica tanto no que diz respeito ao procedimento quanto ao conteúdo dos atos (*Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, ob. cit., p. 437).

que lhes caberia como destinatários de ato administrativo unilateral. O contrato é uma fonte de direitos subjetivos para os particulares, que deverão ser obrigatoriamente observados pela Administração. Incidem maiores limitações para a Administração modificar ou extinguir aquela relação jurídica.

Nesse ponto é que se insere a questão da suficiência e da idoneidade do contrato para a realização da função pública.⁵⁵⁸ Não se trata propriamente da necessidade de a Administração estar colocada em posição de supremacia com relação ao particular – pois isso também pode se verificar nos vínculos contratuais – mas dos direitos e garantias que se configuram de forma diversa conforme se trate de um ou outro instrumento. O fato é que a relação contratual representa, em regra, menor liberdade para a Administração com relação aos particulares.

IV.2.3.3.3. A reciprocidade das prestações

Além dos requisitos anteriores, o objeto dos contratos administrativos bilaterais⁵⁵⁹ deve ser estipulado de forma sinalagmática e comutativa. Nesse sentido, Edmir Netto de Araújo sustenta que deve ser garantida uma equivalência intrínseca entre as prestações e a reciprocidade das obrigações.⁵⁶⁰

Tal afirmação deve ser apreendida com cautela, para que dela não se extraiam derivações incompatíveis com o regime jurídico dos contratos administrativos.

O primeiro ponto a ser destacado é que isso não implica a necessidade de que as prestações previstas guardem uma exata correspondência entre si no momento de conclusão do vínculo contratual.⁵⁶¹

A segunda questão a ser ponderada é a necessidade de que o contrato seja avaliado como um todo. Isso implica a análise de todos os aspectos econômicos envolvidos além do montante de dinheiro envolvido, tais como o prazo e a periodicidade dos pagamentos. Outrossim, há de se levar em consideração outros fatores envolvidos na execução do contrato, tais como os riscos assumidos pelo particular e as garantias exigidas pela Administração.

A relação jurídico-contratual administrativa regida pelo Direito Público coloca o particular em uma situação de sujeição em face da Administração. O contratado assume tal posição por sua livre e espontânea vontade. Porém, a razão para tanto reside

⁵⁵⁸ Aurette Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione...*, ob. cit., p. 129.

⁵⁵⁹ Pode haver contratos administrativos unilaterais, tais como a doação sem encargo.

⁵⁶⁰ *Contrato administrativo*, ob. cit., p. 39.

justamente na expectativa do particular de obter determinada contrapartida com a execução do contrato. Sob a ótica do particular, esta é uma espécie de compensação pelos sacrifícios a que se submete.

Daí a impossibilidade de simplesmente ignorar-se essa relação que se estabelece entre as prestações de uma e da outra parte. A retribuição oferecida pela Administração deve ser suficiente de modo a justificar o ânimo dos particulares a livremente contratarem com a Administração.

É nesse sentido que Maria João Estorninho afirma que “a Administração tem de interessar o particular na execução do contrato, como incentivo para que a sua atuação seja eficaz. No fundo, isto é ainda proteger o interesse público, assegurando a existência, quer em qualidade quer em quantidade, de particulares que colaboram com a Administração de forma desinteressada e empenhada”.⁵⁶²

No fundo, a problemática recai na lição de Francis-Paul Bénéoit, segundo o qual não podem ser desprezados os interesses dos contratantes particulares porque “se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a Administração não encontraria contratantes”.⁵⁶³

Indo adiante, a relação entre as prestações contratuais no momento da formação do contrato não pode ser analisada de acordo com os parâmetros da utilidade privada⁵⁶⁴. Cabe ponderar o conjunto do contrato, tendo em vista o interesse público a ser atendido. Mesmo que em termos estritamente patrimoniais privados a contrapartida oferecida possa parecer insuficiente, há de se avaliar se os motivos de interesse público em jogo não justificam a desproporção.

Esses critérios devem ser levados em consideração também ao se pretender rever cláusulas que estipulem direitos e obrigações para as partes. Determinadas previsões que seriam inadmissíveis no Direito Privado, por serem manifestamente prejudiciais a uma das partes, podem ser admitidas nos contratos administrativos desde que compatíveis com a economia interna do contrato como um todo.

⁵⁶¹ Essa questão foi objeto de análise específica ao se analisar o instituto da lesão, que reputamos incabível no âmbito dos contratos administrativos (v. item IV.2.2.5).

⁵⁶² Princípio da legalidade e contratos da Administração. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: n. 368, p. 79-122, jul. 1987, p. 82.

⁵⁶³ *Le Droit Administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 588.

⁵⁶⁴ Para a Administração, significaria avaliar-se a questão sob a perspectiva do interesse público secundário.

Assim, faz-se necessário que no momento da formação do contrato exista uma relação de certo equilíbrio entre as prestações,⁵⁶⁵ nos termos acima expostos.

No momento de execução do contrato, há uma tutela mais rígida da relação entre direitos e obrigações entre as partes. Aquela base contratual que se formou no momento da conclusão do contrato, pelo livre acordo entre as partes, não pode ser desfeita de modo a comprometer a reciprocidade ou interdependência que se estabeleceu inicialmente.

Assim, a questão do equilíbrio das prestações durante a execução do contrato recai na própria noção de intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato. Sujeita-se a regime jurídico próprio, diverso daquele que incide para se verificar a comutatividade do contrato no seu momento inicial.

IV.2.3.4. Os erros cometidos pela Administração na definição do objeto contratual

Pode ocorrer que o projeto tal como concebido pela Administração seja inviável para atingir a finalidade visada pelo contrato.

Em princípio, configura-se vício de ilegalidade. O contrato tal como firmado não é hábil para atender ao interesse público. Colocando-se de lado o regime jurídico-administrativo a que se submete o contrato, seria possível constatar-se que uma alteração do objeto do contrato poderia solucionar o problema, corrigindo as distorções verificadas na sua concepção. Ocorre que a alteração do contrato pressupõe situações lícitas, válidas.

No entanto, seria penoso atribuir-se à comunidade um serviço ou obra mal-planejado pela impossibilidade de se alterar o contrato. Em atenção aos princípios da razoabilidade e da economicidade, há de se admitir a possibilidade de modificação do contrato ao ser constatado um erro em vez de rescindir-se a avença e iniciar a elaboração de novo projeto e a seleção de outra proposta, sob condições diversas.

Assim, sempre que possível uma alteração contratual dentro dos limites estipulados pela Lei nº 8.666/93, é essa a solução a ser adotada preferencialmente para a correção de erros cometidos pela Administração na concepção do contrato.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Lembre-se que a desproporção excessiva a favor do particular poderá vir a ser caracterizada como ato lesivo ao patrimônio público e ensejar o ajuizamento de ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 3º).

⁵⁶⁶ Nesse sentido posiciona-se Fernando Vernalha Guimarães:

“Parece que a assunção desses erros como pressupostos do *ius variandi* é inevitável. O fundamento do poder de modificação é a necessidade suprema de adequar as prestações contratuais às necessidades públicas. Desde que se verifique objetiva e concretamente tal inadequação, por erro

IV.2.4. Vícios atinentes à causa

Pode-se afirmar, em termos gerais, que a causa é a busca da razão de ser de um ato jurídico.

Por um longo período, os doutrinadores de Direito Privado travaram acirrado debate acerca da caracterização da causa como requisito essencial dos contratos.

Não se pretende ingressar nas discussões civilistas que envolvem os causalistas e os anticausalistas. Porém, faz-se necessário definir a noção de causa contratual no Direito Civil para se avaliar as possibilidades de seu emprego nos contratos administrativos.

IV.2.4.1. A noção de causa contratual no Direito Civil

Antes de se aferir qual a noção de causa é passível de ser utilizada nos contratos administrativos, cabe destacar que o conceito de causa não é unívoco mesmo no Direito Civil. Também há controvérsias acerca do enquadramento da causa como sendo um dos requisitos essenciais do contrato.

IV.2.4.1.1. A diversidade de definições de causa

A definição civilista a respeito da causa não é uniforme.

ou ato culposo da Administração, deverão promover-se as devidas adequações mediante a competência do *ius variandi*. Desinteressa – perceba-se – se a inadequação se põe por força de ato culposo ou se resulta de fatos verdadeiramente novos e imprevisíveis à época. Interessa, pois, que se verifique concretamente a inadequação, exurgindo desta forma o pressuposto objetivo à instabilização. Fosse diferente e o interesse público arranhado pela má formulação de um contrato administrativo estaria refém do mau desempenho dos agentes públicos.

O fato é que as condições objetivas que se encontram na base da necessidade de modificação se equivalem. Seria irrazoável que na execução de determinado contrato administrativo em que se verificasse erro de formulação tivesse a Administração que rescindir a avença, reiniciando o procedimento licitatório para a escolha de nova proposta sob novas condições” (*Alteração unilateral do contrato administrativo*, ob. cit., p. 174).

Também é nessa linha a solução proposta por Marçal Justen Filho para impasses dessa ordem. Conforme o autor, diante da inviabilidade da execução do empreendimento tal como concebido originalmente, podem apresentar-se três soluções no plano teórico. A primeira delas é a manutenção do projeto original, apesar dos seus equívocos, o que inviabilizaria a satisfação do interesse público. A segunda alternativa consiste na alteração do projeto para readequá-lo, mas dentro dos limites impostos no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 – mesmo que isso não possibilite a integral correção do projeto. Por fim, cogita-se da rescisão do contrato firmado e a realização de nova licitação. Para o autor, todas estas alternativas apresentam-se potencialmente danosas ao interesse público. Levando em consideração o princípio da proporcionalidade, conclui que “é perfeitamente possível que a solução mais compatível com o princípio da economicidade seja a manutenção da contratação original, com as alterações necessárias e indispensáveis, ainda que tal importe superação do limite de 25%” (*Comentários...*, ob. cit., p. 537).

Há os que sustentam uma noção mais ampla de causa, no sentido de “função típica” do negócio, vinculada à sua função econômico-social. Ao levar em consideração os resultados jurídicos pretendidos pelas partes, a causa identificaria a relevância do negócio perante o ordenamento e justificaria, assim, a sua tutela.

É o que sustenta Emilio Betti, que discorda de qualquer cisão a propósito do conceito de causa:

“Quem tem esse modo de ver, não repara no absurdo lógico que é conceber aquilo que não passa de um simples *elemento de um todo*, como sendo a razão justificativa de um outro elemento do mesmo todo, em vez de reconhecer a mútua interdependência e a comum subordinação de um e outro elemento à totalidade e à *unidade funcional* do todo de que fazem parte: somente essa unidade pode constituir a razão justificativa daquilo que se procura”.⁵⁶⁷

Daí que Betti define que “a causa ou razão do negócio se identifica com a *função econômico-social* de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na *síntese* dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada. A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada”.⁵⁶⁸

O conceito de causa também pode ser desdobrado nas acepções objetiva e subjetiva.

No sentido objetivo, a causa refere-se ao “resultado jurídico objetivo que – ao sujeito – é possível conseguir valendo-se de determinado negócio”.⁵⁶⁹ Disso decorre que a causa do contrato vai ser diversa para cada uma das partes. Ainda que estejam envolvidas em um mesmo negócio jurídico, o resultado concreto que cada uma das partes pode obter é diferente. Apesar de distintas para cada uma das partes, existe uma relação de interdependência entre as prestações a que cada uma delas se compromete.

Daí que, além do vício por ausência de causa, a doutrina também passou a reputar ser defeito a ausência parcial de causa. Reputa tratar-se também de vício com relação à causa as hipóteses em que o sacrifício patrimonial de um dos contratantes não é proporcional ao do outro para dar cumprimento à obrigação.⁵⁷⁰ São os casos de desproporção entre as prestações, noção aplicável aos contratos sinalagmáticos.

⁵⁶⁷ *Teoria geral do negócio jurídico*. T. I. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 349.

⁵⁶⁸ Ob. cit., p. 350-351.

⁵⁶⁹ Francesco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 370.

⁵⁷⁰ Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p. 377-378.

Já na acepção subjetiva, a causa do negócio é avaliada levando em consideração a finalidade específica visada por cada uma das partes ao celebrar o contrato. É o propósito subjetivo, “o motivo ou fim imediato de quem realiza o negócio”.⁵⁷¹ A relevância da causa em sentido subjetivo reside no fato de que a finalidade do contrato não pode ser ilícita nem imoral. O que se procura averiguar com o emprego desse conceito é “se o instrumento jurídico de que se serviram as partes é adequado ao propósito que têm, ou utilizado para fins que merecem proteção jurídica”.⁵⁷²

A ressalva a ser feita é a de que a causa propriamente dita não se confunde com os motivos de ordem pessoal pelos quais cada uma das partes celebrou o contrato. Com efeito, cada um dos contratantes compromete-se a executar determinada prestação movido por interesses pessoais.

A regra que prevalece é a de que os motivos íntimos que ensejaram a manifestação de vontade das partes para celebrar o contrato são irrelevantes para a validade deste. Tais motivos carecem de importância jurídica. As razões particulares que levaram cada um a realizar o negócio ficam de fora da relação contratual. O Direito não se importa com a motivação e o propósito interno que determinou o comportamento dos contratantes. Conforme Antônio Junqueira de Azevedo, a regra é que “os motivos em geral, mesmo os determinantes, são, em tese, irrelevantes para o direito”.⁵⁷³

Mas essa regra comporta exceções. Uma delas é a contida no art. 140 do Código Civil, que dispõe sobre o motivo determinante ilícito. Este dispositivo refere-se à causa em sentido subjetivo, pois é com relação a esta que se pode conceber que sua licitude apenas é relevante caso tenha sido determinante para a realização do negócio e dele tenha constado expressamente. Reprime-se, assim, o motivo determinante ilícito.

Nos termos do dispositivo mencionado, o motivo apenas será relevante no âmbito do negócio se dele constar expressamente e tiver sido sua razão determinante. Como motivo determinante do negócio, a causa deixa o foro íntimo das partes para adquirir relevo na relação contratual.

Os motivos, que estão na esfera subjetiva dos agentes, são transpostos pelos próprios sujeitos para o conteúdo do negócio. As partes, de comum acordo e de forma expressa, reconhecem a existência de determinado motivo e a sua essencialidade para o negócio. Transferem tal motivo para a estrutura negocial como “razão

⁵⁷¹ Federico de Castro y Bravo. *El negocio jurídico*. Reimpr. Madrid: Civitas, 1997, p. 228.

⁵⁷² Orlando Gomes, ob. cit., p. 372.

⁵⁷³ *Negócio jurídico*, ob. cit., p. 105.

determinante”. Com isso, possibilita-se a investigação acerca da falsidade ou não do motivo, com eventuais repercussões na validade do contrato.

IV.2.4.1.2. A causa como requisito de validade dos contratos

Diante da diversidade de conceitos de causa, parece-nos útil indagar no âmbito do presente estudo se a causa insere-se entre os requisitos essenciais dos contratos, bem como se apresenta alguma utilidade para se aferir a validade da relação contratual.

De acordo com Orlando Gomes, a causa é apta a desempenhar uma dupla função no âmbito dos contratos.⁵⁷⁴

A primeira delas é de tipificação dos negócios. Além dos negócios tipificados pela lei, faculta-se a realização de outros para atender às diversas outras finalidades não reguladas expressamente. Mas a possibilidade de realização desses outros negócios é aferida a partir da sua causa pois “é exatamente pelo propósito (causa final) que se afere se têm significação jurídica, se merecem proteção legal, se realmente vinculam juridicamente as partes”.⁵⁷⁵

Assim, a causa é útil para se determinar se certos contratos – especialmente aqueles não tipificados – merecem proteção jurídica.

A outra função é a de definição das variações que a relação jurídica que se forma com o contrato pode apresentar de acordo com as finalidades deste. O propósito visado com a celebração do contrato vai influenciar toda a relação jurídica, determinando as alterações que esta venha a sofrer e até mesmo as hipóteses de sua extinção.

No entanto, há controvérsias doutrinárias quanto ao reconhecimento da independência da causa como requisito essencial dos contratos. As teses construídas a esse respeito podem ser divididas nas correntes anticausalistas e causalistas.

Aqueles que se filiam às vertentes anticausalistas da doutrina civilista reputam que a noção de causa é inútil para a compreensão do negócio jurídico. Consistiria em multiplicação desnecessária dos elementos que integram o negócio. Consideram que o conceito de causa se confunde com o de objeto, de consentimento ou com o próprio conteúdo do contrato.

⁵⁷⁴ *Introdução...*, ob. cit., p. 372-373.

⁵⁷⁵ Ob. cit., p. 373. Em sentido diverso, Antônio Junqueira de Azevedo sustenta que a fixação do regime jurídico a que o negócio se submete decorre do seu objeto e não da causa. A causa é extrínseca à constituição do negócio e não integra o objeto (mas nem por isso o autor deixa de atribuir relevância à causa nos planos da validade e da eficácia do negócio) (*Negócio jurídico*, ob. cit., p. 149-150).

Por sua vez, os causalistas reconhecem a autonomia e a independência da noção de causa na constituição do contrato. Porém, divergem com relação à função que atribuem à causa conforme admitam a aceção objetiva ou subjetiva desta.

Para os objetivistas, a causa consiste no fundamento da obrigação contratual. Nos contratos bilaterais, é mais perceptível essa noção porque a causa da obrigação assumida por uma das partes é a execução da prestação com que a outra parte se comprometeu. Mas mesmo nos contratos unilaterais há uma causa. Na doação, por exemplo, a causa reside na própria liberalidade do doador ou no benefício para o donatário porque foi este o objetivo que motivou a declaração de vontade.

De acordo com os subjetivistas, a causa é o que revela a significação social ao negócio. A partir da causa é que se constata se o contrato é socialmente útil e se merece guarida no ordenamento. Permite avaliar se o objetivo que se pretende alcançar é digno de tutela jurídica.

A doutrina civilista que admite que a causa integra os negócios jurídicos defende que, para que o contrato seja válido, exige-se que tenha uma causa e que esta seja lícita. Não pode faltar a causa, nem esta ser falsa ou ilegal.⁵⁷⁶

Nos contratos nominados, é a causa que os tipifica, diferenciando-os dos demais, e por isso não pode estar ausente.

Com relação aos contratos atípicos, “a falta de causa observa-se sempre que não seja digno de proteção legal o interesse que as partes quiseram auto-anular”.⁵⁷⁷ A autonomia de celebrar contratos somente é tutelada para a criação de vínculos com algum interesse social.

A causa é considerada falsa quando o propósito a que se visa com a celebração do contrato é diverso daquele que pode ser atingido com o negócio praticado.

Por fim, a causa ilegal é aquela que contraria a ordem jurídica. O objetivo que se pretende atingir com o contrato é contrário ao Direito.

Esses são os requisitos com relação à causa expostos por parcela da doutrina. No entanto, cabe analisar se o Direito positivo ora vigente elenca a causa como um dos requisitos de validade dos contratos.

A exemplo do que se passa com a doutrina, também os Direitos positivos podem ser divididos entre aqueles que se filiam às correntes causalistas e anticausalistas.

⁵⁷⁶ Entre outros, Arnaldo Wald, *Direito Civil: introdução e parte geral*, ob. cit., p. 183.

⁵⁷⁷ Orlando Gomes, *Introdução...*, ob. cit., p. 377.

O Direito nacional tradicionalmente insere-se entre os anticausalistas. A exemplo da sistemática adotada na codificação anterior, ao estipular as regras gerais sobre a matéria o legislador do Código Civil de 2002 não incluiu a causa entre os requisitos necessários dos negócios jurídicos.⁵⁷⁸

Cabe ressaltar que a previsão do art. 166, inc. III, do Código Civil (“*É nulo o negócio jurídico quando: ... III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito*”) por si só não permite uma ampla investigação acerca da causa nos contratos.

No Direito Civil, o vício não decorre exclusivamente do fato de uma das partes pretender praticar o negócio para a realização de objetivo ilegal. Não basta esse propósito unilateral, não revelado à outra parte, para macular o negócio. A situação é diversa quando ambas as partes realizam o negócio com o propósito comum de perseguir fim ilegal. Nesse caso, há uma motivação determinante assumida por ambas as partes. O motivo ilegal passa a integrar o conteúdo da relação contratual e é razão para a sua nulidade.

Assim, apenas nessa acepção bastante restrita de razão determinante, assumida por ambas as partes por ocasião da formação da relação contratual, é que o Direito Civil positivado admite a integração da causa como elemento do negócio jurídico.

Mas isso não significa a ausência de controle com relação aos aspectos que parte da doutrina de Direito Civil engloba no instituto da causa. Aquilo que seria reputada invalidade da causa igualmente macula o contrato, porém sob a perspectiva de vício do próprio objeto ou do consentimento.⁵⁷⁹ Por vias transversas o ordenamento adota soluções que visam a atingir os mesmos resultados que seriam obtidos com o reconhecimento da causa como requisito de validade dos contratos. Aliás, diversas disposições legais apenas podem ser explicadas ao se recorrer ao instituto da causa.⁵⁸⁰

Enfim, como afirma Antônio Junqueira de Azevedo: “A causa, no nosso direito, não está na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento como um todo”.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Apenas na regulação de situações específicas a solução dada pelo legislador pressupõe a análise da causa dos negócios. Como exemplos, pode ser citado o regime da repetição de indébito (CC, arts. 876 e ss.), a previsão da exceção de contrato não cumprido (CC, art. 476) e o enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885). Outra exceção é o disposto no próprio art. 140 do CC, a respeito dos motivos determinantes, ao qual se aludiu anteriormente.

⁵⁷⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, ob. cit., p. 508.

⁵⁸⁰ Tal como ocorre com o regime legal estipulado para o enriquecimento sem causa (CC, arts. 884 e 885), a novação de obrigações nulas ou extintas (CC, art. 367) e a transação realizada sobre litígio já decidido sobre o qual recai a coisa julgada (CC, art. 850), entre outros.

⁵⁸¹ *Negócio jurídico*, ob. cit., p. 160, nota 239.

O objetivo do legislador ao adotar tal solução teria sido a de garantir maior segurança jurídica ao afastar a investigação dos motivos que conduziram à celebração do contrato. Afastou-se a possibilidade de que simples móveis psicológicos, restritos à esfera íntima dos contratantes, pudessem servir de pretexto para a invalidação do negócio.

IV.2.4.2. A noção de causa no Direito Administrativo

Já no Direito Administrativo, a causa é considerada requisito essencial⁵⁸² dos atos e contratos administrativos. No entanto, a exemplo do que ocorre no Direito Privado, o conceito de causa é fortemente controvertido em sede doutrinária.

A primeira afirmação da causa do ato administrativo, como registra André Gonçalves Pereira, é localizada na jurisprudência do Conselho de Estado francês, entre 1922 e 1936. São diversos julgados que invalidaram decisões administrativas por falta de causa: “o tribunal anula os atos porque, sendo fundados em fatos materialmente inexatos, têm ‘uma causa jurídica inexistente’”.⁵⁸³ Logo a doutrina francesa preocupou-se em explicar que a sindicabilidade da causa consistia em um controle de legalidade e não de oportunidade do ato. A controvérsia refere-se ao enquadramento da causa como um requisito autônomo do ato ou inserindo-a em algum dos outros elementos essenciais do ato.⁵⁸⁴

Na doutrina italiana, a causa no Direito Administrativo é rejeitada principalmente por Alessi e Giannini.

Para Alessi, a noção de causa é exclusivamente aquela do negócio jurídico privado. Critica os doutrinadores que atribuem à causa a relação que deve existir entre o conteúdo do ato administrativo e o interesse público.⁵⁸⁵

Não há nada de comum, segundo Alessi, entre a causa do negócio jurídico e o interesse público. A causa jurídica do negócio seria exclusiva do Direito Privado, por traduzir a transferência patrimonial voluntariamente realizada entre dois sujeitos mediante contrato. No Direito Público, o controle quanto à realização do interesse público é essencialmente extrínseco à medida que os seus requisitos e limites são determinados pela norma jurídica – limitação essa inexistente nos negócios privados. O autor define a

⁵⁸² André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade...*, ob. cit., p. 110.

⁵⁸³ Ob. cit., p. 111.

⁵⁸⁴ Ob. e loc. cit.

⁵⁸⁵ *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 260.

relação existente entre interesse público e atuação administrativa como sendo uma questão de legalidade substancial.⁵⁸⁶

Do mesmo modo, Giannini rejeita a noção de causa. Mas para tanto emprega argumentos do próprio Direito Administrativo: admite a tipicidade do ato administrativo e, em decorrência, reputa que todos os requisitos devem ser “típicos”. Daí que não há lugar para a causa como algo distinto do motivo e do objeto.⁵⁸⁷

Outros autores, ainda, admitem a causa no Direito Administrativo mas se limitam a transpor a sua noção privatística – como sendo o fim que se pretende atingir com o ato – para o Direito Público (noção de causa jurídica ou causa imediata). No Direito Privado, em regra somente a causa como escopo típico visado com a prática do ato é relevante. Apenas excepcionalmente atribui-se relevância no Direito Privado ao fim particular que os sujeitos pretendem obter com o ato (causa natural, remota ou motivo).⁵⁸⁸ Estes fins apenas têm relevância em casos restritos e expressamente previstos (tal como a expressa rejeição de “motivos ilícitos” – CC, art. 166, III).

No Direito Público, algumas correntes doutrinárias acabam por unificar os conceitos de causa e de motivo determinante.

Segundo Jèze, os motivos são as considerações de fato e de direito que levam o agente a praticar determinado ato. São considerações de ordem subjetiva, que indicam os propósitos que se tem em vista ao praticar determinado ato.⁵⁸⁹ Jèze propõe o conceito de “motivo determinante”, que é “pessoal, subjetivo; varia segundo os indivíduos”.⁵⁹⁰ O motivo determinante pode influenciar a validade do ato à medida que “se o *motivo determinante não existe de fato ou é ilícito ou imoral*, a manifestação unilateral de vontade ou o acordo bilateral de vontades são *irregulares*”.⁵⁹¹

Para Bielsa, a causa contratual equivale ao seu “motivo-pressuposto”. São elementos de fato e de direito verificados previamente à conclusão do contrato. Já o motivo propriamente dito dos contratos administrativos é aquele contemplado na lei, pois o único fim que pode ser perseguido pelos agentes é o atendimento ao interesse público.

⁵⁸⁶ Ob. cit., p. 260-262.

⁵⁸⁷ *Diritto Amministrativo*, v. II, ob. cit., p. 687-688. Registre-se, ainda, o entendimento de Guido Zanobini segundo o qual a causa não tem existência autônoma pois se vincula à própria vontade. Seria um particular modo de agir da própria vontade (*Corso di Diritto Amministrativo*, v. I, ob. cit., p. 227-229).

⁵⁸⁸ Guido Landi e Giuseppe Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, ob. cit., p. 188.

⁵⁸⁹ *Principios generales...*, t. III, ob. cit., p. 223.

⁵⁹⁰ Ob. e loc. cit.

⁵⁹¹ Ob. cit., p. 226.

Este é o chamado motivo determinante. Os motivos pressupostos são logicamente anteriores ao motivo determinante e guardam com este uma relação de causa e efeito.⁵⁹²

A causa e os motivos pressupostos, segundo Berçaitz, são equivalentes. Ambos consistem nos “antecedentes de fato e de direito do ato ou do contrato que movem a considerar sua necessidade ou conveniência”.⁵⁹³ E estes são distintos do motivo determinante, que retrata o fim que se pretende satisfazer – que deve ser o melhor atendimento possível às necessidades coletivas para as quais foi outorgada competência para o órgão administrativo praticar o ato ou celebrar o contrato.⁵⁹⁴

No Direito Privado, os motivos precedem o ato e apenas excepcionalmente têm valor jurídico. Já no Direito Público, os motivos são os elementos objetivos que foram levados em consideração para a prática do ato e integram este, de modo que os vícios relacionados com os motivos são hábeis a determinar a invalidação do ato. No entanto, a causa não se confunde com os motivos, com os pressupostos e circunstâncias de fato e de direito que conduzem à prática do ato. A esse respeito, adotamos a construção de André Gonçalves Pereira acerca da causa.

André Gonçalves Pereira sustenta o entendimento de que a causa somente pode ser considerada elemento essencial do ato administrativo se for tomada em sentido objetivo.⁵⁹⁵

No Direito Administrativo, a causa resulta da *relação* que se estabelece entre o mundo exterior e o ato. Na definição de Gonçalves Pereira, “a causa é uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto”.⁵⁹⁶ O ato visa a produzir efeitos no mundo real e toma por base alguma situação de fato ou de direito do mundo sensível.

Daí que “é da apreciação desse pressuposto que surge o objeto do ato”.⁵⁹⁷ O agente só pode agir se verificada essa relação entre o ato e o interesse público. O autor conclui que “é por isso que entendemos que do ato administrativo faz necessariamente parte a causa, relação entre os pressupostos e o objeto”.⁵⁹⁸

⁵⁹² *Derecho Administrativo*. T. II. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1955, p. 157-159.

⁵⁹³ *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 288.

⁵⁹⁴ Ob. cit., p. 289. Adiante, o autor ressalva, no tocante aos contratos administrativos, que “reaparece paralelamente a causa clássica do direito privado”, na acepção de a causa da prestação assumida por uma das partes ser a contraprestação com que a outra se comprometeu (ob. e loc. cit.). Essa é a noção de causa objetiva dos contratos, que adiante se expõe.

⁵⁹⁵ *Erro e ilegalidade...*, ob. cit., p. 122 e ss.

⁵⁹⁶ Ob. cit., p. 122. A partir dos ensinamentos de Marcello Caetano, o autor adota o seguinte conceito de pressuposto: “situação de fato ou de direito cuja existência a lei reputa indispensável para que o ato possa ser validamente praticado” (ob. cit., p. 129).

⁵⁹⁷ Ob. cit., p. 123.

⁵⁹⁸ Ob. e loc. cit.

Se os pressupostos existem na realidade, o ato tem causa. Se o agente se equivocou ou se intencionalmente afirmou a ocorrência de pressupostos que não existem, o ato não tem causa e deve ser invalidado. Isso vale inclusive para os atos discricionários, que são invalidados com o emprego da noção de causa “através da idéia de que, embora possa haver discricionariedade na escolha dos pressupostos, uma vez estes escolhidos, o ato só é válido se a relação entre os pressupostos e o objeto for realmente existente”.⁵⁹⁹

IV.2.4.3. A causa nos contratos administrativos

Parece-nos ser a causa um dos requisitos de validade dos contratos administrativos.

Isso decorre da própria teoria geral do Direito Administrativo, de acordo com a qual a atividade administrativa é necessariamente causal. Em toda e qualquer atuação administrativa é cabível a investigação da presença e da legitimidade da causa. A regularidade da causa é um dos requisitos de validade dos atos praticados pela Administração Pública.

Quanto ao significado a ser atribuído à causa dos contratos administrativos, este decorre tanto da teoria geral dos contratos quanto da teoria geral do Direito Administrativo.⁶⁰⁰⁻⁶⁰¹

No âmbito dos contratos administrativos, são relevantes as concepções de causa tanto no sentido subjetivo quanto no objetivo. Tal como no Direito Civil, a

⁵⁹⁹ Ob. cit., p. 124. Essa noção de causa tal como concebida por André Gonçalves Pereira foi difundida entre nós por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso...*, ob. cit., p. 374-376). Ao incluir a causa entre os elementos do ato, o autor nacional rejeita ser o motivo elemento autônomo: “*Motivo* é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato” (ob. cit., p. 363).

⁶⁰⁰ Em sentido diverso, André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé entendem que a noção de causa dos contratos administrativos é a mesma do Direito Civil (cabe lembrar que no Direito positivo francês há a expressa previsão da causa como sendo um dos elementos constitutivos dos contratos). Segundo os autores citados, não há a necessidade de se construir uma definição diversa de causa pois da diversidade de regime jurídico a que se submetem os contratos privados e os contratos administrativos não decorreria uma variação dos elementos constitutivos dos contratos (*Traité des Contrats Administratifs*, t. I, ob. cit., p. 557). Adiante, os autores ressaltam que, apesar de reputarem ser a noção de causa a mesma para os contratos administrativos e os contratos de Direito Privado, diante da diversidade de noções de causa mesmo no Direito Privado – como contrapartida do engajamento de cada uma das partes e como objetivo perseguido pelos contratantes – ressaltam que o controle no tocante à segunda acepção de causa no Direito Privado aproxima-se daquele realizado para a aferição de desvio de finalidade do Direito Público (ob. e loc. cit.).

⁶⁰¹ Como se expõe adiante, entendemos que a noção de causa do Direito Privado não coincide exatamente com aquela que é requisito de validade da atuação administrativa. Quando menos, há de se reconhecer que existem significativas variações na aplicação do instituto da causa aos contratos administrativos – em especial no tocante à vertente subjetiva da noção.

obrigação deve estar fundada em alguma causa, e esta não pode ser falsa nem ilegal. A partir dessa premissa, para o presente estudo concebe-se a causa como comportando duas noções distintas. Abarca tanto o fim objetivo visado com a prática do negócio quanto o móvel que determinou a opção dos contratantes de celebrar a avença.

A avaliação da causa em sentido objetivo é relevante para se constatar a própria presença ou não de causa no contrato. Já para se aferir a legalidade da causa toma-se como pressuposto a noção de causa em sentido subjetivo.⁶⁰² É nesta última acepção que a noção de causa adquire particularidades mais acentuadas com relação ao conceito de causa do Direito Civil. Tal variação decorre especialmente da aplicação do princípio da legalidade administrativa.

Essa natureza dúplice da causa repercute na multiplicação das hipóteses de ocorrência de vícios que possam afetar a validade da causa. Isso porque é reprimida tanto a sua ausência quanto a sua ilegalidade.

IV.2.4.3.1. A causa objetiva dos contratos administrativos

A definição objetiva de causa é bastante nítida nos contratos patrimoniais sinalagmáticos, que dão origem a direitos e obrigações recíprocas. Nestas hipóteses, é o aspecto da causa como razão da atribuição patrimonial que se sobressai.⁶⁰³

A causa da obrigação é apreendida em termos abstratos de modo que “nos contratos sinalagmáticos a título oneroso, a causa da obrigação de um dos contratantes é a *contrapartida* pela qual o outro se obrigou”.⁶⁰⁴ A existência da causa é uma avaliação objetiva porque, independente dos motivos que levaram as partes a contratar, a causa da obrigação de um é a efetiva execução da prestação assumida pelo outro.

A noção de causa objetiva diz respeito então à necessidade de os contratos administrativos propriamente ditos serem comutativos e sinalagmáticos.⁶⁰⁵ Isso porque essa acepção de causa conduz à necessidade de se observar uma certa equivalência entre as obrigações pactuadas nos contratos.⁶⁰⁶

A esse respeito, Laurent Richer reputa estar ausente a causa do contrato ou de alguma de suas cláusulas quando, no momento de conclusão do contrato, não existe a contrapartida esperada por um dos contratantes ou quando o contrato não apresenta

⁶⁰² Cf. André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des Contrats Administratifs*, t. I, ob. cit., p. 558-562; Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 227.

⁶⁰³ Santoro-Passarelli, *Dottrine generali de Diritto Civile*, ob. cit., p. 174-175.

⁶⁰⁴ Benoît Plessix, ob. cit., p. 228.

⁶⁰⁵ V. item IV.2.3.3.4

⁶⁰⁶ Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 281.

utilidade, contrariando a expectativa das partes.⁶⁰⁷ Assim, quando a coisa prometida não existe no momento de formação do contrato ou se a prestação acordada, que determinou a manifestação da vontade de contratar, não tiver qualquer utilidade para a parte que dela se beneficiaria, há de se reputar tratar-se de ausência de causa contratual. O contrato tal como se apresenta não é apto a atingir o resultado que as partes tinham em vista ao firmá-lo.

Vale frisar que a presença da causa deve ser verificada no momento de conclusão do contrato. A causa é requisito de formação dos contratos. O seu desaparecimento posterior poderá dar ensejo à resolução da avença, mas não à sua invalidação. Elementos posteriores à formação do contrato não poderão produzir efeitos retroativos para o fim de viciar contrato validamente concluído.

Reputa-se ser o contrato desprovido de causa no momento de sua conclusão quando não é apto a atender o resultado que as partes ou uma delas tinha em vista ao firmar a avença.⁶⁰⁸

Aplica-se esse princípio, por exemplo, para os casos em que a Administração Pública assume a realização de pagamentos que não eram devidos. São hipóteses de ausência de causa, nas quais não existe a contrapartida esperada por uma das partes.

Cabe destacar que a ausência de causa não se confunde com a suposta insuficiência da contraprestação.

A causa objetiva é relacionada, então, com a existência de uma certa correspondência entre as prestações assumidas por cada uma das partes. Por exemplo, em contratos nos quais o preço pactuado para o bem ou serviço for simbólico, pode-se cogitar da ausência de causa para o devedor da prestação. No entanto, no que se refere à contrapartida assumida por cada uma das partes, no mais das vezes não são nítidos os limites entre a ausência de causa, que determina a sua invalidação, e a simples desproporção admissível de acordo com as regras do mercado.

Essa constatação encontra-se estritamente vinculada ao fato de a ausência de causa freqüentemente estar associada ao erro de uma das partes quanto à obrigação assumida. É por essa razão que, como observa Dominique Pouyaud, a jurisprudência

⁶⁰⁷ *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 153.

⁶⁰⁸ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 160, cf. concl. J. Theis em C.E., 29 de janeiro de 1947, *Michaud*.

administrativa francesa tende a apreciar a presença de causa em sentido subjetivo sob a perspectiva de vício de consentimento.⁶⁰⁹

Como se analisou anteriormente, a desproporção entre as prestações assumidas pelas partes caracteriza o instituto da lesão. Não obstante, a regra geral é de inadmissibilidade da lesão como vício dos contratos administrativos.⁶¹⁰

O princípio geral de que a obrigação de cada uma das partes é a causa da obrigação da outra é o mesmo tanto para o Direito Privado quanto para o Público. As principais variações que essa noção de causa sofre para ser aplicada aos contratos administrativos dizem respeito aos critérios a serem levados em consideração para se avaliar a presença ou não de causa em um determinado contrato.

No tocante ao preço pago pela Administração nos contratos de fornecimento de bens e de prestação de serviços, a Lei nº 8.666/93 traça os parâmetros objetivos que deverão ser empregados para se avaliar no curso da licitação a suficiência da contraprestação.⁶¹¹

No entanto, é relevante ressaltar que a sua apreciação não pode se restringir aos aspectos estritamente econômicos. A avaliação da conexão objetiva existente entre prestação e contraprestação nos contratos administrativos sempre deverá levar em consideração o fim de interesse público que se pretende atender com o contrato.⁶¹²

Não se pode olvidar da possibilidade de a Administração celebrar avenças com valores subsidiados e até mesmo a fundo perdido.⁶¹³ São os típicos casos de

⁶⁰⁹ Ob. cit., p. 159. Ainda segundo a autora, os tribunais administrativos franceses reconheceram a nulidade por esse motivo apenas em alguns poucos precedentes. No mais das vezes, constatou que havia causa no momento de conclusão do contrato.

⁶¹⁰ V. item IV.2.2.5.

⁶¹¹ Especialmente as disposições que tratam da necessidade de elaboração de orçamentos e as regras a propósito do valor máximo e da inexecutabilidade das propostas (Lei nº 8.666/93, art. 7º, §2º, inc. II; art. 40, inc. X e art. 48). Ademais disso, não se pode olvidar que não é cabível pretender-se aplicar diretamente os parâmetros de preços praticados no mercado ao contexto das licitações. Da Administração usualmente são cobrados preços mais elevados em razão dos diversos fatores de risco existentes.

⁶¹² Segundo Sérvulo Correia, “A exigência de *razoabilidade da contraprestação* representa uma aplicação do *princípio da proporcionalidade* que se traduz numa equivalência mínima e objetiva entre o seu valor e o da prestação, com ponderação dos interesses em causa. Ao passo que, no contrato privado, a justiça material é defendida apenas mediante os princípios de ordem pública e as normas injuntivas, no contrato administrativo, a exigência de justiça não se salvaguarda unicamente através de limites negativos. A atividade está submetida a um imperativo constitucional de justiça e de proporcionalidade que não pode ser neutralizado pela natureza bilateral de alguns dos atos de conformação” (*Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 748).

⁶¹³ A própria qualificação desses pactos da Administração como contratos administrativos é bastante controvertida. Por um lado, não se descarta a possibilidade de a Administração celebrar outras espécies diversas de contratos, que não se encontram expressamente previstos na legislação. Por outro, há de se avaliar se o lugar ocupado pelos particulares nessas avenças é equiparado ao de um co-contratante, especialmente com relação aos direitos que lhe são reconhecidos. Caso seja descartada a qualificação como contrato atípico da Administração, esses pactos – celebrados pelo Estado principalmente para fins de

subvenções estatais, em que são outorgados os mais diversos benefícios com a previsão de contrapartidas desproporcionalmente menores ou até mesmo inexistentes.

Nesses casos, a causa deverá ser avaliada levando-se em consideração o fim público perseguido, se o atendimento daquele interesse e a dimensão em que isso ocorrerá justifica a celebração da avença naqueles termos pela Administração. A conclusão desse contrato poderá ser enquadrada inclusive nas hipóteses de dispensa de licitação,⁶¹⁴ com a avaliação da vantajosidade da contratação colocada em segundo plano. Mas isso não dispensa a realização de algum tipo de controle com relação à reciprocidade das prestações.

IV.2.4.3.2. A causa subjetiva dos contratos administrativos

Considerando-se a concepção subjetiva, a causa da obrigação é apreendida concretamente. Isso porque implica determinar-se as razões pelas quais as partes optaram pela celebração de determinado contrato isolando-se “o ‘porquê’ subjetivo que motivou cada contratante a se obrigar”.⁶¹⁵

É uma investigação do motivo que conduziu à celebração do contrato.

Nessa acepção subjetiva, a causa encontra-se estritamente vinculada ao consentimento pois o que se averigua é a própria justificativa para a aquiescência manifestada pelos contratantes. Investiga-se o motivo pelo qual as partes deram seu consentimento para se engajar naquela determinada relação contratual.

No entanto, não se pode confundir a verificação dos motivos em que se funda a decisão de contratar da Administração com a investigação das intenções dos agentes administrativos que participaram do negócio. A aferição de eventual ilegalidade ou imoralidade da causa dos contratos administrativos não é realizada exclusivamente na esfera psíquica das partes contratantes.

É nessa acepção subjetiva que a definição de causa ganha contornos mais peculiares com relação à causa dos contratos de Direito Privado. O objetivo perseguido pelos contratantes deve ser avaliado de acordo com os parâmetros específicos a serem observados na atividade administrativa, em especial o da obrigatória persecução da

intervenção econômica e planejamento – devem ser reconduzidos à figura do “ato-condição”, para os quais a aquiescência do particular não é condição de existência nem de validade, apenas possibilitando que o acordo produza efeitos.

⁶¹⁴ Por exemplo, para o fim de intervenção no domínio econômico (Lei nº 8.666/93, art. 24, inc. VI).

⁶¹⁵ Benoît Plessix, *L'utilisation...*, ob. cit., p. 230.

finalidade pública. O controle da finalidade da atividade contratual da Administração é realizado com a aplicação dos cânones do princípio da legalidade administrativa.

Nesse sentido, o exame da legalidade da causa se aproxima do controle da finalidade visada com a celebração do contrato. Por exemplo, na sistemática proposta por Berçaitz, a finalidade aparece autonomamente como elemento essencial dos contratos administrativos. No entanto, a definição que o autor lhe dá é bastante próxima à de causa em sentido subjetivo.⁶¹⁶

Também Héctor Escola sustenta que a causa nos contratos administrativos implica a investigação da intenção, expressa ou não pelas partes ao celebrarem a avença. Segundo o autor, “a causa, como razão determinante da vontade dos que concorrem ao contrato, dirigida à realização do ato, considerado como uma totalidade, e incorporada ao seu regime por menção expressa em seu título, ou pela comum intenção dos outorgantes, constitui um elemento do contrato administrativo”.⁶¹⁷

Por isso, a causa em sentido subjetivo dos contratos recai na noção de causa dos atos administrativos anteriormente exposta, com fundamento nos ensinamentos de André Gonçalves Pereira. Retrata a relação existente entre os motivos de fato invocados e o contrato celebrado, sempre tendo em vista a finalidade perseguida.

Com esse significado, a causa é importante elemento de controle da contratação administrativa. Sua relevância sobressai-se nas contratações diretas, como registra Lucia Valle Figueiredo.⁶¹⁸ Caracterizar determinadas situações como de urgência ou exigentes de notória especialidade constituem em pressuposto fático para a celebração do contrato. Em não existindo os pressupostos invocados para a celebração do contrato, este carece de causa pois não se estabelece a relação entre o motivo invocado e o ato praticado.

Até esse ponto cogitou-se apenas do fim ilegal visado que é ao mesmo tempo objetivo da própria conclusão do contrato. É o fim do contrato em si que é ilegal.

⁶¹⁶ Nas palavras do autor: “Enquanto que a causa no direito administrativo é objetiva, a finalidade responde a um critério subjetivo por sua necessária adequação em cada caso às necessidades coletivas e às normas que outorgam competência ao órgão administrativo que intervém na emanação do ato ou na celebração do contrato” (*Teoría general del contrato administrativo*, ob. cit., p. 292-293).

⁶¹⁷ *Compendio de Derecho Administrativo*, v. II, ob. cit., p. 626.

⁶¹⁸ “Destarte, verifica-se ser a *causa* de transcendental importância a fim de se validar contratações diretas. À guisa de exemplo, vamos supor, por hipótese, que a Administração necessite contratar alguém com suporte na notória especialização. Devemos ter como pressuposto fático objeto cujas especificações demandem alguém notoriamente especializado. Nesta hipótese, caso não haja objeto com tal importância, não haverá relação de adequação entre o *pressuposto fático da contratação* e o *ato emanado, autorizatório* da celebração do contrato. Não haverá relação de pertinência lógica entre o objeto fático, pressuposto do ato, e a contratação efetuada” (*Curso...*, ob. cit., p. 518).

Porém, podem-se conceber hipóteses nas quais se verifica o desvio de poder por ocasião da celebração do contrato sem que o fim ilegal integre o objetivo do contrato ou a prestação de uma ou outra parte. São os casos, por exemplo, em que se verifica a ocorrência de desvio de poder no processo de seleção do co-contratante da Administração por indevida eliminação de um dos candidatos. O que se encontra viciado é o procedimento prévio de escolha do contratado pela Administração, o que não torna ilegal o objetivo do contrato em si.

É possível afirmar-se que a noção de causa ilegal é aplicável aos contratantes particulares. Com relação a estes, além de ser cabível cogitar-se de um controle dos motivos subjetivos, ao se relacionarem com a Administração também estão sujeitos à aferição de eventual desvio de poder.

Ao analisar a relação existente entre os conceitos de ilegalidade de causa e de desvio de poder, Dominique Pouyaud afirma que “essas duas noções parecem com efeito ser duas denominações de uma mesma irregularidade que se apresenta diferentemente conforme o objetivo ilegal seja perseguido pela pessoa pública ou pelo particular”.⁶¹⁹

O desvio de poder comporta dois sentidos.

O primeiro deles aplica-se aos casos em que o objetivo visado com a prática do ato é intrinsecamente ilegítimo.

O outro refere-se à utilização de poderes para a prossecução de fins que, apesar de não serem ilegítimos, são estranhos àqueles poderes outorgados pelo ordenamento.

Apenas na sua primeira acepção pode-se cogitar de desvio de poder na prática de atos também pelos particulares, ao se relacionarem com a Administração. E a noção de causa ilegal corresponde justamente ao primeiro sentido de desvio de poder.⁶²⁰ Tal como se verifica para a Administração, nas atividades dos particulares é cabível verificar-se a busca de fim intrinsecamente ilegítimo.

⁶¹⁹ *La nullité...*, ob. cit., p. 172. Apesar disso, a autora registra que o Conselho de Estado francês sempre recusou a aplicação da noção de desvio de poder ao contencioso de formação dos contratos administrativos. Isso pode ser atribuído à divisão de competências na jurisdição administrativa francesa, na qual os vícios de desvio de poder são apreciados por um juiz, competente para o controle dos atos unilaterais, e o contencioso relativo aos contratos da Administração compete a outro juiz administrativo. Por isso, quando muito a noção de desvio de poder é empregada para o controle realizado sobre os atos destacáveis do contrato – mas nesses casos não está em questão o fim do contrato em si e o controle realizado não é hábil a acarretar diretamente a anulação do contrato (ob. e loc. cit.).

⁶²⁰ Ob. cit., p. 173.

Indo adiante, a segunda acepção de desvio de poder, apesar de não estar compreendida na noção de causa ilegal – pois não se trata de ilegalidade do fim perseguido – também pode ser utilizada para o controle dos contratos administrativos. No entanto, restringe-se à atuação da Administração. Pode vir a ocorrer que, ao celebrar contratos, a Administração se utilize de poderes para o atingimento de objetivos que, apesar de não serem intrinsecamente ilegais, prestam-se ao atendimento de interesse público distinto daqueles que o agente administrativo poderia ter em vista ao se utilizar de tais poderes. A questão é desenvolvida adiante.

IV.2.4.3.3. Observações finais

Por fim, cabe ressaltar que as noções objetiva e subjetiva da causa dos contratos administrativos não são radicalmente distintas. Indo avante, é válido afirmar que não podem ser apreciadas de forma dissociada.

Como expõe Péquignot,⁶²¹ a causa como contrapartida da obrigação assumida é condição de existência do contrato privado, a ser verificada no momento de sua conclusão. Como se tentou expor anteriormente, no Direito positivo nacional a causa não é um dos elementos de formação dos contratos privados. Mas disso não decorre que a causa não tenha relevância para a validade e eficácia dos negócios.

No Direito Administrativo, a causa é elemento inderrogável para a formação dos contratos. É inerente à atividade administrativa a demonstração da causa por ocasião da celebração dos contratos.⁶²²

Após a verificação da causa no momento de formação dos contratos, esse elemento é relevante também no curso da execução do contrato. Como afirma Berçaitz: “Existe, pois, uma diferença notável entre o papel da causa no contrato de direito privado e no administrativo. No primeiro, basta sua presença original; no segundo se reclama sua presença permanente, durante toda sua vida, com a mesma plenitude de seu primeiro dia”.⁶²³ Durante todo o período de execução do contrato é necessário que o seu objeto implique a satisfação mais eficiente do fim público.

No Direito Privado, se no curso da execução da avença uma das partes não cumprir com a sua obrigação, isso implica o desaparecimento superveniente da causa. Os

⁶²¹ *Théorie générale...*, ob. cit., p. 246-247.

⁶²² Em especial na denominada fase interna da licitação, que é analisada adiante (v. item IV.2.6.1).

⁶²³ *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 291. A concepção diversa de causa adotada pelo autor não afasta a aplicabilidade da sua lição também ao se considerar ser a causa a relação que se estabelece entre os motivos e o objeto do ato ou contrato.

reflexos disso são verificados no campo da eficácia e não mais no da validade dos contratos.

A consequência de um contrato bilateral ter se tornado sem causa no Direito Privado pode ser a invocação por uma das partes da *exceptio non adimpleti contractus*. É condição resolutiva do contrato que opera *a posteriori*, em razão da sua inexecução. Já no Direito Público incidem maiores restrições para que o co-contratante possa invocar referida exceção.⁶²⁴

Por isso, a causa no contrato administrativo extrapola a noção de contrapartida contratual uma vez que o que impera é a finalidade pública perseguida. Verifica-se, assim, uma interpenetração das noções de causa e finalidade.⁶²⁵ Outrossim, o esvaziamento da finalidade do contrato (por exemplo, caso não seja mais necessária a prestação contratual para se atender à necessidade pública) dá ensejo à resolução do contrato administrativo – o que não se verifica no Direito Privado.

Com isso, de acordo com Péquignot, a noção clássica de causa do Direito Privado é substituída pela finalidade concreta, variável com o passar do tempo e que deve estar presente durante todo o período de vigência do contrato administrativo e não apenas no momento de sua formação.⁶²⁶ No entanto, para se aferir a validade do contrato cabe constatar a existência e a legalidade da causa no momento de formação do contrato.

No entanto, os fins perseguidos pela Administração e pelos particulares não obedecem exatamente aos mesmos critérios e se submetem a regras distintas de

⁶²⁴ Parcela da doutrina sustenta simplesmente não ser possível a invocação da exceção de contrato não cumprido pelo particular. O principal motivo indicado para tanto é o princípio da continuidade do serviço público. Por exemplo, Jean Rivero sustenta que “o particular é sempre obrigado a cumprir, seja qual for a falta da Administração; só pode intentar uma ação por perdas e danos ou interpor um pedido de rescisão em caso de falta grave” (*Direito Administrativo*, ob. cit., p. 146). Porém, esse entendimento não se coaduna com os preceitos do estágio atual de desenvolvimento do Direito Administrativo. A questão é assim analisada por Cassagne:

“Sem embargo, salvo o caso daqueles contratos que tenham por objeto a prestação de um serviço público e no estritamente inerente a sua continuidade a procedência da *exceptio* não encontra obstáculos para sua procedência, tendo em conta o princípio de justiça em que ela repousa (a reciprocidade obrigacional). Com efeito, apartado de que resulta sumamente difícil medir quando se está na presença de uma ‘razoável impossibilidade’ não seria justo que a Administração reclame o cumprimento ao contratado quando ela descumpra suas obrigações nem tampouco que o contratante privado seja quem, em definição, suporte a carga financeira do contrato, ainda que estivesse em condições de fazê-lo.

Observe-se, ademais, que com o critério da ‘razoável impossibilidade’ afeta-se em princípio a igualdade já que apenas poderiam chegar a invocar a exceção aqueles contratados que contam com menor capacidade patrimonial. Em suma, sua não admissão implica agravar os riscos próprios do contrato, alheios à vontade do contratado, quem os transladará, como é lógico, ao preço de suas prestações, em prejuízo do interesse da comunidade” (*El contrato administrativo*, ob. cit., p. 71-72).

⁶²⁵ Georges Péquignot, *Théorie générale...*, ob. cit., p. 247.

⁶²⁶ Ob. e loc. cit.

controle. A causa, tal como concebida pela doutrina civilista, é mais adequada para o controle dos móveis dos particulares ao celebrar contratos com a Administração. Já a noção de desvio de poder parece melhor refletir o complexo de injunções a que se submete a atividade administrativa.

Por fim, há de se ponderar que a avaliação da causa do contrato administrativo com relação ao particular é cabível apenas em poucos casos e se submete a regras bastante restritivas.⁶²⁷

IV.2.5. Vícios de forma e procedimento

No presente item, pretende-se expor tanto os vícios que recaem sobre o instrumento em si (vícios de forma) quanto aqueles que se verificam no procedimento de elaboração do contrato (vícios de procedimento).

As regras procedimentais regulam a elaboração das decisões administrativas. Prestam-se a identificar a autoridade competente para a prática dos atos e a garantir o respeito aos direitos e interesses dos administrados. O próprio conteúdo das decisões pode vir a ser influenciado pela utilização das regras procedimentais.⁶²⁸ Já as regras formais disciplinam especificamente a exteriorização da atividade administrativa.

Apesar de se tratar de vícios distintos, propomos o seu estudo conjunto por se submeterem a um regime próximo no tocante aos seus vícios. São basicamente os mesmos critérios que deverão ser adotados em um e em outro caso para se aferir se é o caso ou não de invalidação.

IV.2.5.1. A forma exigida para o contrato administrativo

Nos diferentes ordenamentos jurídicos, pode-se constatar a contraposição entre duas concepções de contrato: a formalista e a consensualista, conforme se privilegia a forma ou o acordo de vontades como fundamento do pacto.⁶²⁹ No Direito Privado,

⁶²⁷ Aplicam-se, em termos gerais, os mesmos postulados empregados na avaliação dos vícios de consentimento nos contratos administrativos (v. item IV.2.2). A esse respeito, Berçaitz afirma que “o motivo ou móvel que determina o co-contratante a prestar sua colaboração para a Administração pública, não conta nem tem relevância jurídica no contrato” (*Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 291). Para o autor, essa seria mais uma manifestação da situação de subordinação jurídica em que o particular se encontra frente à Administração.

⁶²⁸ René Chapus, *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 948.

⁶²⁹ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 68.

observa-se em geral uma preponderância da importância do consensualismo sobre a forma contratual. Considerando-se que a autonomia da vontade não apresenta a mesma força no Direito Público e como consequência dos requisitos formais a serem observados para a formação de vontade da Administração, é válido afirmar-se que o formalismo prevalece no Direito Administrativo.

Em nosso ordenamento jurídico, a regra geral é a de que os contratos administrativos devem ser formalizados por escrito. A possibilidade de o contrato ser verbal é objeto de expressa previsão legal, exceção aplicável a hipóteses bastante restritas.⁶³⁰ Em alguns casos, exige-se forma mais solene tal como a escritura pública.⁶³¹

Indo avante, pode-se considerar como sendo parte integrante da forma a ser observada, por ser objeto de expressa previsão legal, a necessidade de inclusão de certas cláusulas obrigatórias no contrato.⁶³²

Com efeito, além de ser escrito, o contrato administrativo submete-se a uma forma particular, uma vez que parte de seu conteúdo obrigatório. Com isso, em regra não serão suficientes para o preenchimento do requisito forma documentos escritos tais como uma troca de correspondências ou uma oferta acompanhada da sua aceitação – mesmo que de tais documentos resulte certo que a vontade das partes era a de estabelecer o vínculo contratual. Faz-se necessário que do instrumento contratual conste todo o conteúdo previsto no art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Quando a forma escrita é exigida por lei, sua ausência obstaculiza em princípio a própria formação do vínculo contratual. Está ausente elemento essencial do contrato. No entanto, isso não significa que não poderão vir a ser reconhecidos os efeitos decorrentes da relação existente entre as partes.⁶³³

O Direito francês admite a possibilidade de contrato verbal, com a manifestação de vontade tácita pela Administração no momento de conclusão do contrato.⁶³⁴ Porém, essas manifestações informais de vontade não seriam válidas quando se faz necessário o consentimento de autoridades diversas ou quando a forma escrita é

⁶³⁰ Trata-se dos casos dos contratos de pequeno valor para pagamento imediato, nos termos disciplinados pelo art. 60 da Lei nº 8.666/93.

⁶³¹ A necessidade de escritura pública é objeto de prescrição legal específica que adota o regime de Direito Privado aplicável às transações que envolvem bens imóveis (Lei nº 8.666/93, art. 60, *caput*). A inobservância da sua exigência é causa de nulidade, como estipula o art. 108 do CC.

⁶³² Edmir Netto de Araújo, *Contrato administrativo*, ob. cit., p. 24. A questão das cláusulas necessárias do contrato administrativo (especialmente arts. 55 e 61 da Lei nº 8.666/93) é objeto de análise específica no item IV.2.7, por ser diretamente relacionada com o conteúdo da avença.

⁶³³ V. título III.

⁶³⁴ Cf. André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 569-570.

imposta pela lei. Cabe constatar, mesmo no Direito francês, que são poucas as possibilidades de contratos administrativos tácitos ou verbais diante do procedimento de elaboração complexo, fracionado em etapas sucessivas, que deve ser observado para o aperfeiçoamento do contrato.

No entanto, em nosso ordenamento jurídico encontra-se a expressa vedação para a conclusão verbal de contratos pela Administração Pública. Há a ressalva apenas para as compras de pequeno valor, para pronto pagamento.⁶³⁵

Aliás, a própria invalidação por vícios de forma acaba sendo de ocorrência bastante rara. Apenas os casos de própria ausência do instrumento é que acabam inviabilizando a preservação da avença viciada – sem prejuízo de que seus efeitos possam vir a ser reconhecidos.

No art. 61 da Lei nº 8.666/93, há a previsão de uma série de requisitos a serem observados por ocasião da formalização do contrato administrativo. Porém, a inobservância destas exigências não apresenta potencial invalidante por si só. Faz-se necessária a conjugação do não atendimento aos requisitos formais à violação de alguma outra regra ou princípio apta a vulnerar o interesse público envolvido na licitação.⁶³⁶

A materialização do contrato pode ser realizada com a utilização de diversos instrumentos. O art. 62 da Lei nº 8.666/93 determina ser obrigatório o “instrumento de contrato” para as contratações que foram precedidas de licitação nas modalidades de concorrência e tomada de preços e nos casos de dispensa e inexigibilidade cujo valor se enquadre nos limites destas duas modalidades de licitação. Nas demais hipóteses, prevê o mesmo dispositivo, o “instrumento de contrato” poderá ser substituído por outros instrumentos como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra e ordem de execução de serviço.

⁶³⁵ A disciplina da matéria é dada pelo parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93: “É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea ‘a’ desta Lei, feitas em regime de adiantamento”.

⁶³⁶ Nesse sentido são os comentários de Marçal Justen Filho quanto ao alcance do dispositivo: “O cumprimento das formalidades pode não ser da essência da contratação. Sem dúvida, a forma escrita é indispensável, ressalvadas as hipóteses excepcionais (...). O contrato pode ser plenamente válido ainda quando desrespeitado o procedimento delineado no art. 61. Se for possível comprovar a existência e a validade da contratação, o descumprimento ao disposto a essas regras será superável. A contratação será válida e apenas será obstaculizada a eficácia do contrato. Mas a ofensa a essas formalidades acarreta forte presunção de irregularidade. Se houve, além disso, ofensa a outros dispositivos, poderá caracterizar-se invalidade. Mesmo o particular não poderá alegar boa-fé, porquanto há o dever de o particular que contrata com a Administração Pública adotar precauções básicas acerca do respeito às exigências legais” (*Comentários...*, ob. cit., p. 514).

O que importa destacar é que, independente do instrumento de formalização utilizado, em todo e qualquer caso há contrato administrativo. Por isso, deverão ser observados todos os requisitos para este previsto, tais como as cláusulas obrigatórias (Lei nº 8.666/93, art. 55) e a exigência de publicidade para sua eficácia (art. 61, par. único).⁶³⁷

IV.2.5.2. O procedimento exigido para o contrato administrativo

A validade dos contratos administrativos não depende apenas da regularidade da avença em si, mas também dos atos que a antecederam. Na Lei nº 8.666/93, há a previsão, com certo nível de detalhamento, dos atos que devem compor o procedimento administrativo que conduz à celebração do contrato.

Os atos pré-contratuais repercutem diretamente na validade dos contratos administrativos (Lei nº 8.666/93, art. 49, §2º). A circunstância de que os requisitos de validade dos contratos são verificados no momento da conclusão destes não afasta o potencial invalidante de vícios ocorridos anteriormente, cujas causas eventualmente não mais subsistam quando o contrato é celebrado. A verificação da validade dos atos que antecedem o contrato deve retroagir para o momento em que estes foram praticados.

Eventual efeito sanatório apenas pode ocorrer de acordo com as regras gerais de convalidação dos atos administrativos. O simples fato de a causa do vício não mais se verificar posteriormente não é apto por si só para validar o ato praticado em desacordo com as prescrições legais. Por exemplo, se a licitação foi homologada por sujeito que não detinha nenhuma competência, o fato de posteriormente ter sido regularmente investido no cargo titular da competência para a prática daquele ato e assim se encontrar no momento em que o contrato foi concluído não é suficiente para regularizar a avença.

Daí a relevância de os requisitos de validade dos atos pré-contratuais serem aferidos de forma dissociada do exame da legitimidade do contrato em si. Apesar de a invalidade dos primeiros repercutir diretamente no segundo, a celebração do contrato não possui efeito sanatório automático a propósito de vícios que lhe são anteriores.

⁶³⁷ Nesse sentido é a orientação expressa do Tribunal de Contas da União: “Nos casos previstos no art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993, quando substituir o contrato por outros instrumentos hábeis, atente para que sejam incluídos no instrumento, no que couber, as cláusulas a que se refere o art. 55 da aludida lei, conforme estabelecido no §2º do art. 62 dessa norma legal – Decisão 745/2002 – Plenário” (TCU, *Licitações e contratos*: orientações básicas, ob. cit., p. 198).

Os defeitos verificados no procedimento de formação do contrato administrativo são os mais freqüentes. É com relação à sucessão de atos que antecede a contratação que usualmente se relaciona a noção de formalismo na Administração Pública. Há uma série de formalidades cuja observância se exige para a celebração do contrato, requisitos estes que são devidos precipuamente à presença da pessoa pública.

A formação do contrato administrativo ocorre no âmbito de um procedimento administrativo. Ao contrário do que se passa no Direito Privado, a formação dos contratos da Administração deve observar a regulação legal específica, de natureza procedimental.

A necessidade de a formação do contrato administrativo observar requisitos procedimentais vincula-se mais diretamente à realização de prévia licitação. Porém, nem todos os contratos administrativos procedem de uma licitação. O mais relevante é que, com ou sem a realização de licitação anterior, em todo e qualquer caso a formação do contrato administrativo é procedimentalizada. O contrato administrativo necessariamente resulta de um procedimento administrativo.

IV.2.5.2.1. A importância do procedimento administrativo de formação dos contratos

Primeiramente deve ser destacada a relevância da observância de um procedimento para a formação dos contratos administrativos. Trata-se de decorrência direta da procedimentalização da atividade administrativa, postulado de um Estado Democrático de Direito.

A observância do procedimento de formação é requisito de validade dos contratos administrativos. Isso implica muito mais do que o simples cumprimento de uma série de etapas até a conclusão do contrato. Trata-se da realização de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. É essa a principiologia que vai orientar a relevância a ser atribuída a cada um dos atos procedimentais e aos eventuais vícios que os maculem.

IV.2.5.2.2. A decisão de contratar: a relevância da fase interna da licitação

A decisão de contratar consiste no primeiro ato de propulsão do processo de contratação administrativa. Tal decisão “envolve a apreciação de um ou mais interesses públicos cuja prossecução represente atribuição da pessoa coletiva pública e a

escolha da realização de um contrato com uma certa causa-função como o meio mais idôneo para atingir aquele ou aqueles fins”.⁶³⁸

Consiste em se avaliar a idoneidade da estrutura contratual – tanto no que se refere ao tipo de contrato escolhido no caso concreto quanto no que diz respeito à adoção em si da forma convencional – para a satisfação do interesse público em questão. A idoneidade ou não do contrato é aferida de acordo com o escopo a ser atingido. Verifica-se se no caso concreto o atendimento do interesse público não demandaria a adoção de outra medida que não a celebração de contrato ou a opção por outra configuração de contrato, diversa daquela adotada.

Na sistemática da Lei nº 8.666/93, a decisão de contratar corresponde à denominada “fase interna” da licitação. Antes de se divulgar o certame para que os interessados apresentem as suas propostas, faz-se necessário um procedimento interno no qual a Administração deve estabelecer “as condições da disputa”.⁶³⁹

Nessa fase é que se faz a opção pela celebração de determinado contrato para atender ao interesse público. É o que nos ensina Marçal Justen Filho: “Por isso, o procedimento interno se inicia com a identificação da necessidade a ser atendida, a apuração das soluções técnica e economicamente viáveis, a configuração do futuro contrato e, por fim, a conformação do procedimento destinado à contratação”.⁶⁴⁰ Da exata avaliação da necessidade de se celebrar determinado contrato e da configuração das condições dessa avença é que depende, em larga medida, a efetiva obtenção da melhor satisfação ao interesse público.

Enquanto a licitação estiver na fase interna, admite-se amplamente a correção de eventuais falhas que constem dos projetos e do instrumento convocatório.

Registre-se ser, inclusive, o momento mais indicado para que se avalie profundamente a idoneidade da solução concebida para o atendimento ao interesse público, especialmente no tocante à modalidade de licitação escolhida ou à opção pela sua dispensa ou inexigibilidade. Afere-se a legalidade do instrumento convocatório, verificando-se se dele não constam exigências indevidamente restritivas. Cabe certificar, ainda, se as providências prévias exigidas, tal como a autorização financeira e eventual autorização legislativa, já foram devidamente cumpridas.

⁶³⁸ Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 657.

⁶³⁹ Marçal Justen Filho, *Comentários...*, ob. cit., p. 109.

⁶⁴⁰ Ob. e loc. cit.

Após a publicação do instrumento convocatório, a eventual invalidação de atos praticados na fase interna passa a envolver os interesses de terceiros.

Antes da apresentação das propostas, permite-se que a Administração ainda proceda a alterações do instrumento convocatório, desde que sejam atendidos os prazos mínimos de publicidade exigidos para a modalidade de licitação adotada. Apenas se dispensa a republicação “quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas” (Lei nº 8.666/93, art. 21, §4º).

Porém, caso a licitação prossiga até a celebração do contrato sem a correção dos defeitos, o desfazimento de atos por motivos de legalidade passa a submeter-se a um processo mais rigoroso, por atingir uma quantidade indefinida de pessoas. Além da legalidade em si, deverão também ser considerados outros princípios que tutelam os administrados (princípios da boa-fé, da confiança etc.) que poderão determinar a preservação de alguns dos efeitos dos atos viciados ou até mesmo impedir a pronúncia do vício.⁶⁴¹ Com a determinação de desfazimento de atos viciados, terá ocorrido indevido gasto de tempo e dinheiro públicos bem como acarretará a eventual obrigação de indenização de administrados.

Daí a manifesta relevância da fase interna da licitação no tocante à legalidade de todo o certame e do subsequente contrato.

Mesmo quando a legislação silenciar acerca do ato inicial e propulsivo do procedimento de contratação, é imprescindível uma decisão de contratar. Faz-se necessário deliberar motivadamente quanto à opção pela celebração de determinado contrato e justificar a configuração para ele escolhida.⁶⁴²

À medida que da decisão de contratar deverão constar os motivos pelos quais se deliberou pela celebração de contrato administrativo com certo objeto para o atendimento de determinado escopo público, os vícios que atingem tal ato podem ser reconduzidos à ausência ou deficiência da motivação do ato administrativo.

⁶⁴¹ V. título III.8.

⁶⁴² Sérvulo Correia propõe aferir a legitimidade do ato pré-contratual retratado na decisão de contratar com a adoção dos parâmetros do princípio da proporcionalidade. Assevera o autor o seguinte: “O gênero de contrato escolhido tem de constituir um *meio adequado* à realização do fim que a Administração também escolheu, ou que lhe é ditado pelas normas (...) O contrato tem também de ser um *meio indispensável*, no sentido de não haver outro meio adequado para alcançar o fim que seja menos oneroso para a comunidade e para os indivíduos, designadamente no que toca à ablação dos direitos e interesses legítimos de terceiros. Por fim, o contrato decidido tem de ser um *meio razoável*, na acepção de que as vantagens intentadas não devem estar em notória desproporção com os custos incorridos” (*Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 670-671).

Apesar de o vício em princípio ser apenas da decisão de contratar, repercute sobre toda a atividade desencadeada a partir deste ato. Da decisão de contratar deve constar a motivação para a própria celebração do contrato. São estes os motivos que vão fundamentar todos os atos praticados na seqüência do procedimento (sem prejuízo da exigência dos motivos específicos para a prática de cada um dos outros atos posteriores).

Nesse sentido, por exemplo, a jurisprudência administrativa espanhola alude expressamente à invalidação da adjudicação por ausência de motivação suficiente. Refere-se à necessidade de justificar as razões que motivam a celebração da avença por se tratar de requisito indispensável para o controle da atividade contratual da Administração.⁶⁴³

IV.2.5.2.3. Os procedimentos de escolha dos co-contratantes da Administração

O procedimento pré-contratual de escolha do contratante visa à identificação do particular com quem a Administração celebrará o contrato.

A Administração não dispõe da mesma liberdade que têm os particulares para escolher com quem contratar. No mais das vezes, a Administração não pode escolher discricionariamente seu co-contratante. Deverá celebrar o contrato com aquele que lhe foi indicado ao final de um procedimento. Consiste, então, no exercício de competência vinculada.⁶⁴⁴

A doutrina registra que, inicialmente, reputava-se que o procedimento de escolha do co-contratante visava a proteger exclusivamente a Administração. As irregularidades verificadas no procedimento de contratação permaneceram por muito tempo não sujeitas à censura pelos particulares por se entender no séc. XIX que tais prescrições consistiam em “simples regras de ordem inferior”, estabelecidas no interesse exclusivo da Administração. Somente posteriormente esse entendimento foi superado para reconhecer-se que tais regras visavam à salvaguarda do interesse público e que pela

⁶⁴³ Santiago González-Varas Ibáñez. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 136-142.

⁶⁴⁴ Cabe ressaltar que com essa afirmação apenas se está indicando a obrigatoriedade, caso a Administração pretenda celebrar o contrato, de o co-contratante ser aquele escolhido no procedimento prévio. Porém, a questão da existência ou não de direito do adjudicatário ao contrato deve ser compreendida com as ressalvas que a doutrina apresenta. Como bem pondera Marçal Justen Filho: “Ponto fundamental reside na seriedade da atividade administrativa licitatória. Não é possível a Administração promover uma licitação sem a efetiva perspectiva da contratação (...) Ou seja, a aplicação soa princípios constitucionais conduz à alteração das concepções tradicionais sobre a atividade administrativa e o relacionamento entre o Estado e o particular. Não se pode admitir que a contratação seja uma *faculdade* ou uma *prerrogativa* da Administração. Trata-se, também aqui, de um *dever-poder*, o que significa que tal decisão tem de submeter-se ao regime jurídico pertinente” (*Comentários...*, ob. cit., p. 422).

sua não observância poderiam ser prejudicados tanto a Administração quanto os particulares.⁶⁴⁵

Os procedimentos de escolha dos co-contratantes podem ser viciados por violação de normas de fundo ou pela não observância de normas de forma. A violação das primeiras deve ser mais severamente punida. Não obstante, deve ser ressalvado que não são poucos os casos nos quais o respeito às normas de fundo depende da observância das normas formais.

As regras de fundo são as que dizem respeito diretamente à observância dos princípios norteadores do procedimento licitatório e da contratação administrativa.

Extrapolando o objeto do presente estudo a análise minuciosa de todos os vícios que podem macular o procedimento anterior à formação do contrato. Reputa-se relevante estabelecer quais os critérios a serem observados para se determinar qual a consequência que será verificada no âmbito do contrato a partir da constatação de determinado vício ocorrido no curso do procedimento prévio.

A regra geral a ser observada é a de que “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”.⁶⁴⁶ Trata-se da adoção da sistemática da invalidade consequente automática, segundo a qual da pronúncia de invalidade do procedimento licitatório decorre automaticamente a invalidade do contrato.

Porém, esta regra não pode ser aplicada em todo e qualquer caso sob pena de conduzir a resultados injustos. Em determinados casos será possível a preservação do contrato apesar da pronúncia da invalidade de ato que lhe antecede.⁶⁴⁷

Por isso, o ponto relevante a ser analisado na presente etapa do estudo diz respeito à fase anterior à pronúncia de invalidade do procedimento licitatório, qual seja, verificar-se se o vício constatado é causa ou não de invalidade.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os grandes princípios tutelados no procedimento licitatório são os da concorrência e da igualdade, visando-se à garantia de livre acesso à licitação de todos os interessados.

⁶⁴⁵ Georges Péquignot, *Théorie générale...*, ob. cit., p. 217-225; Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 81-82.

⁶⁴⁶ Lei nº 8.666/93, art. 49, §2º. A remissão que o dispositivo legal faz com relação ao disposto no parágrafo único do art. 59 não altera o regime da nulidade consequente automática uma vez que esta disposição diz respeito às consequências da pronúncia de nulidade. Ressalva que: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

⁶⁴⁷ A questão é objeto de análise específica no item III.4.6.

Por exemplo, a constatação de que se exigiu dos proponentes o atendimento de condições ilegais por serem prejudiciais à livre concorrência, em princípio é motivo hábil para a invalidação do certame licitatório. Trata-se de violação de um dos princípios nucleares da licitação.

No entanto, em se tratando de procedimento licitatório já encerrado e em havendo contrato celebrado, impõe-se verificar se a presença dessa cláusula restritiva exerceu uma influência decisiva sobre a escolha do co-contratante. Isso seria bastante claro no caso de ter sido rejeitada a proposta que oferecia condições mais vantajosas para a Administração por não ter sido obedecida a cláusula reputada restritiva. Porém, no mais das vezes não será possível detectar-se com tal clareza nos casos práticos a repercussão concreta que a cláusula indevidamente restritiva acarretou ao resultado do certame.⁶⁴⁸

Com relação às normas de forma, o maior ou menor rigor quanto à sua observância é diretamente relacionado com o fato de que, às vezes, por trás da estipulação de uma norma de forma há uma norma de fundo.

Assim ocorre, por exemplo, com as regras acerca da publicidade nas licitações. A razão de ser destas regras é que seja propiciado o atendimento do princípio nuclear da licitação de efetiva concorrência. Nesse caso, consiste em regra de forma que pode ser reputada substancial, devendo ser rigorosamente atendida.

Por isso, em princípio a não observância das regras acerca da publicidade dos atos da licitação – prazos mínimos para a divulgação do instrumento convocatório, intimação prévia para todos os atos praticados no curso da licitação, divulgação dos resultados e assim por diante – é hábil a acarretar a invalidação do certame.

Mas também nesses casos há de se avaliar a repercussão que a não observância da prescrição legal teve no resultado final da licitação. É possível também que a consolidação do estado de fato, em razão do decurso de um período razoável de tempo, impeça a pronúncia da invalidade sob pena de provocar transtornos desproporcionais. Caso se opte por preservar o contrato, não se exclui o direito à recomposição de perdas e danos dos prejudicados pela ilegalidade do procedimento de escolha do co-contratante.

⁶⁴⁸ Vale ressaltar que não é toda cláusula restritiva ao livre acesso que é ilegal. Algumas restrições são plenamente aceitáveis, por serem necessárias à garantia de execução satisfatória do objeto do contrato. Ademais disso, a não pronúncia de invalidade do procedimento licitatório não significa a ausência de conseqüências pela inclusão indevida de condição restritiva. Nesses casos é possível a indenização por perdas e danos daqueles que foram ilegalmente afastados do certame (o que é analisado no título V).

Já as regras de publicidade aplicáveis aos atos posteriores à adjudicação do objeto da licitação perdem o seu caráter de formalidades substanciais, pois não visam a assegurar uma concorrência efetiva mas apenas a informação dos candidatos. Por isso, as violações a tais regras devem ser avaliadas com maior flexibilidade.

É o que se passa, por exemplo, com a regra que estipula a publicação resumida do instrumento (e de seus eventuais aditamentos) no Diário Oficial em até 20 dias – contados da sua assinatura. A própria Lei nº 8.666/93 determina ser o atendimento dessa regra condição de eficácia do contrato administrativo, sem repercutir no âmbito da sua validade.⁶⁴⁹

Assim, ao lado das formalidades substanciais, necessárias ao atendimento das normas de fundo da licitação, há as formalidades que podem ser reputadas acessórias.

Por fim, cabe registrar que por vezes pode haver alguma margem de liberdade para o administrador optar pelo procedimento a ser utilizado na escolha do seu co-contratante. Porém, uma vez escolhido o procedimento a ser adotado, este deverá ser corretamente observado pela Administração. Se antes havia a faculdade da escolha, uma vez feita a opção passa a existir o dever de a Administração seguir corretamente aquele procedimento, por ela adotado.

Disso decorre que os requisitos de validade procedimentais deverão ser estritamente avaliados de acordo com o procedimento eleito pela Administração. Não será possível eximir-se da censura sobre seus atos alegando que poderia ter observado outro procedimento mais simplificado ou que até mesmo era desnecessário qualquer procedimento competitivo.⁶⁵⁰

IV.2.5.2.4. Fase de celebração do contrato

Abrange os preparativos diretamente vinculados à conclusão do contrato em si bem como o ato da sua assinatura até o início da execução.

Antes da celebração do contrato propriamente dita, há a prestação de garantia pelo adjudicatário nos casos previstos. Somente poderá ser exigida a prestação de

⁶⁴⁹ Lei nº 8.666/93, art. 61, parágrafo único. Devem ser publicados todos os contratos, de qualquer valor e mesmo aqueles que não importem nenhum ônus para a Administração. A ressalva final do dispositivo a propósito do art. 26 do mesmo diploma legal, que trata dos casos de dispensa (com exceção dos incs. I e II do art. 24, que se submetem à regra geral do art. 61) e inexigibilidade de licitação, visa a afastar a duplicidade de publicação nestes casos. Para os casos de dispensa e inexigibilidade, já há previsão de publicação dos atos de ratificação pela autoridade superior, como condição de eficácia destes (Lei nº 8.666/93, art. 26, *caput*).

⁶⁵⁰ René Chapus, *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 948.

garantia se houver a expressa previsão no instrumento convocatório (Lei nº 8.666/93, art. 56). Cabe à Administração avaliar se é necessária ou não a prestação de garantia para assegurar o ressarcimento de eventuais prejuízos causados pelo contratado ao interesse público. Caso se delibere pela necessidade de garantia, a sua exigência deverá ser obrigatoriamente incluída no instrumento convocatório.

Há a previsão de prévio exame e aprovação das minutas dos contratos pela assessoria jurídica da Administração (Lei nº 8.666/93, art. 38, par. único). A minuta do contrato com a devida aprovação da assessoria jurídica deve acompanhar o próprio instrumento convocatório do certame, constituindo em parte integrante deste.

Porém, a ausência dessa manifestação por si só não acarreta a nulidade do contrato. Trata-se de vício que poderá ser suprido posteriormente.⁶⁵¹ O que pode macular o contrato é o vício intrínseco deste, que provavelmente deixou de ser constatado pela ausência de avaliação jurídica prévia.

No Direito Privado, o consentimento pode tanto ser expresso quanto tácito. A regra que prevalece é a de que, em não havendo expressa previsão legal exigindo a manifestação expressa do consentimento, basta a sua manifestação tácita através do silêncio quando as circunstâncias e os costumes assim autorizarem (CC, art. 111).

O consentimento tácito é inferido da prática de atos dos quais se extrai inequivocamente a aquiescência. Já o consentimento expresso pode tanto se manifestar pela forma escrita quanto pela oral (ou até mesmo gestos quando convencionado o seu significado).

Com relação aos contratos administrativos, exige-se o consentimento expresso por parte do Estado para a celebração do contrato.⁶⁵² No tocante aos particulares, ao menos na sistemática prevista na Lei nº 8.666/93, também se exige a manifestação expressa do consentimento para a conclusão do contrato.

O Direito francês vai além para admitir a possibilidade de contratos administrativos verbais desde que a forma escrita não seja imposta pela lei no caso específico. Admite excepcionalmente a possibilidade de o consentimento de ambas as partes ter sido tácito, o que implica uma análise mais profunda da efetiva vontade dos

⁶⁵¹ Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 581.

⁶⁵² Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 270-271. Ressalva-se, apenas, os casos em que a legislação atribuir expressamente um sentido positivo ao silêncio administrativo.

contratantes. É o caso, por exemplo, da continuidade de um contrato, por acordo tácito, após a expiração do seu prazo.⁶⁵³

O aperfeiçoamento do contrato em si dá-se com a assinatura do instrumento lavrado na repartição interessada ou no cartório público quando implicar direitos reais sobre imóveis (art. 60 da Lei nº 8.666/93). Não há previsão legal de que a assinatura dos contratos administrativos seja acompanhada de testemunhas. Também não se exige o reconhecimento de firma.

É com o aperfeiçoamento do contrato que nascem propriamente os direitos e obrigações contratuais das partes.⁶⁵⁴ Porém, as prestações ainda não são exigíveis pois o contrato ainda não é eficaz.

Após a assinatura do contrato, faz-se necessária a publicação do seu extrato no Diário Oficial no prazo de 20 dias. Como já se apontou, consiste em condição necessária de eficácia do contrato.

IV.2.5.3. O formalismo nos contratos administrativos

O formalismo na contratação administrativa aparece necessariamente vinculado a determinados objetivos. A obediência dos pressupostos formalísticos não constitui um fim em si mesmo pois aparecem associados a uma determinada função. Tanto os requisitos de forma quanto os de procedimento encontram-se vinculados, em maior ou menor medida, a determinados escopos.

Daí que a interpretação destes requisitos e as conseqüências que se queira atribuir em razão da sua inobservância devem levar em consideração essa função das formalidades. Como adverte Celso Antonio Bandeira de Mello: “É preciso, contudo, não deificar as formalidades, atribuindo-lhes relevo superior a estas funções que lhes cabe cumprir. Uma vez atendidos estes objetivos que são os inerentes às formalidades, pode-se desprezar algum ponto de somenos, acaso desatendido, que, entretanto, não comprometa os sobreditos objetivos”.⁶⁵⁵

⁶⁵³ André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, ob. cit., p. 569-570. Benoît Plessix cita precedentes da jurisdição administrativa francesa nos quais se concluiu que as partes pretenderam a celebração de determinado tipo de contrato a despeito da inexistência de manifestação expressa de consentimento. A partir do comportamento dos contratantes, extraiu-se indícios de vontade de celebrar certa avença (*L'utilisation...*, ob. cit., p. 195).

⁶⁵⁴ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 61.

⁶⁵⁵ “Funções do Tribunal de Contas”, *RDP* 72, p. 145.

Sempre se deve ter em vista a instrumentalidade das formas. O cumprimento aos requisitos formais não pode se apresentar como uma exigência isolada, como um fim em si mesmo.

A questão do formalismo se apresenta de modo especialmente relevante nas licitações e contratações administrativas.

O procedimento de contratação implica a observância de uma série de atos que são objeto de minuciosa previsão legal. Porém, o procedimento não pode ser reduzido a esse simples ritual, de obediência cega às formas. Especialmente diante da grande quantidade de casos concretos de inobservância das formas legais verificados rotineiramente, apresenta-se a necessidade de se ponderar adequadamente o valor a ser atribuído ao formalismo.

A inviabilidade de se interpretar e aplicar automaticamente as disposições legais, sem levar em consideração a principiologia que norteia a atividade contratual da Administração Pública, é pacífica na doutrina⁶⁵⁶ e foi acolhida em importantes precedentes jurisprudenciais.⁶⁵⁷ A questão tem sido inclusive consagrada nas legislações mais recentes.⁶⁵⁸ A propósito do potencial invalidante da violação às regras formais, reportamo-nos ao exposto no item II.4.3.

IV.2.5.4. A ausência de procedimento de formação do contrato administrativo

Em uma primeira análise, a ausência do procedimento de formação dos contratos administrativos implica a própria inexistência da avença. Não obstante, nesses casos pode-se ter situações bastante próximas às dos contratos inválidos.

⁶⁵⁶ Confirmam-se, entre outros, Marçal Justen Filho, *Comentários...*, ob. cit., esp. p. 63-67; Adilson Abreu Dallari, *Aspectos jurídicos da licitação*, ob. cit., esp. p. 120 e 178-182; Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 29.

⁶⁵⁷ São cada vez mais frequentes os julgados que repudiam o excesso de formalismo nas licitações e contratos administrativos. Como exemplos, a partir de importante precedente do STJ (MS 5.418/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 1.6.1998), podem ser citados os seguintes julgados daquele mesmo tribunal: ROMS 15.530/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 1.12.2003; MS 5.869/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 7.10.2002; RMS 12.210/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 18.3.2002.

⁶⁵⁸ Por exemplo, a recente Lei nº 11.079/04, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”, estipula entre as regras aplicáveis às licitações que “o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório” (art. 12, inc. IV). Trata-se de disposição com teor semelhante àquela que já constava do Regulamento da ANATEL de licitação para concessão, permissão e autorização de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência (Anexo à Resolução n. 65, de 29.10.1998, art. 9º, §4º).

Isso porque, como já se indicou anteriormente, mesmo os negócios inexistentes, em que há apenas uma aparência de contrato, são aptos a produzir efeitos pela crença que despertam quanto à sua existência. Referidos efeitos podem ser merecedores de tutela no caso concreto, em atenção ao interesse público.

É o que ocorre nos casos em que o particular contratado executa em favor da Administração prestações superiores àquelas previstas em decorrência de exercício irregular do *ius variandi* pela Administração. Tal como nas hipóteses de inexistência material dos contratos,⁶⁵⁹ nos atos de modificação inválidos há uma aparência, um título putativo em que se fundamenta o contratado para executar sua prestação.⁶⁶⁰ As situações são particularmente assemelhadas quando o exercício do *ius variandi* foi irregular justamente porque era o caso de ter sido celebrado outro contrato. Desta situação resulta um contrato ilegal por ausência total de procedimento.

Mesmo nesses casos, os efeitos produzidos poderão ser merecedores de tutela, especialmente em atenção aos princípios da confiança e da boa-fé do administrado.⁶⁶¹

IV.2.6. Vícios relacionados com a finalidade do contrato

A atividade contratual da Administração Pública deve ser considerada instrumental para a realização de fins públicos. Não poderia ser diverso, porque é a finalidade pública que deve ser o objetivo a ser atingido em toda a atuação administrativa. Comanda a lógica de todas as atividades estatais e condiciona a legitimidade de todos os atos.

Através do contrato administrativo, procura-se a satisfação de um interesse público. É a realização deste que vai impregnar o objeto e a finalidade do contrato, imprimindo um regime jurídico substancialmente distinto para a avença.⁶⁶² É esta finalidade pública que distingue o contrato administrativo das demais figuras contratuais.

⁶⁵⁹ V. item II.4.1.

⁶⁶⁰ Manuel Rebollo Puig. *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 429.

⁶⁶¹ É o que pondera com precisão Garrido Falla: “não deve deduzir-se daqui a inexistência radical de efeitos jurídicos dos freqüentes pactos que a experiência ensina que têm lugar entre entidades administrativas e particulares e nos quais se há prescindido totalmente do procedimento adequado. Normalmente o particular terá aqui a possibilidade de exercitar uma *actio in rem verso* contra a entidade administrativa fundada em enriquecimento injusto ou na existência do quase-contrato de gestão de negócios” (*Tratado de Derecho Administrativo*. V. II. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 83-84).

⁶⁶² Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 15.

Destarte, faz-se necessário investigar para qual finalidade o contrato é celebrado.

A finalidade do contrato administrativo pode ser definida como “a condição de subordinação do objeto do contrato ao fim de interesse público de que se trata em cada caso e que se deve procurar satisfazer”.⁶⁶³

A finalidade não se confunde com a causa ou os motivos do contrato. Como distingue René Chapus, os motivos são de ordem objetiva. Já a finalidade é de índole subjetiva, pois implica investigar-se inclusive os móveis, a intenção das partes contratantes – especialmente para se detectar eventual desvio de poder.⁶⁶⁴

No Direito Privado, reputa-se que o motivo visado pelas partes com o contrato apenas se faz relevante caso tenha sido declarado pelos contratantes como tendo sido determinante para o negócio. Caso contrário, não há autorização para se questionar a vontade íntima das partes e constatar se o objeto e o fim visado são imorais.

O mesmo entendimento não se aplica aos contratos administrativos. Para a atividade administrativa, o contrato nunca poderá ser reputado abstrato para dele se separar o fim no intuito de preservar a legalidade da avença em si. Faz-se necessário evidenciar, no procedimento preparatório à celebração do contrato, o fim público a que o contrato se destina a atender.

Tal como ocorre com todas as atividades envolvidas na função pública, a finalidade vinculada ao atendimento do interesse público é um dos principais – senão o mais relevante – aspectos diferenciadores dos contratos da Administração Pública dos contratos privados em geral.⁶⁶⁵

À autonomia da vontade do Direito Privado corresponde o poder discricionário da Administração, que possibilita uma margem de atuação bem mais restrita e implica controles de diversas ordens.

O desvio de poder é o vício que se relaciona diretamente com a finalidade como requisito de validade da atividade administrativa. Este vício pode ser verificado

⁶⁶³ Héctor Jorge Escola. *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 162.

⁶⁶⁴ *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 964.

⁶⁶⁵ Por esse motivo, Héctor Escola aventa a própria definição de contrato administrativo a partir desse enfoque. Ao mencionar os diversos aspectos dos contratos administrativos, o autor constata que: “Todas essas singulares características, todas as peculiaridades que lhes são atribuídas e contribuem a perfilar os contratos administrativos, nascem de sua específica finalidade de interesse público, pelo que é esse propósito de alcançar de maneira direta e imediata a satisfação desse interesse público o que define de maneira contundente e irrefutável um contrato como contrato administrativo” (*El interés...*, ob. cit., p. 160-161).

quando o escopo visado com a atividade administrativa consiste na realização de objetivos de ordem privada. Também há desvio de poder quando a finalidade perseguida pelo agente, apesar de ser a satisfação do interesse público, não consiste naquele interesse para o qual a competência poderia ter sido exercida.

A partir disso, a finalidade do contrato administrativo como requisito de validade deste pode ser analisada principalmente sob duas perspectivas. A primeira delas diz respeito à finalidade em si perseguida com o contrato. Trata-se de identificar se o objetivo que se pretende atingir com a celebração do contrato consiste em um fim público. A segunda perspectiva refere-se à adequação da utilização do instrumento contrato administrativo para o atendimento do fim transcendente a que se propõe.

Vale destacar que o imperativo de vinculação do contrato ao atendimento de uma finalidade pública apresenta-se com relação a todos os contratos celebrados pela Administração, inclusive aqueles ditos de “Direito Privado”. O fato de o objeto do contrato nestes casos não exigir ou não permitir o exercício de poderes especiais pela Administração não significa que tais convenções possam ser desvinculadas do atendimento de uma finalidade pública.⁶⁶⁶

IV.2.6.1. A identificação da finalidade pública a ser atendida e a escolha da utilização da forma contratual: a relevância da etapa interna do procedimento de contratação

À medida que o legislador normalmente não vincula a utilização dos contratos administrativos, mesmo aquelas espécies objeto de regulação legal particular, à

⁶⁶⁶ Como já se apontou, especialmente no tocante à sua formação, os contratos da Administração indicados como sendo de Direito Privado submetem-se ao regime jurídico de Direito Público. É o que constata Carlos Ari Sundfeld, ao asseverar que “faltando à Administração a liberdade negocial usufruída pelos particulares, seus contratos jamais são em essência regidos pelo direito privado. Todos eles, mesmo quando sigam os modelos comuns (encontráveis na legislação civil ou comercial) e, por isso, não prevejam prerrogativas em favor do ente estatal, têm regime próprio, o do sistema de direito público. Em sua constituição, execução e extinção, o Estado age juridicamente através de autênticos atos administrativos (ainda que alguns deles não imperativos) que se coligam com o contrato, para servir-lhe de fundamento, para cumpri-lo, para alterá-lo” (*Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 202-203). Daí que devem ser interpretadas com cautela definições tais como a de que a distinção entre os contratos privados e os contratos administrativos em sentido estrito residiria em que os últimos visariam ao atendimento de um interesse público específico, apesar de ambos terem uma finalidade pública genérica. É o que sustenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao asseverar que “A distinção (...) deve ser encontrada no *interesse público específico*, que se reconhece como sendo aquele que, sendo *definido em lei*, deverá ser *imediatamente atendido* pela *prestação* que, no contrato administrativo, incumbe ao contratante privado. Assim, em última análise, será sempre a *lei*, ao qualificar como de *interesse público* uma determinada prestação contratual ajustável no âmbito jurídico da administração pública, o elemento que estará submetendo um contrato ao regime administrativo” (*Curso...*, ob. cit., p. 159). Como não se admite atuação estatal desvinculada da persecução do fim público, a diferenciação entre contratos privados e contratos administrativos por esse aspecto acaba sendo de grau, de uma maior ou menor vinculação à finalidade pública, distinção esta bastante problemática no plano concreto.

prosseção apenas de fins pré-determinados, pode o instrumento convencional ser empregado para diversos fins que correspondam às atribuições da pessoa pública contratante.

Por isso, no momento de deliberação da adoção do contrato há o “dever de escolha de fim”.⁶⁶⁷ Essa escolha é realizada na denominada fase interna da licitação e é retratada em ato administrativo, devendo atender a todos os requisitos de validade desta forma de atuação estatal. É o que ensina Carlos Ari Sundfeld: “A decisão de contratar é sempre fruto de um ato administrativo, o qual deve atender a requisitos de validade típicos dos atos administrativos, inclusive a finalidade pública. Ora, se ela é tomada com desvio de poder, o vício se transmite ao contrato, qualquer que seja, invalidando-o”.⁶⁶⁸

Por se tratar do exercício de competência não totalmente vinculada quanto ao “se” e “quando” de sua prática, ou seja, com aspectos de atuação discricionária, há de se observar os pressupostos de fato e os escopos que são visados com a atuação.

A relevância da escolha do fim reside no fato de que, “ao contrário do que sucede no exercício da autonomia privada, não pode, no âmbito do Direito Administrativo, haver liberdade no momento de eleição do fim: a escolha tem de obedecer por seu turno a um critério teleológico imposto positivamente pelo Direito ao órgão que a efetua”.⁶⁶⁹

Além da diretriz maior de que o escopo visado pelo contrato deve ser necessariamente vinculado ao atendimento do interesse público, o fim deve ser estabelecido tendo-se em vista a melhor utilização dos meios disponíveis para a melhor prosseção deste objetivo.

Esse aspecto é diretamente relacionado com o princípio da eficiência administrativa. Os fins a serem satisfeitos através do contrato devem ser necessariamente eleitos tendo em vista esta diretriz superior de obtenção do melhor resultado possível com os meios disponíveis, sob pena de invalidade do contrato.⁶⁷⁰ Com isso não se pretende

⁶⁶⁷ Sérulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual...*, ob. cit., p. 622.

⁶⁶⁸ *Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 201.

⁶⁶⁹ *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 624.

⁶⁷⁰ No Direito português, Sérulo Correia indica incidir no caso o princípio geral de Direito Administrativo previsto no art. 267º, n. 4, do texto constitucional, que é o escopo da racionalização de utilização de meios escassos para a melhor prosseção do interesse público primário. Assevera o autor: “A forma como a Administração concretiza esse imperativo extravasa do plano jurídico para cair no das regras da boa administração. Mas é jurídico o dever de guiar a escolha dos fins a satisfazer diretamente por tal fim superior, o que significa que a substituição desse por outro critério teleológico acarreta a invalidade do contrato” (ob. cit., p. 625).

ampliar a autonomia da Administração Pública contratante.⁶⁷¹ Trata-se de critério delimitador do campo de escolha que pode se apresentar ao administrador no caso concreto.

Ou seja, a definição da finalidade pública a ser atendida e a escolha da utilização da forma contratual para tanto também se vinculam ao princípio da eficiência administrativa. Além de permitida a utilização da forma contratual para a obtenção do resultado pretendido pela Administração, há de se verificar se o emprego do contrato administrativo é a solução mais eficiente.

Indo adiante, não basta a exata definição da finalidade pública a ser atendida e a escolha do instrumento contratual para tanto. No campo concreto, faz-se necessário que o contrato, tal como concebido pela Administração, seja efetivamente apto para atender o fim público do qual é instrumento.

IV.2.6.2. Adequação do contrato à persecução da finalidade pública

Como se indicou anteriormente, a legalidade do objeto dos contratos administrativos não se restringe à legitimidade ou não de determinada relação jurídica ser criada, modificada ou extinta através de contrato. O objeto da relação contratual deve estar diretamente relacionado com o atendimento de finalidade pública. Com relação à Administração, não é suficiente que o objeto contratual não contrarie o interesse público. A finalidade de atendimento deste deve necessariamente estar presente no objeto do contrato.⁶⁷²

Isso significa que não basta qualquer relação entre o objeto contratual e o interesse público em abstrato. Impõe-se verificar se as condições contratuais tal como estipuladas são efetivamente aptas para atender ao interesse público em questão e se o são da melhor forma possível.

Disso decorre que a questão atinente à idoneidade do contrato à satisfação do interesse público está intimamente vinculada à própria concepção da avença. Podem ser verificados erros cometidos pela Administração na formulação das condições contratuais, que acabam obstaculizando e até impedindo a realização do escopo visado.⁶⁷³

⁶⁷¹ Isso porque a busca da eficiência na atividade administrativa não pode se sobrepor ao postulado da legalidade. A propósito da temática, v. item III.3.6.

⁶⁷² Edmir Netto de Araújo acrescenta que, além de pública, a finalidade compreendida no objeto do contrato deve ser de Direito Administrativo para que a avença possa ser submetida a esse regime jurídico (*Contrato administrativo*, ob. cit., p. 49).

⁶⁷³ Essa questão é examinada no item IV.2.3.4.

Daí a necessidade de se investigar a aptidão do contrato como um todo para a realização do fim público.

Outrossim, não é a simples ausência de fim público a ser atendido ou a inadequação do contrato para tanto que são passíveis de macular a avença. Pode-se cogitar do manejo da competência contratual da Administração Pública para a obtenção de fins diversos daqueles para os quais tal poder foi previsto. É a noção de desvio de poder aplicada à atividade contratual.

IV.2.6.3. Desvio de poder com a utilização do instrumento contratual

As competências públicas são conferidas para a prática dos atos necessários a produzir um determinado efeito, que é a realização do fim público. Quando o ato é praticado tendo em vista finalidade diversa, configura-se o vício do desvio de poder. É o manejo do poder público para a prossecução de finalidade diversa daquela prevista em lei para a competência exercitada.

O contrato administrativo não pode ser utilizado para a obtenção de resultado que *deveria* – e não apenas *poderia* – ser obtido através de outro meio.

Essa modalidade de desvio de poder pode ser identificada mais especificamente como “desvio de procedimento”. Emprega-se determinado procedimento tendo em vista finalidade outra, diversa daquela para a qual ele foi instituído.⁶⁷⁴

Cabe, assim, perquirir se a intenção das partes ao celebrarem o contrato corresponde à finalidade para a qual este poderia ou deveria ser utilizado. Nesse ponto, faz-se relevante a investigação do móvel⁶⁷⁵ do agente para se identificar a vontade interna que o conduziu a celebrar determinado contrato.

O móvel do agente adquire relevo na atividade contratual da Administração Pública por esta envolver o exercício de competências discricionárias. Sempre haverá alguma margem de escolha pela Administração, quando menos para a definição do momento e o detalhamento do objeto. Porém, esta faculdade de escolha em todo caso encontrar-se-á limitada, entre outros aspectos, no tocante aos escopos que podem ser visados com o seu exercício.

⁶⁷⁴ René Chapus, *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 970-971.

⁶⁷⁵ Adota-se o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que define *móvel* como sendo a “representação *subjetiva, psicológica, interna* do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)” (*Curso...*, ob. cit., p. 365).

IV.2.7. Desconformidade do conteúdo do contrato à ordem pública: princípios e regras de ordem pública que não podem ser derogados pelo contrato

A noção de legalidade dos contratos administrativos, no sentido de vedação de derrogação de disposições legais obrigatórias, não diz respeito exclusivamente ao objeto imediato do contrato. Abrange toda e qualquer cláusula que é inserida na avença. Isso porque o contrato ocupa uma posição infralegal, devendo as suas estipulações guardar observância com relação às normas legais que disciplinam a matéria.

A faculdade de celebrar determinado negócio para que surtam os efeitos pretendidos pelos contratantes não se confunde com a possibilidade de escolher o conteúdo do negócio e moldá-lo de acordo com a intenção das partes. Nem sempre são os contratantes que determinam integralmente o conteúdo do contrato. Em outros casos, o conteúdo do negócio é fixado por apenas um dos contratantes. Cabe acrescentar, ainda, as hipóteses nas quais o conteúdo do contrato é estabelecido por normas cogentes, que não podem ser afastadas pelas partes, deixando-se apenas uma parcela de conteúdo para ser livremente estipulada.

Nos contratos administrativos, significativa parcela do conteúdo resulta de outras fontes que não a vontade das partes. Na ampla maioria dos casos, outra parte considerável das estipulações é fixada unilateralmente pela Administração.

Pode-se dividir o conteúdo do contrato como sendo composto por matérias de três tipos distintos. O primeiro grupo é constituído pelos elementos inderrogáveis, que devem obrigatoriamente constar do contrato. Integram o segundo grupo os elementos derogáveis, que poderão ou não estar previstos no contrato (mas à medida que estiverem previstos, devem necessariamente observar a disciplina legal que lhes é aplicável). Por fim, há as estipulações particulares ou acidentais, facultativas e expressamente incluídas pelas partes por sua própria vontade.

É possível diferenciar-se, outrossim, o conteúdo do contrato conforme seja expresso ou implícito. O conteúdo implícito é aquele que incide na relação contratual independente da sua estipulação das partes e até mesmo sem que dele elas tivessem consciência. São direitos e obrigações inexoráveis para os contratantes, que decorrem do regime jurídico previsto para o negócio celebrado.

Da conjugação destes dois critérios de classificação do conteúdo do contrato, uma das categorias que resulta é composta por um grande número de normas

imperativas que não podem ser derogadas pelas partes e que vigoram mesmo no silêncio do contrato a seu respeito. São as normas de ordem pública.

A omissão do contrato a respeito das normas de ordem pública não implica a sua invalidade uma vez que tais estipulações não podem deixar de ser observadas pelas partes por não terem sido previstas. A exceção consiste na hipótese de a norma imperativa determinar que o clausulado do contrato discipline expressamente determinados aspectos da relação jurídica. Neste caso, a omissão contratual acerca dessa matéria é relevante por implicar descumprimento direto de comando normativo imperativo. Ou seja, nos casos em que houver texto legal determinando a disposição contratual acerca da matéria, sem fixar o conteúdo da referida estipulação, configura-se o vício na eventualidade de o contrato não regular aquele assunto.

Apesar dessa concepção bastante ampla de conteúdo do contrato, cabe ressaltar que os motivos, em princípio, não fazem parte do objeto da avença. Como se expôs anteriormente, com relação aos particulares, os motivos encontram-se na esfera subjetiva dos agentes e a ela estão restritos. A exceção é quando os motivos são expressamente referidos no conteúdo do contrato como sendo “motivos determinantes” para a sua conclusão e, por isso, passam a ser relevantes para a validade do negócio.⁶⁷⁶ Já com relação à Administração, os motivos pelos quais deliberou no sentido da celebração do contrato são avaliados juntamente com a causa.

Há uma grande quantidade de hipóteses nas quais o conteúdo do contrato, tal como estipulado pelas partes, contraria leis de ordem pública. A não-conformidade da avença à ordem pública envolve diversas possibilidades de infração ao ordenamento, relacionadas com os mais diversos aspectos dos contratos administrativos.

Em alguma medida, essa matéria guarda relação direta com a legalidade do objeto do contrato – pois em diversas hipóteses são as mesmas razões (isto é, por contrariarem as mesmas normas de ordem pública) que determinam a ilegalidade do objeto ou de alguma cláusula do contrato. As questões de ordem pública em geral são todas aquelas devidas à presença da pessoa pública, o que acarreta a incidência de uma série de normas imperativas, próprias de Direito Público. Muitas dessas questões já foram analisadas nos itens anteriores, ao se relacionarem diretamente com algum dos outros requisitos de validade dos contratos.

⁶⁷⁶ CC, art. 140.

Assim, no presente título analisa-se o conteúdo do contrato sob a perspectiva de sua conformidade com a ordem pública apenas com relação àqueles aspectos que não se encontram diretamente relacionados com os requisitos de validade dos contratos analisados anteriormente (partes, objeto, consentimento, causa, forma e procedimento).

Tal separação tem uma razão de ser que repercute diretamente na possibilidade de diferenciação do regime jurídico aplicável à constatação de violação de uma norma de ordem pública relacionada com algum dos outros requisitos de validade com relação à desobediência de uma norma que a estes não se vincula diretamente. A questão é que, caso se reconheça a invalidade de uma cláusula, será muito mais provável reputá-la destacável do restante do contrato, porque este pode subsistir sem ela, caso a estipulação não esteja vinculada diretamente a um dos requisitos da avença.

Por exemplo, a ilegalidade do objeto acarretará em regra a invalidação do contrato como um todo. Já o mesmo não ocorre necessariamente quando se trata da ilegalidade de uma ou algumas de suas cláusulas caso elas não tenham sido determinantes para a conclusão do contrato e possam dele ser excluídas preservando-se o vínculo contratual – apesar de em ambos os casos verificar-se a violação de normas de ordem pública.

Convém melhor detalhar do que se trata o conteúdo de “ordem pública”.

Já se indicou que a liberdade contratual das partes é limitada pela necessidade de observância das normas de ordem pública. No entanto, o conteúdo da denominada “ordem pública” é bastante variável.

No Direito Administrativo, a noção de ordem pública remete ao conjunto das normas que devem ser observadas pelas partes contratantes tanto sob a perspectiva de que não podem ser por elas derogadas quanto pelo fato de constituírem limites às estipulações contratuais.⁶⁷⁷ A razão que conduz à caracterização destas normas como sendo de ordem pública e, por isso, inderrogáveis pelas partes, diz respeito diretamente à

⁶⁷⁷ Dominique Pouyaud adota uma concepção bastante ampla de ordem pública contratual, dividindo essa categoria em dois grandes tipos de princípios. O primeiro diz respeito à utilização da forma contratual para dispor acerca de determinadas matérias de Direito Administrativo (“ordre public face au contrat”). O outro se refere às estipulações contratuais propriamente ditas e visa a garantir um certo equilíbrio contratual (“ordre public dans le contrat”) (*La nullité...*, ob. cit., p. 181 e ss.). Como já se indicou, no presente estudo a necessidade de observância da ordem pública constitui uma categoria residual de vícios sob a perspectiva de que abrange as ilegalidades que atingem os contratos administrativos sem dizer respeito diretamente ou exclusivamente a um dos requisitos dos contratos analisados anteriormente.

presença da pessoa pública e ao objetivo fundamental da atuação da Administração que é a realização do interesse público.

A necessidade de o contrato atender à ordem pública também está presente nos contratos privados. No entanto, nestes ela se apresenta “de forma mais branda e supletiva, procurando interferir o menos possível na liberdade que as partes possuem para estipular, representando-se a atuação desse princípio pela afirmação de que as partes contratantes podem estipular tudo o que a lei *não proíbe*”.⁶⁷⁸ Pode-se afirmar que, no Direito Civil, a necessidade de o conteúdo do contrato guardar conformidade com a ordem pública diz respeito precipuamente às garantias dos indivíduos.

No âmbito do Direito Administrativo, a noção de ordem pública refere-se à preservação das prerrogativas da Administração e, em sentido amplo, à observância da legalidade administrativa. A supremacia da ordem pública justifica-se com maior razão no Direito Administrativo em razão da necessária funcionalização do contrato para o atendimento do interesse público e da possibilidade de a Administração tomar certas atitudes no âmbito da relação contratual, sob a justificativa de serem necessárias para a persecução do interesse público.

Por isso, pode-se afirmar que a noção de ordem pública no Direito Civil chega a se opor àquela que vige no Direito Administrativo.⁶⁷⁹ Cláusulas que seriam reputadas ilegais ou, quando menos, não são usuais num contrato regido pelo Direito Civil são comuns e até mesmo necessárias para a caracterização de um contrato como sendo administrativo.⁶⁸⁰

Antes de se analisar algumas das normas de ordem pública que devem necessariamente ser observadas na relação contratual administrativa, cabe detectar quais são os limites decorrentes do princípio da legalidade a serem considerados ao se estabelecer o conteúdo de determinado contrato administrativo.

⁶⁷⁸ Edmir Netto de Araújo, *Contrato administrativo*, ob. cit., p. 21.

⁶⁷⁹ Dominique Pouyaud, *La nullité...*, ob. cit., p. 240.

⁶⁸⁰ Pode-se dar como exemplo as cláusulas que estipulam o exercício de prerrogativas especiais pela Administração (que, aliás, sequer precisam ser expressamente previstas no contrato para que sejam aplicáveis à relação contratual jurídico-administrativa). Caso fosse inserida uma cláusula de teor análogo em um contrato privado, haveria a forte probabilidade de tal estipulação ser considerada ilegal por implicar manifesta vantagem e supremacia de uma das partes em detrimento da outra.

IV.2.7.1. A definição do conteúdo do contrato e o princípio da legalidade

Convém analisar como se apresenta o princípio da legalidade com relação à estipulação do conteúdo dos contratos administrativos.

IV.2.7.1.1. O princípio da legalidade na atividade contratual da Administração Pública

No Direito Privado, a questão da ilegalidade dos contratos, formados a partir de um acordo de vontades, mereceu um tratamento distinto daquele reservado aos atos unilaterais.

Nesse sentido, Umberto Santarelli indica ser um dos pontos nodais da estrutura civilista a relação existente entre a vontade das partes contratantes e os preceitos legais que compõem a disciplina obrigatória dos contratos. Observa que não se trata de uma questão puramente “técnica” ou perfeitamente “neutra”, pois a problemática da prevalência da lei ou da vontade das partes contratantes não tem uma resposta absoluta. Significa a adoção de dois modelos diversos de “política do direito”.⁶⁸¹

Cabe assim avaliar a incidência do princípio da legalidade especificamente na atividade contratual da Administração Pública.

A sujeição da Administração à lei não se verifica com a mesma intensidade em todas as áreas da atividade administrativa.⁶⁸²

Em alguns casos, a exigência é de mera compatibilidade com a lei. Em outros, há a exigência de conformidade dos efeitos jurídicos criados com um parâmetro superior que tenha previsto a criação de tais efeitos.⁶⁸³

Pode-se afirmar que, também para os contratos administrativos, não se impõe igual grau de exigência de reserva de lei tal como se coloca em relação aos atos

⁶⁸¹ *La categoria dei contratti irregolari: lezioni di storia del diritto*. Reimpr. Torino: G. Giappichelli, 1990, p. 6-7.

⁶⁸² Pedro Gonçalves, *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 94-95.

⁶⁸³ Esse raciocínio é desenvolvido por André Gonçalves Pereira (*Erro e ilegalidade...*, ob. cit., p. 38 e ss.). Na esteira do pensamento de Eisemann, Gonçalves Pereira sustenta que à concepção ampliativa e à restritiva do princípio da legalidade correspondem regras diversas a propósito das relações entre a ação da Administração e a lei. Pela regra da compatibilidade ou da não-contrariedade, a função administrativa não deve refutar a lei. Porém, não estabelece o conteúdo de determinados atos da Administração. É uma regra negativa, que apenas estabelece os fins que não podem ser perseguidos e os meios não passíveis de utilização. Já a regra da conformidade estabelece que “só é legal a ação da Administração que encontrar nas prescrições legais a sua própria razão de ser, a definição do seu conteúdo e do fim a prosseguir” (ob. cit., p. 38). A estas duas regras correspondem dois tipos diversos de atuação administrativa: a possibilidade de praticar todos os atos, com exceção daqueles proibidos, ou de somente praticar os atos previstos em lei (aqueles para os quais a lei, pelo menos, desenhou um esquema abstrato). A partir disso, o autor conclui que, para os atos administrativos unilaterais, a incidência do princípio da legalidade implica uma relação de conformidade com a lei. Já para os contratos administrativos, para a escolha do tipo de contrato e a propósito das regras de formação, a relação é de conformidade com a lei. Mas no que toca à estipulação das cláusulas contratuais, aplica-se o princípio da compatibilidade com a lei.

administrativos unilaterais. Dependendo da espécie de contrato, a definição de seu conteúdo submete-se à exigência negativa de compatibilidade ou à exigência reforçada de conformidade.

Com efeito, a teoria do princípio da legalidade sob a forma de reserva de lei foi elaborada historicamente em torno do ato administrativo unilateral. O fim visado era o de controle do arbítrio estatal no exercício dos seus poderes de autoridade.

No contrato administrativo, a situação jurídica do particular não é fixada unilateralmente pela Administração.⁶⁸⁴ Além disso, a celebração do contrato não traduz o exercício de autoridade pública “porque a estipulação do particular é voluntária e as manifestações de vontade de ambas as partes possuem idêntico valor jurídico”.⁶⁸⁵

Assim, é possível cogitar-se de uma gradação do princípio da legalidade de acordo com a atividade administrativa em questão.

Não obstante, isso não conduz à equiparação da atividade contratual da Administração àquela dos particulares.

A esse respeito, setores da doutrina germânica e italiana chegaram a questionar anteriormente se o princípio da reserva de lei com relação aos contratos administrativos não poderia ser afastado com o consentimento do co-contratante. Sustentava-se que o consentimento do particular seria hábil a legitimar estipulações contrárias a normas de caráter garantístico.⁶⁸⁶

Porém, trata-se de construção vinculada a uma visão ultrapassada da legalidade, que a concebia como mero instrumento individual de proteção da liberdade e

⁶⁸⁴ Mesmo que o conteúdo do contrato tenha sido definido unilateralmente pela Administração, ele somente poderá ser aplicável ao particular se este aceitar, expressando seu consentimento para concluir o contrato.

⁶⁸⁵ Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia...*, ob. cit., p. 565. O autor pondera que os riscos de distorções decorrentes da desproporção real verificada entre as partes e a caracterização de muitos dos contratos da Administração como sendo de adesão podem ser combatidos com a incidência dos princípios de ordem pública e a própria disciplina da atividade contratual da Administração, sem ser necessária prévia regulação legal (ob. cit., p. 564-565).

⁶⁸⁶ Sérvulo Correia explica que: “A defesa da virtualidade substitutiva do consentimento do administrado relativamente à legalidade administrativa assenta fundamentalmente em dois argumentos. Por um lado, alega-se que a função garantística da necessidade de normação prévia e de observância da norma estatuída se desvanece se é o próprio destinatário do ato a consentir na sua concretização, demonstrando por essa forma que os seus interesses se encontram salvaguardados. Um segundo argumento favorável à força neutralizadora do ‘*voluntati non fit iniuria*’ centra-se na natureza meramente platônica da ilegalidade quando o particular tenha aceitado o ato e renunciado desse modo à impugnação contenciosa” (ob. cit., p. 715-716). O emprego do argumento da força obrigatória do contrato para a preservação de contratos ilegais também foi rejeitada por Maurer: “O caráter obrigatório próprio do contrato não é a condição, mas a consequência da sua validade” (*Droit Administratif allemand*, ob. cit., p. 397). O fato de o contrato não ser imposto unilateralmente e sim resultado de um acordo de vontades dá-lhe maiores possibilidades com relação ao seu conteúdo, de modo que é factível que contenha estipulações que não seriam admitidas em um ato unilateral. Porém, essa possibilidade restringe-se ao plano da regulamentação do contrato e não se aplica aos seus vícios e às suas consequências (ob. cit., p. 397).

da propriedade frente aos governantes. No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade desempenha um papel muito mais amplo.

As normas jurídicas garantísticas de igualdade formal entre as posições dos contratantes visam a tutelar mais do que interesses individuais. Como conclui Sêrvulo Correia:

“o particular não pode dispor sobre a observância do princípio da legalidade administrativa pela Administração. Não há qualquer possibilidade de substituição do princípio da legalidade por um ‘princípio contratual’. Por um lado, o princípio da legalidade protege interesses públicos que se não identificam com os interesses da esfera individual. E nesta última localizam-se alguns interesses que, pela sua transcendência, têm de ser protegidos, se necessário, contra a vontade dos seus próprios titulares”⁶⁸⁷.

Uma vez afirmada a inafastabilidade do princípio da legalidade na atividade contratual da Administração Pública, cabe analisar mais especificamente como podem incidir as várias concepções deste postulado.

IV.2.7.1.2. Princípio da legalidade e autonomia contratual

A atividade contratual não é o único meio de exercício da autonomia privada, mas é a forma por excelência em que esta se manifesta. É o instrumento mais adequado de que se dispõe para que os sujeitos possam livremente moldar as suas relações.

No Direito Privado, o princípio geral é o da livre conformação do conteúdo dos contratos pelas partes. Os limites encontram-se nas regras qualificadas como sendo de ordem pública, que não podem ser afastadas pelos contratantes. Pode-se afirmar, genericamente, que o Direito Privado é norteado pelo princípio da autonomia privada.

Já o vínculo da atividade administrativa com o princípio da legalidade é muito mais intenso. Não existe margem de liberdade para os contratantes deliberarem acerca da incidência ou não das normas do regime jurídico-administrativo na relação contratual – ao menos que esta faculdade tenha sido expressamente outorgada pela lei.

No entanto, as disposições injuntivas não abrangem todos os aspectos da relação jurídico-contratual. Ao lado da autonomia privada, que tem como uma das suas principais expressões a liberdade contratual dos particulares, há o que se pode denominar autonomia pública das pessoas de Direito Público. Sêrvulo Correia define ser a referida autonomia a “permissão da criação, no âmbito dos atos administrativos e dos contratos

⁶⁸⁷ Ob. cit., p. 722-723.

administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder, isto é, de margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo”.⁶⁸⁸

Essa questão não é integralmente resolvida com o recurso ao princípio da legalidade. A necessidade de a pessoa pública ter que agir dentro dos seus limites de atuação determinados pela lei não significa que os pressupostos e efeitos da sua conduta devam ser fundados em expressa previsão normativa. É nesse âmbito que se pode cogitar de autonomia pública contratual.

Pode-se cogitar, em alguma medida, da atribuição de uma maior liberdade à Administração com relação à sua autonomia para contratar. A contrapartida necessária deve ser o incremento da eficácia dos controles que recaem sobre essa atividade.⁶⁸⁹ Caso contrário, há o sério risco de o contrato deixar de ser um instrumento adequado para os fins a que se propõe.⁶⁹⁰

IV.2.7.1.3. Os limites para a fixação do conteúdo do contrato

⁶⁸⁸ *Legalidade e autonomia contratual...*, ob. cit., p. 470. Também a propósito da autonomia na atividade administrativa pública, vale citar a lição de Almiro do Couto e Silva: “É (...) incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob regime de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo. É, inegável, porém, que a base legal para a ação administrativa sob normas de Direito Privado por vezes se reduz a uma regra sobre competência ou até mesmo a uma simples autorização orçamentária, como ocorre com certas subvenções, o que tem sido muito discutido e censurado pela doutrina. Quer isso dizer que o poder discricionário em mãos dos agentes da Administração Pública que se movem à sombra do Direito Privado é, em geral, extremamente dilatado, só encontrando barreira no princípio da igualdade perante os serviços públicos, aliás de claudicante observância” (Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica..., *RDP* 84, ob. cit., p. 53).

⁶⁸⁹ É o que constata Sérgio Resende de Barros: “Obviamente, na atualidade do contrato administrativo, a medida social da liberdade individual não suporta mais a velha supressão ineficaz da liberdade de contratar do Poder Público, mas tão-só comporta um novo controle eficaz dessa liberdade, mesmo na escolha dos contratados, sob pena de pôr a perder o Estado como agente e o contrato como instrumento do progresso social” (*Liberdade e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 1999, p. 169). Mais adiante, o autor conclui que: “No cerne, essas idéias matrizes se reconduzem a uma idéia central: *a superioridade do controle do exercício sobre a restrição da faculdade*. Na verdade, em vez de restringir a faculdade de contratar mediante leis de arrocho e penalização, o mais eficiente é controlar o exercício dessa faculdade mediante fiscalização endógena e exógena, técnica e competente” (ob. cit., p. 180).

⁶⁹⁰ A questão é diretamente vinculada à funcionalização da atividade contratual administrativa. O tema é objeto de amplas discussões doutrinárias na Itália, em cujo regime jurídico significativa parcela da atividade contratual da Administração Pública é regida pelo Direito Privado e se faz necessário o influxo, em maior ou menor grau, de normas de Direito Público para garantir o atendimento ao interesse público. Pode-se consultar, entre outros, Marco Dugato. *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*. Milano: Giuffrè, 1996, esp. p. 31-78 e Brutti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di Diritto Pubblico*, ob. cit., esp. p. 64-268.

Há algumas cláusulas cuja previsão é imprescindível nos contratos administrativos por serem impostas por texto legal. Assim, a primeira questão que se coloca é a da necessidade de se observar o conteúdo obrigatório dos contratos administrativos.

Na sistemática da Lei nº 8.666/93, há a estipulação de normas que forçosamente deverão estar previstas no instrumento contratual. Consistem em cláusulas obrigatórias, cuja não inclusão no contrato pode acarretar a sua invalidação.

Há a previsão legal das cláusulas imprescindíveis em todos os contratos, nos arts. 55 e 61 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, pode haver exigências específicas para contratos com determinados objetos. São casos em que há a expressa cominação legal de nulidade caso não seja observado determinado conteúdo.⁶⁹¹

No entanto, como já se indicou anteriormente, entre as cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos devem ser diferenciadas aquelas cuja não inclusão implica vício daquelas com relação às quais, se houver omissão a seu respeito no instrumento contratual, a ausência é suprida pelo próprio regime jurídico-administrativo. O conteúdo legal destas incide independentemente da vontade das partes e da expressa menção no contrato – que apenas não pode dispor em sentido diverso. São cláusulas que apenas reproduzem o teor de disposições normativas cogentes.⁶⁹²

Ainda na Lei nº 8.666/93, há o elenco de determinadas cláusulas que têm a sua inclusão no contrato vedada.⁶⁹³ Trata-se de limitações do conteúdo do contrato diretamente vinculadas à moralidade administrativa e à realização dos princípios norteadores das licitações.

⁶⁹¹ Por exemplo, no instrumento da doação com encargo, que deve se submeter a licitação, “constarão obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão” (Lei nº 8.666/93, art. 17, §4º).

⁶⁹² Exemplo típico são as cláusulas que prevêm a aplicação das prerrogativas especiais da Administração contratante. Estes poderes podem ser exercidos independente de previsão expressa no contrato ou no edital.

⁶⁹³ No art. 7º da Lei nº 8.666/93, são estipuladas as seguintes restrições ao conteúdo do contrato:

“§3º. É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

§4º. É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

§5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório”.

Com relação à parcela do conteúdo do contrato que é objeto de expressa previsão legal – seja sob a forma de cláusulas obrigatórias ou vedadas – diz-se que se aplica a legalidade sob a forma de precedência de lei. Isso porque as cláusulas do contrato não podem contrariar as normas legais injuntivas que regem o contrato. Mas o conteúdo do contrato não se encontra integralmente previsto no modelo legal, com todas as suas especificidades.

O conteúdo contratual que pode ser estipulado “livremente” pelas partes é significativamente maior com relação às avenças que não se enquadram em alguma das espécies expressamente previstas na Lei nº 8.666/93 (de obras, compras, serviços etc.).

Porém, cabe ressaltar que essa “liberdade” de fixação do conteúdo do contrato é bastante relativizada nos contratos administrativos. Na ampla maioria dos casos, o contrato administrativo caracteriza-se pela aceitação pelo contratado do conteúdo previamente fixado pela Administração.

Aliás, para Rivero esse é o próprio modo de ser dos contratos administrativos: “esta fixação unilateral das cláusulas do ato é a regra: é a Administração quem determina o conjunto das regras contratuais. O particular só pode manifestar a sua iniciativa na elaboração do preço, quando o contrato comporta um; além do mais, não existe qualquer discussão entre ele e a Administração; a sua liberdade só se refere à aceitação ou à recusa em bloco das condições propostas”.⁶⁹⁴

São poucas as hipóteses nas quais se pode cogitar de livre discussão e debate entre Administração e contratado. Pode vir a ocorrer em casos bastante específicos, em geral no âmbito de contratações diretas concluídas tendo em vista a aptidão específica (artística, científica etc.) do contratado.

Independente do fato de ser ou não estipulado unilateralmente pela Administração, é importante analisar a quais limites submete-se esse conteúdo que não é objeto de expressa previsão legal. A esse respeito, Pedro Gonçalves ensina o seguinte: “Se se trata de um contrato administrativo por determinação legal ou submetido por lei a um regime substantivo de direito público, o conteúdo há-de respeitar o disposto na lei, observando designadamente as normas imperativas que ela acolha. Fora desse âmbito, as partes poderão em princípio estipular um *conteúdo administrativo extra-típico* (Sérvulo Correia), de acordo com uma mera exigência de *compatibilidade*”.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 143. No mesmo sentido, Georges Péquignot, *Théorie générale...*, ob. cit., p. 259 e Roberto Dromi, *Licitación pública*, ob. cit., p. 55.

⁶⁹⁵ *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 95.

A relação de compatibilidade que se estabelece entre a lei e o conteúdo contratual não obrigatório indica que as condições de legalidade da norma subordinada – o contrato – não podem contrariar as normas superiores.⁶⁹⁶ A ausência de incompatibilidade entre as normas é suficiente para a validade da norma inferior.

Assim, podem restar espaços mais ou menos amplos a serem preenchidos. Trata-se de um campo livre de decisão administrativa.⁶⁹⁷

De todo modo, a exigência de mera compatibilidade desse conteúdo com relação ao princípio da legalidade encontra limites no próprio ordenamento. Nesse sentido, pode-se afirmar que, se os limites legais para os contratos administrativos não são os mesmos que incidem sobre os atos unilaterais, uma vez que para os primeiros o ordenamento pode outorgar uma maior liberdade de ação, nos dois casos impõe-se a observância dos parâmetros legais.⁶⁹⁸

Com efeito, o principal limite que se coloca para o preenchimento dos referidos espaços é determinado pelo princípio da legalidade. Apesar de não se aplicar a legalidade no sentido de precedência da lei, o conteúdo que vai além daquilo que a lei estipula deverá ser pertinente com o fim do contrato e proporcional ao conteúdo legalmente previsto.⁶⁹⁹

O exercício desta atividade encontra-se estritamente vinculado ao escopo de interesse público a ser atendido pelo contrato. Cláusulas não previstas no regime legal do contrato somente poderão ser inseridas à medida que se prestarem à melhor persecução do fim do contrato. Além disso, deve-se observar um nexó funcional entre as cláusulas suplementares e o conteúdo do contrato típico, de acordo com um juízo de proporcionalidade. Assim ocorre porque: “A cláusula tem de justificar-se pela sua adequação e indispensabilidade para efeito de aplicação das normas à situação concreta regulada”.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ René Chapus, *Droit Administratif général*, t. I, ob. cit., p. 997.

⁶⁹⁷ Consiste na inserção das denominadas “cláusulas suplementares”, que podem ser definidas como sendo “as estipulações contratuais que se não limitam a reproduzir ou aplicar à situação concreta as normas que integram o regime legal do contrato” (Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual...*, ob. cit., p. 627).

⁶⁹⁸ Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, ob. cit., p. 327.

⁶⁹⁹ É o que prevê, por exemplo, o Código de Procedimento Administrativo português. Após estipular o princípio da livre utilização dos contratos administrativos, o legislador delimitou que: “O órgão administrativo não pode exigir prestações contratuais desproporcionadas ou que não tenham uma relação direta com o objeto do contrato” (art. 179.º/2).

⁷⁰⁰ Sérvulo Correia, ob. cit., p. 628.

A questão que se coloca, então, é constatar-se se o conteúdo do contrato, tal como definido pela Administração, é apto a atender de forma adequada ao interesse público. Trata-se de problemática a ser resolvida sob a luz do princípio da proporcionalidade. Após a delimitação maior feita pelo próprio princípio da legalidade, é o princípio da proporcionalidade que vai restringir internamente o âmbito de escolha da Administração para a fixação do conteúdo do contrato.⁷⁰¹

IV.2.7.1.4. A vinculação do conteúdo do contrato ao instrumento convocatório e à proposta do adjudicatário

Indo adiante, o conteúdo do contrato também é delimitado nas etapas anteriores, no curso do seu procedimento de formação.

Com efeito, o conteúdo do contrato não pode contrariar o instrumento convocatório nem os termos da proposta do adjudicatário. É o princípio da vinculação dos atos posteriores ao edital, que cristaliza o exercício da competência discricionária pela Administração. Como leciona Marçal Justen Filho:

“Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a administração pública exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Esses critérios objetivos constantes do ato convocatório devem ser observados ao longo do procedimento, com cunho vinculante para os particulares mas também para a própria administração (que adotou ditos critérios)”.⁷⁰²

Nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, o conteúdo do contrato é estritamente vinculado aos atos que autorizaram a sua celebração e à proposta apresentada pelo contratado.⁷⁰³

Cabe registrar que, em situações específicas, o contrato pode consagrar modificações com relação às condições definidas pelo instrumento convocatório. Nesse sentido, Diogenes Gasparini alude à viabilidade de o contrato “trazer outras vantagens

⁷⁰¹ No Direito português, há a seguinte previsão: “O órgão administrativo não pode exigir prestações contratuais desproporcionadas ou que não tenham uma relação direta com o objeto do contrato” (art. 179º/2 do Código do Procedimento Administrativo). De acordo com os autores do projeto do Código, tal estipulação “visou acentuar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no domínio dos contratos administrativos, do mesmo passo que procura impedir que o contraente público introduza no clausulado do contrato disposições que, não tendo relação com o objeto contratual, se limitem a ‘explorar’ a vontade de contratar do contraente privado” (Diogo Freitas do Amaral e outros. *Código de Procedimento Administrativo anotado*. 3. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1998, p. 305).

⁷⁰² *Curso...*, ob. cit., p. 310.

⁷⁰³ Lucia Valle Figueiredo, *Curso...*, ob. cit., p. 519.

para a Administração Pública contratante, resultantes de entendimentos mantidos com o vencedor da licitação e futuro contratado, expressadas em cláusulas, portanto, diversas desses atos da licitação”.⁷⁰⁴

Apenas o contrário não poderia ser admitido, quer seja, a outorga de vantagens ao contratado não previstas no instrumento convocatório. Além disso, as condições mais vantajosas oferecidas pelo licitante não podem ter sido levadas em consideração por ocasião do julgamento das propostas, sob pena de grave ofensa ao princípio da isonomia.

Outra hipótese admitida de celebração do contrato em condições diversas daquelas previstas no instrumento convocatório é quando a alteração promovida enquadra-se nos limites de modificação previstos na Lei nº 8.666/93. Tendo em vista a constatação de situações ensejadoras da modificação do contrato, “há de se reconhecer a validade da contratação quando esses fatos, surgidos depois da conclusão da licitação ou após findar-se o processo de escolha direta do contratado, mas (...) antes da assinatura do contrato, foram a razão do ajuste em condições e termos diversos do determinado na licitação ou no processo de dispensa ou inexigibilidade”.⁷⁰⁵

Decorre, ainda, da vinculação do conteúdo ao instrumento convocatório e à proposta é a necessária integração do contrato com os termos destas etapas anteriores. Isso significa que se aplica automaticamente ao contrato o que constou do instrumento convocatório e da proposta, mesmo na ausência de previsão expressa nesse sentido.

Ou seja, em sendo suficiente a descrição do conteúdo no ato convocatório, a eventual deficiência das estipulações a esse respeito exclusivamente no instrumento contratual não apresentam potencial invalidante.⁷⁰⁶ É menos provável que esse suprimento automático das estipulações contratuais se verifique nos casos de contratação

⁷⁰⁴ *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 578. Essa possibilidade é admitida pelo Tribunal de Contas da União: “Só se pode contratar o que foi licitado e o que constou da proposta vencedora. As condições apresentadas pelo licitante vencedor em sua proposta, se não estiverem previstas na licitação e forem adequadas e aceitas pela Administração, podem ser acrescentadas ao contrato a ser firmado. Exemplo: o prazo estipulado na licitação para entrega do objeto é de vinte dias. O licitante vencedor propõe fazê-la em dez dias. No contrato, o prazo de entrega será o da proposta” (TCU, *Licitações e contratos*: orientações básicas, ob. cit., p. 197).

⁷⁰⁵ Diogenes Gasparini. Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta. *Informativo de licitações e contratos*. Curitiba: Zênite, ano XI, n. 128, p. 914, out. 2004. Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros, *Temas polêmicos...*, ob. cit., p. 214-216.

⁷⁰⁶ Como ensina Carlos Ari Sunfeld: “Não será inválido o contrato silente quanto às condições de pagamento ou os direitos e responsabilidades das partes, p. ex., se isso já constava do edital; tudo se resolverá com a aplicação das condições assentadas nesse último. Ao participar do certame, o licitante adere aos termos do edital, donde seu consentimento em relação a ele, o que supre a eventual ausência de consentimento, no instante mesmo de contratar, sobre pontos essenciais da avença” (*Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 221).

direta, pois dificilmente os atos autorizadores da contratação e a proposta do particular contêm a exata e completa descrição do conteúdo do futuro contrato.

Além das cláusulas obrigatórias e do conteúdo que pode ser livremente estipulado pelas partes, observando-se os parâmetros e limites próprios da atividade contratual da Administração Pública, há vedação para determinadas estipulações e exigências específicas no tocante a outras no âmbito de contratos administrativos.

A seguir são expostas, a título exemplificativo, algumas das limitações de ordem pública que recaem sobre a atividade contratual da Administração Pública.

IV.2.7.2. A autorização financeira como requisito de validade

É cláusula obrigatória do contrato a que especifica “o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica” (Lei nº 8.666/93, art. 55, inc. V).

Porém, essa cláusula envolve uma questão muito mais ampla do que a simples indicação contratual do crédito pelo qual deve correr a despesa. Vincula-se à autorização financeira para a celebração do contrato administrativo, que é condição de validade deste.

Antes da divulgação do ato convocatório do certame, ainda na denominada fase interna da licitação, faz-se necessária a prévia autorização orçamentária para as despesas e obrigações a serem assumidas. Esta exigência impõe-se à atividade contratual de todos os entes que se submetem ao prévio empenho de suas despesas. Caso a entidade não se submeta ao empenhamento prévio, tal como as sociedades de economia mista, faz-se necessária a reserva dos recursos no próprio processo administrativo de contratação.⁷⁰⁷

Cabe analisar se a prévia autorização financeira para o devido custeio das obrigações decorrentes da execução dos contratos administrativos consiste em um requisito de validade da própria avença.

O Direito comparado apresenta grande variação a propósito da matéria.

Por exemplo, no Direito espanhol a carência ou insuficiência de crédito orçamentário é causa de nulidade do contrato administrativo, conforme expressa previsão legal.⁷⁰⁸ Já para a doutrina francesa, as autorizações financeiras não são uma condição de validade dos contratos. A violação pelo contrato de regras orçamentárias, tais como o

⁷⁰⁷ Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 560.

⁷⁰⁸ Artigo 62.c da Lei de Contratos das Administrações Públicas, conforme texto refundido de 16 de junho de 2000 (Real Decreto Legislativo nº 2/2000).

princípio da anualidade e da pré-existência dos créditos, não acarreta a invalidade do próprio contrato. Apenas inviabiliza a realização do pagamento.⁷⁰⁹

Analisar-se se no Direito nacional a devida autorização financeira para a realização de licitação consiste ou não em requisito de validade da decisão de contratar e, conseqüentemente, do próprio contrato, é tarefa a ser realizada a partir da interpretação sistemática de dispositivos da Lei nº 8.666/93 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Antes de dar início à licitação, faz-se necessária a elaboração de planilhas com a demonstração da composição dos custos unitários (Lei nº 8.666/93, art. 7º, §2º, inc. II). Uma vez apurados os custos específicos, é possível estimar-se o valor total do contrato. O dispêndio deste valor deve ser previamente autorizado.

É a autorização financeira, indispensável para o desencadeamento de licitações e a formalização dos contratos que impliquem desembolso de recursos orçamentários pela Administração (art. 7º, §2º, inc. III).⁷¹⁰ Constitui a aplicação da diretriz constitucional de previsão orçamentária de todas as despesas a serem custeadas no exercício financeiro em curso.⁷¹¹

Os requisitos relacionados com a autorização financeira para a contratação devem ser atendidos sob pena da nulidade dos atos e contratos que vierem a ser realizados sem sua observância e da responsabilização de quem lhes tiver dado causa (Lei nº 8.666/93, arts. 7º, §6º, e 14).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) acrescentou outros requisitos para a instauração da licitação e formalização do contrato. Esse diploma legal regulou mais especificamente a matéria, consagrando exigências mais severas com relação à necessidade de prévia autorização orçamentária.

Os requisitos previstos para a devida autorização orçamentária que antecede a prática de atos que importem a geração de despesa ou assunção de obrigação estão previstas nos arts. 15 a 17 da LRF.

⁷⁰⁹ Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, ob. cit., p. 146.

⁷¹⁰ O art. 7º da Lei nº 8.666 estipula essa regra para as licitações de obras e serviços e o art. 14 consagra comando similar para as compras. Porém, do princípio constitucional da legalidade da despesa pública decorre a necessidade da previsão dos recursos necessários para o custeio de todas as obrigações assumidas pela Administração que deverão ser cobertas por verbas orçamentárias. Note-se que há contratos administrativos que não são financiados por recursos públicos, tal como a concessão de serviço público que é custeada mediante a cobrança de tarifa dos seus usuários.

⁷¹¹ CF, art. 167.

Nos termos do art. 15, “serão consideradas não autorizadas, irregulares ou lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”.

O art. 16 estipula que a ação governamental que implique aumento de despesa deverá ser acompanhada da “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes” e “declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”.

No §4º, está previsto que estes requisitos consistem em condição prévia para “empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras”. Ou seja, tais normas deverão ser observadas previamente à abertura da licitação. Não é apenas a efetiva realização da despesa e contração de obrigações que são vedadas, mas a própria prática dos atos que as precedem.

O preenchimento desses requisitos da LRF verifica-se com a “elaboração de despacho administrativo, inserido no processo que abriga os autos da licitação ou de sua dispensa/inexigibilidade (art. 38 da Lei n. 8.666)”.⁷¹² Tal manifestação é de competência do ordenador da despesa.

As regras da LRF visam a uma efetiva adequação financeira das despesas governamentais. A despesa adequada depende de “dotação específica e suficiente” (art. 16, §1º, inc. I), com a demonstração “das premissas e metodologia de cálculo utilizadas” (art. 16, §2º).

O art. 15 indica serem irregulares e lesivas as despesas realizadas sem a prévia autorização. Porém, a presunção de nulidade prevista no dispositivo é relativa. Faz-se necessária a comprovação de efetivo prejuízo no caso concreto decorrente da ausência de observância das prescrições legais.⁷¹³ A ausência de autorização financeira para o

⁷¹² Flávio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi. *Lei de responsabilidade fiscal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002, p. 110.

⁷¹³ Nesse sentido é a precisa lição de Marçal Justen Filho: “Observe-se que o dispositivo não determina a nulidade absoluta e automática das contratações realizadas com infração aos referidos dispositivos. Deve reputar-se, por isso, que se trata de presunção relativa” (*Comentários...*, ob. cit., p. 113). O autor ilustra com o seguinte exemplo: “Suponha-se que a Administração tenha promovido licitação e contratação com infração aos ditos arts. 16 e 17. Imagine-se, no entanto, que o procedimento licitatório tenha sido perfeito, formal e materialmente. Considere-se que a contratação resultante é altamente vantajosa para a Administração, a qual dispõe de recursos para seu custeio. Seria um formalismo destituído de sentido promover a invalidação desses atos sob fundamento de infração aos arts. 16 e 17. Haveria ofensa ao princípio da proporcionalidade, eis que a invalidação dos atos geraria efeitos muito mais negativos para o

desencadeamento da licitação poderá ser suprida posteriormente, em se verificando a existência de recursos orçamentários suficientes para o custeio das obrigações decorrentes do contrato.⁷¹⁴

Cabe destacar que a prévia autorização orçamentária, nos termos acima expostos, não se confunde com a efetiva disponibilidade de recursos. O que a declaração do ordenador da despesa exigida pelo art. 16 da LRF indica não é que necessariamente existem os recursos naquele momento e sim que há “sólida expectativa de arrecadação respaldada na programação financeira”.⁷¹⁵

O montante do crédito comprometido com a licitação deve estar previsto na lei orçamentária e por ocasião da abertura da licitação faz-se a indicação da fonte orçamentária da despesa, com a especificação da rubrica. Porém, mais do que isso, o que se exige é a adequação da despesa com a programação financeira. Para tanto não é suficiente a simples previsão orçamentária, fazendo-se necessário avaliar se a receita efetivamente realizada está correspondendo ou não às estimativas consideradas por ocasião da elaboração da lei.⁷¹⁶

Nesse ponto, é relevante a distinção entre os requisitos de validade para a prática dos atos licitatórios e da contratação em si com as exigências para a validade do empenho.

Os requisitos legais acima declinados são necessários para o desencadeamento da licitação e a formalização da contratação. Porém, não implicam a efetiva liberação dos recursos. A execução do contrato e o respectivo pagamento vão

interesse público” (ob. e loc. cit.). Acrescentamos que igual relativização impõe-se com relação à previsão de nulidade dos arts. 7º, §6º, e 14 da Lei nº 8.666/93.

Carlos Pinto Coelho Motta relaciona os vícios mencionados no *caput* do art. 15 da LRF (“ato não autorizado, irregular e lesivo ao patrimônio”) aos requisitos previstos para a responsabilização pessoal do agente por improbidade administrativa: “A redação do art. 15 permite deduzir que o infrator terá atentado contra os arts. 7º e 10, VII e IX, da Lei nº 8.429/92, caracterizado tal ato como de improbidade administrativa, sujeito às conseqüências previstas” (*Gestão fiscal e resolutividade nas licitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29).

⁷¹⁴ A convalidação dos atos licitatórios e do contrato nesses termos não elide a responsabilização de quem deu causa ao vício. O aproveitamento dos atos anteriormente praticados, pela ausência de prejuízo e em tutela à confiança e boa-fé dos licitantes, não afasta a possibilidade de responsabilização pessoal do agente que autorizou a abertura de licitação sem a observância desses requisitos.

⁷¹⁵ Flávio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi, *Lei de responsabilidade fiscal*, ob. cit., p. 111.

⁷¹⁶ Como assevera Marçal Justen Filho: “Daí deriva que a instauração da licitação não pressupõe a liberação dos recursos, mas se vincula à existência concomitante de a) previsão na lei orçamentária e b) realização satisfatória das receitas e despesas, que permita inferir a possibilidade de disponibilidade efetiva, no futuro, dos recursos necessários” (*Comentários...*, ob. cit., p. 114). Importante instrumento para a avaliação da existência ou não de descompasso entre a receita estimada e a realizada são as verificações bimestrais da arrecadação, previstas no art. 9º da LRF. Nos termos do dispositivo legal, caso constatada a frustração de receita impõe-se a limitação de empenhos.

depende de uma nova análise sobre a questão orçamentária. Nesse momento, avalia-se concretamente a disponibilidade dos recursos anteriormente previstos.

A execução da despesa, desencadeada pelos seus ordenadores, vai depender da efetiva e suficiente disponibilidade de recursos orçamentários. Existe um procedimento orçamentário para a despesa no setor público.

O empenho é a formalização financeira da obrigação de pagamento que acompanha a assinatura do contrato. Disso decorre que “o empenho é sempre prévio à realização da despesa e ato concomitante à assunção do compromisso”.⁷¹⁷⁻⁷¹⁸ Do empenho da despesa, que cria para o Estado a obrigação de pagamento, é extraída a nota de empenho no momento de pagamento.⁷¹⁹ Porém, o efetivo pagamento depende da ordenação de liquidação da despesa.

Na fase de liquidação da despesa, procede-se a novo exame acerca da regularidade da contratação e da sua execução, de modo a se aferir a regularidade do direito do particular ao recebimento do pagamento.⁷²⁰ Após isso é que é emitida a ordem de pagamento, que determina a entrega do numerário ao particular. Ou seja, há uma série de requisitos a serem observados para se passar do empenho à autorização de pagamento do contratado.⁷²¹

⁷¹⁷ Carlos Pinto Coelho Motta e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. *Responsabilidade fiscal: Lei Complementar nº 101 de 4/5/2000*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 106.

⁷¹⁸ De acordo com o art. 58 da Lei nº 4.320/64: “O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

⁷¹⁹ O art. 62 da Lei nº 8.666/93 autoriza a substituição do termo de contrato por outros instrumentos, tais como a nota de empenho e a ordem de execução do serviço. No entanto, essa substituição refere-se apenas ao instrumento utilizado para a formalização do contrato. Em todo e qualquer caso haverá contrato administrativo e o documento valerá como instrumento contratual, apesar de não ter sido utilizado um termo de contrato. Mesmo que estejam retratados em um mesmo documento, poderão ser dissociados os requisitos de validade do contrato administrativo em si daqueles que recaem sobre a nota de empenho, a autorização para o início da execução etc.

⁷²⁰ É o que dispõe o art. 63 da Lei nº 4.320/64:

“A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”.

⁷²¹ É o que afirma Carlos Valder do Nascimento: “O pagamento da despesa somente será efetivado quando ordenado após sua regular liquidação nos termos da legislação financeira. Nessa fase é que se delimita a dívida, rendendo ensejo ao nascimento da obrigação de pagamento, após a implementação da condição imposta no instrumento contratual. A fase de liquidação deve comportar averiguação *in loco* do cumprimento da obrigação por parte do contratante” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113).

O fato de a efetiva disponibilização dos recursos somente fazer-se necessária após a celebração do contrato – não se constituindo, assim, em requisito de validade para o contrato em si – não afasta o rigor e a seriedade que devem ser observados ao se emitir a declaração de compatibilidade da despesa prevista no art. 16 da LRF. O cumprimento desse requisito não constitui mera formalidade. A veracidade das informações contidas na declaração do ordenador da despesa é condição, sim, de validade do próprio contrato.⁷²²

Assim, não se pode desvincular completamente os requisitos de validade da licitação e do contrato das exigências que se colocam para a execução do contrato e efetivo pagamento do particular.

Não se admite que a Administração desencadeie procedimento licitatório se não houver a estimativa consistente de disponibilidade de recursos para o pagamento das obrigações assumidas. Diante de todas as formalidades prévias e do sério planejamento orçamentário exigidos especialmente na LRF, a frustração da receita consiste em sério indício de descumprimento da lei orçamentária. É bastante provável que tenha ocorrido alguma falha no planejamento da etapa interna da licitação.

Apesar de os atrasos de pagamentos pela Administração poderem dar ensejo à rescisão do contrato pelo particular (Lei nº 8.666/93, art. 78, inc. XV) e a frustração de receita poder ser invocada como causa de rescisão do contrato por razões de interesse público,⁷²³ tais situações apenas poderão ser aceitas em hipótese excepcionais. Em qualquer caso, deverá ser apurado se o vício, na realidade, não se encontra nos atos praticados na fase interna da licitação, ao se emitir a autorização financeira.

⁷²² Sem que seja afastada a responsabilização pessoal do ordenador da despesa (nos termos da Lei nº 8.429/92). Por tudo isso, sobressai a importância conferida à função do ordenador de despesas. Como afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: “O ordenador de despesas, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, passou a assumir novos desafios: de especialista em sistemas de pagamentos públicos foi promovido a verdadeiro analista de finanças públicas. Foi extremamente valorizado no aspecto da responsabilidade: a norma, agora, exige como condição de validade de determinados atos, não só que ordene a despesa mas que proceda previamente à análise dos fatores que ensejam ou não a sua regularidade e à avaliação da compatibilidade do ato com o orçamento, com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual” (A lei de responsabilidade fiscal e os novos desafios do ordenador de despesas. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 4, p. 373, jun. 2001).

⁷²³ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: “A ausência de recursos orçamentários suficientes e a necessidade de melhor aproveitamento dos escassos recursos disponíveis, porque reduzidos, são fatos supervenientes inviabilizadores da contratação da empresa de gerenciamento. Com efeito, ‘a inexistência de reserva orçamentária é mais que um motivo justo para revogar-se a licitação (Lei 8.666/1993). Nela se traduz um impedimento ao avanço do procedimento’ (MS n. 4482/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 21/10/1996)” (MS 8.844/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, 1ª Seção, v.u., DJ 4.8.2003). Nesse mesmo sentido, também do STJ, foi a decisão proferida no MS 4.513/DF, Rel. Min. Vicente Leal, Corte Especial, v.u., DJ 4.9.2000).

Por fim, é relevante aludir-se ao disposto no art. 42 da LRF.⁷²⁴ A questão que se coloca é se esse dispositivo acarreta a vedação de toda e qualquer instauração de licitação e formalização de contrato que venham a ocorrer nos dois últimos quadrimestres do mandato e que repercutam no orçamento do exercício financeiro subsequente.

A regra constitucional a propósito da realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam a vigência da lei orçamentária está prevista no art. 167, §1º, que condiciona a realização desses investimentos à sua previsão no plano plurianual. A mesma diretriz foi adotada para a regra prevista no art. 57, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Não se pode interpretar o art. 42 da LRF como vedação à execução de projetos de longo prazo, na forma prevista no plano plurianual, durante este período. A previsão de recursos para cada exercício deve corresponder às obras que nele serão executadas e não à totalidade de obras planejadas para os exercícios seguintes.

Logo, o comando a ser extraído do art. 42 da LRF, considerando-se inclusive a sua inserção na seção “Dos Restos a Pagar” do diploma legal, é a de que não podem ser utilizados os referidos restos a pagar para o custeio de contratação que vier a ser realizada nos oito últimos meses do mandato. Não se admite que os restos a pagar venham a ser empregados no exercício seguinte para o cumprimento de obrigações que deveriam ter sido adimplidas no último ano do mandato.⁷²⁵

⁷²⁴ Trata-se de dispositivo inserido na Seção VI – Dos Restos a Pagar. A sua redação é a seguinte: “É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. *Parágrafo único.* Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”.

⁷²⁵ Nesse sentido é a conclusão a que chega Marçal Justen Filho (*Comentários...*, ob. cit., p. 115-118). Floriano de Azevedo Marques Neto adota posicionamento intermediário. O autor sustenta que a regra do art. 42 da LRF consiste em uma exceção ao art. 57, I, da Lei nº 8.666/93, que admite contratos com prazo de duração superior ao de vigência dos respectivos créditos orçamentários desde que seu objeto conste do Plano Plurianual. Porém, a contração da obrigação de despesa em si somente ocorreria com a formalização do contrato e a autorização para a execução das obras e serviços. A conclusão a que chega o autor é a seguinte:

“O que, porém, parece-me absolutamente indiscutível é que a regra do art. 42 da LRF não impede que o poder público promova, mesmo nos dois quadrimestres derradeiros, todos os atos necessários para a contratação (fase interna e externa da licitação até a adjudicação do objeto), sem, contudo, firmar o contrato com o adjudicatário. Ou seja, o art. 42 não veda que o poder público promova uma licitação para contratação de obra no ano seguinte ou que o faça subordinado a cláusula suspensiva, estipulando o edital que o contrato só será assinado no próximo exercício” (A execução de obras públicas em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, a. 2, n. 11, p. 9, janeiro de 2002).

A premissa de que parte o autor é a de que a adjudicação do objeto da licitação não implica direito do adjudicatário ao contrato. Por isso, a realização da licitação em si não estaria vedada pelo art. 42 da LRF. E o art. 16 da LRF é cumprido à medida que o ordenador da despesa declare que os pagamentos serão realizados com recursos previstos em dotações de leis orçamentárias vindouras (ob. e loc. cit.).

Isso porque, como se indicou acima, a realização de licitação e a celebração de contrato não se confundem com a “obrigação de despesa” tal como prevista no art. 42 da LRF. A obrigação de pagamento não decorre do contrato em si, mas do empenho e da respectiva liquidação da despesa por ele gerada. A despesa em si somente pode ser verificada após o cumprimento do objeto da avença pelo contratado.⁷²⁶

IV.2.7.3. A transferência de poderes da Administração para o particular através do contrato e a renúncia ao exercício de poderes

Expôs-se anteriormente que determinadas matérias não podem figurar como objeto de contratações administrativas caso impliquem violação ao princípio da indisponibilidade da competência administrativa.⁷²⁷ Ademais disso, além da definição do objeto contratual em si, não pode haver estipulações contratuais que acarretem indevida disposição do interesse público pela Administração.

Por isso, são vedadas cláusulas tais como as que resultem na transferência do exercício do poder de polícia ou na renúncia da competência administrativa. Os motivos para tanto são os mesmos que impedem que haja disposição destas matérias ao figurarem como objeto de contratos. Não pode a Administração renunciar aos poderes que lhe foram conferidos pelo ordenamento jurídico, sem a expressa previsão legal para tanto, em razão dos princípios da irrenunciabilidade e da inalienabilidade das competências públicas.

A título de exemplo, pode-se indicar como sendo vedadas as cláusulas que impliquem renúncia ao exercício de competência administrativa e alteração de regime jurídico cogente (tal como o que recai sobre os servidores públicos e os bens públicos).

Porém, não se trata da vedação de toda e qualquer cláusula que verse sobre essas matérias. Há de se analisar, em cada caso, se está havendo a efetiva derrogação de normas de ordem pública pela via contratual, o que é vedado, ou a simples configuração da aplicabilidade dessas normas ao caso concreto – sem que seja afastada a sua incidência ou alterado o regime jurídico a que se submetem.

Os poderes de controle e direção da Administração contratante têm por objetivo assegurar o melhor atendimento ao interesse público e, por isso, são de ordem pública. Consistem em competências da Administração.

⁷²⁶ Ressalva-se apenas os casos excepcionais em que se admite o pagamento antecipado.

⁷²⁷ V. item IV.2.3.3.1.

A eles a Administração não pode renunciar. Ademais disso, tais poderes devem ser exercidos mesmo no silêncio da avença a esse respeito pois estão previstos no próprio regime jurídico dos contratos administrativos. Incide a disciplina legal que estipula as normas injuntivas às quais se submete o contrato em questão. A cláusula que implicar renúncia ao exercício destes poderes deve ser reputada inválida.

Porém, também a esse respeito se coloca a problemática de se diferenciar os casos em que há verdadeira renúncia ao exercício dos poderes das hipóteses de limitação e regulação da sua utilização.

Não existe uma solução genérica para eventuais delimitações aos poderes da Administração. Isso porque a relevância de cada um desses poderes exorbitantes pode apresentar variação de acordo com a espécie de contrato administrativo de que se trata e com a configuração concreta dada à avença.

Por exemplo, o exercício do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos apresenta maior relevância nos contratos de duração mais prolongada, tal como na concessão de serviço público, do que nas avenças de execução imediata, a exemplo do que pode ocorrer em um contrato de fornecimento. Assim, eventuais delimitações ao exercício de referido poder nos contratos de longa duração devem ser analisadas com maior cautela e severidade do que a ponderação a ser feita diante de um contrato de execução única.

Tal análise deve ter como referencial o fato de os poderes exorbitantes serem conferidos à Administração para se garantir o melhor atendimento ao interesse público através do contrato. Em alguns tipos de avenças, mais do que em outras, há maior probabilidade de se demandar a intervenção da Administração de modo a readequar a prestação contratual à prossecução do interesse público. Disso decorre que uma cláusula que é lícita em um determinado contrato pode não sê-lo em outro.

A contrapartida para o particular do exercício dos poderes exorbitantes pela Administração que não impliquem a extinção da avença é o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato, desde que preenchidos os requisitos legais necessários para tanto. Tal garantia visa justamente a não comprometer a execução do contrato em razão das modificações determinadas pela Administração ou por outros fatores alheios às partes.

Em princípio, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro consiste em direito subjetivo do particular ao qual ele pode renunciar. Porém, tal renúncia não pode

vir a comprometer a execução do próprio contrato e o atendimento do interesse transcendente.

A renúncia pelo particular ao equilíbrio econômico-financeiro não pode ser ampla e irrestrita. Caso contrário, haveria o sério risco de comprometimento da execução do contrato. Diante disso, se as alterações implicarem sérios transtornos para o cumprimento da prestação pelo particular, a cláusula de renúncia deverá de ser reputada sem efeito e a equação econômica do contrato deverá ser recomposta. O interesse maior a ser preservado consiste na proteção da execução do objeto do contrato administrativo.

V – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS

Após analisar-se o quadro teórico aplicável e os requisitos de validade e os respectivos vícios dos contratos administrativos, cabe investigar como se procede à transição entre um e outro plano.

A partir da constatação de determinado vício do contrato, avalia-se o cabimento ou não de seu saneamento. Caso este não seja possível, há de se investigar se é viável preservar o contrato ou os seus efeitos ou se a avença deve ser desconstituída retroativamente. Como já se indicou, é obrigatória a correção do vício sempre que for admissível. Caso contrário, impende dar-se preferência à preservação do contrato ou, quando menos, dos seus efeitos. Apenas em último caso cabe a pronúncia da invalidade com a restituição das partes ao estado anterior.

Todos estes fatores devem ser avaliados no devido processo administrativo.⁷²⁸ É este o instrumento a ser necessariamente empregado para que se promova a correta aplicação do aparato teórico aos vícios concretos.

O veículo através do qual é exteriorizada a decisão administrativa de invalidação do contrato é um ato unilateral. É a expressão de norma individual e concreta, de efeitos específicos e não genéricos. Segundo Diogenes Gasparini, “formaliza-se por decreto e concretiza-se por termo”.⁷²⁹ O termo presta-se à descrição do estado em que se encontra a execução do contrato e à consignação de outras informações relevantes, constatadas por ocasião da reassunção do seu objeto pela Administração.

Mas a característica unilateral do ato de invalidação sofre temperamentos e é atenuada em razão da processualização da atividade administrativa. Debilita-se a unilateralidade do ato com a ampliação da base consensual da decisão final, que é unilateral apenas formalmente.⁷³⁰ Com efeito, trata-se do ato final de um processo⁷³¹ que

⁷²⁸ No presente estudo é dada ênfase à pronúncia da invalidade pela própria Administração Pública. Porém, nada impede que as premissas lançadas e as soluções apontadas venham a ser utilizadas também na esfera judicial.

⁷²⁹ *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 631.

⁷³⁰ Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública...*, ob. cit., p. 839.

⁷³¹ No presente capítulo empregaremos a terminologia “processo” para designar o conjunto de atos sucessivos e logicamente encadeados, com todos os princípios e regras que lhes são aplicáveis, que deve ser observado em qualquer atividade decisória da Administração.

deve ser necessariamente desenvolvido com ampla participação de todos os interessados, em estrita observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ademais disso, a preparação da decisão de invalidação abrange a avaliação do maior número de informações possível acerca das mais diversas implicações da deliberação a ser tomada. O objetivo é o de encontrar-se a melhor solução para o caso concreto em consonância com os princípios e regras do regime jurídico-administrativo.

O encerramento dessa seqüência de atos com um ato unilateral apenas evidencia publicamente ser aquele o posicionamento assumido pela Administração frente à questão. No entanto, a formação da vontade da Administração, para se atingir este resultado, depende do prévio desenvolvimento de um processo. Disso resulta a relativização da unilateralidade deste ato final.

Diante da polêmica que se trava doutrinariamente acerca da utilização dos termos “processo” ou “procedimento” administrativo, concordamos com o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld. Assim se manifestou o doutrinador: “Importantes doutrinadores sustentam ser fundamental falar em ‘processo’ administrativo justamente para afirmar com ênfase a incidência, na esfera administrativa, dos grandes princípios processuais (devido processo, ampla defesa, direito ao contraditório e ao recurso, etc.); temem eles que a expressão ‘procedimento administrativo’ seja fraca para esse fim. Embora concorde com a preocupação, penso, contudo, que o uso doutrinário da expressão ‘processo administrativo’ não tem maior efeito prático. Ora, saber se, em certo caso concreto, deve ou não ser garantida a defesa prévia, ou se é ou não essencial a notificação pessoal do interessado, etc., são dúvidas cuja solução não se obtém com a simples indagação quanto à efetiva presença, naquele caso, de algo denominado ‘processo’. Isso porque nem a Constituição dá a isso uma resposta (isto é, ela não esclarece concretamente quando é que se está diante de um ‘processo administrativo’ para suscitar a incidência dos princípios) nem essa resposta pode ser obtida por simples consulta à denominação empregada pelas leis específicas (deveras, não é o fato de a lei haver rotulado algo como ‘procedimento’ ou como ‘processo’ que determina a incidência ou não dos citados princípios)” (Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: ____; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19-20, nota 5).

Porém, faz-se necessário ressaltar que a adoção do termo “processo” não pode significar o simples transporte do regime jurídico e de todas as construções doutrinárias que cercam o processo jurisdicional. Como bem alerta Romeu Felipe Bacellar Filho, “nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional. Com isto, quer evidenciar-se a importância da distinção (e não do distanciamento) entre as noções de procedimento e processo, adquirindo feições próprias compatíveis com a competência a ser exteriorizada (administrativa, judicial ou legislativa). Não se está a advogar a ‘jurisdicionalização do processo administrativo’, tese, aliás, originada na premissa de identificação do processo com a jurisdição. Em igual equívoco, poderia incorrer quem sustentasse o mero deslocamento de institutos do direito processual civil ou penal para o direito administrativo, sem qualquer compromisso com a dinâmica do exercício da função administrativa” (*Processo administrativo disciplinar*, ob. cit., p. 58). A esse respeito, Marçal Justen Filho enfatiza o equívoco “da tentativa de aplicar ao campo da atividade administrativa os princípios processuais desenvolvidos a propósito da atividade jurisdicional” (Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 33, p. 114, jun. 1998). Por isso, e considerando-se que a atividade processual da Administração Pública deve ser compreendida em termos próprios, voltados à sua especificidade com relação à atividade jurisdicional, e que o impasse acerca da terminologia “processo” ou “procedimento” não é apto a interferir nas características essenciais do instituto, prefere-se o emprego de “processo” por se tratar da nomenclatura adotada pela legislação recente e mais amplamente aceita pela doutrina. Sobre a disputa terminológica, vale consultar a obra de Egon Bockmann Moreira (*Processo administrativo...*, ob. cit., esp. p. 39-58). O autor faz uma profunda análise dos diversos aspectos envolvidos em torno da disputa pela adoção dos termos “processo” ou “procedimento” administrativo.

A processualização da atividade administrativa ganha um significado especial ao se tratar da invalidação dos contratos administrativos. O que está em jogo é a extinção, por motivo de legalidade, de relação contratual da qual o particular integra por sua livre e espontânea vontade. A finalidade visada com o contrato é a própria realização do interesse público. Ao mesmo tempo, a relação jurídica contratual gera direitos subjetivos para ambos os contratantes.

Logo, a questão envolve o interesse geral, da pessoa pública e do particular enquanto tal. Em razão de todas as implicações que o ato de invalidação desencadeia, podendo afetar não apenas as partes contratantes mas também terceiros (em especial os destinatários da ação estatal), a deliberação final deve levar em consideração essa diversidade de interesses – inclusive permitindo a manifestação de seus titulares antes da decisão.

Disso decorre, em primeiro lugar, a obrigatoriedade de se submeter a questão a um regular processo administrativo antes de se declarar a invalidade do contrato. Depois, no processo administrativo deverão ser amplamente observadas as garantias constitucionais não apenas em atenção aos interesses dos particulares mas, acima de tudo, para se obter a melhor solução para o atendimento ao interesse público.

No presente estudo, não se procederá a uma ampla explanação da processualidade na atividade administrativa. Nos limites da temática central proposta, pretende-se destacar algumas premissas e especificidades do processo administrativo de invalidação dos contratos.

V.1. Notas sobre a processualidade na atividade administrativa

A atividade contratual da Administração Pública é uma das modalidades da atuação administrativa em que mais é evidenciada a participação dos cidadãos como colaboradores e não apenas como meros destinatários dos comandos estatais. Daí a ênfase a ser dada aos requisitos processuais a serem observados na tomada de decisões no âmbito de um contrato celebrado pela Administração com particulares.

O processo, por si só, é um instrumento para a realização de um fim que lhe é externo.⁷³²

Ao enfatizar esse aspecto, Pedro Gonçalves chama a atenção para o fato de que a grande importância que tem sido atribuída ao processo administrativo levou alguns a estudá-lo ao lado de outras formas de atuação da Administração. O doutrinador português destaca que o processo não pode ser substantivado, pois em sua essência é adjetivo. Com isso, “pretende sobretudo acentuar a circunstância de os atos praticados no exercício da função administrativa constituírem o ‘resultado’ de uma série de atuações e pronúncias de várias ordens encadeadas numa sucessão ordenada que colocam a Administração Pública em posição de provocar a produção de atuar externamente”.⁷³³

Da afirmação do caráter instrumental do processo decorre a importância de se analisar as finalidades para as quais a observância da sucessão de atos concatenados é empregada e as funções que lhe são atribuídas.

Uma das primeiras idéias diretamente vinculadas à noção de processo é a de possibilidade de participação daqueles que poderão ter a sua esfera jurídica afetada pelo resultado final. Essa acepção foi fortalecida com o reconhecimento formal e expresso do direito fundamental ao processo como direito subjetivo dos cidadãos.⁷³⁴

O processo administrativo não pode ser visualizado apenas sob a perspectiva da garantia de participação dos administrados através do exercício do contraditório e da ampla defesa. Muito embora seja esta a sua função mais vistosa com relação aos particulares, cabe destacar que o processo administrativo é instrumento vocacionado também para a prossecução de outras finalidades.

Uma delas é a de aprimoramento da própria atividade administrativa. Ao se considerar todos os interesses envolvidos e coletar-se a maior quantidade possível de informações acerca do caso concreto, municia-se a Administração para que possa atingir a decisão *ótima* para aquelas circunstâncias específicas.

⁷³² Carmen Lúcia Antunes Rocha. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 34, n. 136, p. 6, out./dez. 1997. A autora nota que tanto a democracia quanto a antidemocracia podem se utilizar do processo como instrumento para atingir seus objetivos. Disso decorre “a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo, sem a qual, tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável, como poderá ser contrária ao indivíduo” (ob. cit., p. 7).

⁷³³ *O contrato administrativo*, ob. cit., p. 85.

⁷³⁴ Como afirma Egon Bockmann Moreira: “O processo administrativo hodierno assume o feitiço de um *direito-garantia*, uma realidade jurídica a integrar a esfera individual dos particulares” (O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo*: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 189).

É possível, assim, analisar o processo tanto por uma perspectiva subjetiva, de proteção dos administrados, quanto objetiva, de conhecimento pela Administração de todos os aspectos da situação sobre a qual vai decidir.

Há outro aspecto ainda de extrema relevância para o objeto específico do presente estudo. É a concepção de que o processo é imprescindível para a própria formação de vontade da Administração. Isso significa que, antes do regular desenvolvimento do processo administrativo, com a observância de todas as garantias e princípios a ele inerentes, não é possível a Administração assumir e defender um determinado posicionamento acerca da questão.

Cabe ressaltar que estes são apenas alguns dos aspectos ou funções do processo administrativo.⁷³⁵ Optou-se por uma exposição mais detalhada dessas funções por dizerem respeito mais diretamente à temática do presente estudo.

V.1.1. O processo como instrumento de efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na atividade administrativa

Faz-se necessária a garantia de participação dos administrados em todos os processos que se dirijam a alguém ou que lhes possam acarretar algum encargo ou gravame. A faculdade de intervenção no processo daqueles diretamente interessados deve permitir sua participação ativa, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa sempre que houver a possibilidade de restrição de esfera jurídica de particular em decorrência da decisão a ser tomada pela Administração.

Note-se que essa noção é muito mais ampla do que a imposição de sanções pelo poder público. Não é apenas nos casos em que a decisão administrativa poderá vir a impor uma penalidade ou algum tipo de gravame aos administrados que estes terão direito a ser previamente ouvidos e a intervir efetivamente na preparação da decisão. Em todo e qualquer caso em que possam ser configurados interesses contrapostos dos particulares com relação aos da Administração faz-se necessário possibilitar o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa.

⁷³⁵ Por exemplo, Odete Medauar desdobra estes aspectos em uma série de outros objetivos mais específicos do processo administrativo: finalidade de garantia jurídica dos administrados, melhor conteúdo das decisões, eficácia das decisões, legitimação do poder, correto desempenho da função administrativa, justiça na Administração, aproximação entre Administração e cidadãos, sistematização de atuações administrativas, facilitação do controle da Administração e aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa (*Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 62 e ss.).

David Duarte assim delimita aqueles que são legitimados a intervir no processo administrativo para o exercício de direitos subjetivos:

“São interessados procedimentais, desde logo, os titulares de direitos subjetivos ou de interesses legítimos, o que significa que podem intervir no procedimento todos aqueles que, relativamente ao espectro de decisões adotáveis, possam vir a ser prejudicados na sua situação de vantagem. E assim, tanto quando se trate de uma posição que permita ao seu titular a afetação de um bem (ou utilidade), como quando essa posição apenas o proteja sem lhe garantir diretamente a afetação”.⁷³⁶

Além da legitimação dos interessados cujos direitos subjetivos possam vir a ser afetados, há de se reconhecer ainda a possibilidade de participação de titulares de interesses coletivos e difusos vinculados à questão em debate. Como se especifica adiante, na Lei nº 9.784/99 há a expressa previsão de diversos mecanismos que visam à ampliação da participação da comunidade em geral no processo de elaboração das decisões administrativas.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa visam a garantir o acesso de todos os interessados ao processo administrativo. A participação a ser viabilizada não é apenas a passiva, de fiscalização da atividade desenvolvida. Há de se garantir a intervenção ativa dos titulares de legítimo interesse jurídico que possa vir a ser atingido pelo resultado do processo, de modo que possam efetivamente influenciar o resultado final.

Em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a legislação ordinária⁷³⁷ previu a possibilidade de participação dos administrados em todas as fases do processo.

Em linhas gerais, os princípios do contraditório e da ampla defesa compreendem a notificação dos particulares da abertura do processo, informando-lhes dos fatos que ensejaram o seu início. Deve ser garantida a possibilidade de manifestação dos interessados, inclusive admitindo que tragam ao processo as informações, documentos e outras provas que tenham sobre a questão debatida. Os interessados poderão propor a realização das provas que reputarem necessárias, com a apresentação da devida justificativa. Em havendo dilação probatória na esfera administrativa, têm o direito de acompanhar todos os atos e diligências e de apresentar suas observações. Garante-se também a interposição de recursos contra a decisão que lhes for desfavorável.

⁷³⁶ *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 132.

⁷³⁷ Lei nº 9.784/99, esp. arts. 3º, 5º, 6º, 26 a 47.

Além do aspecto de proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos, os princípios em questão visam a garantir a possibilidade de os particulares efetivamente influenciarem a formação da vontade da Administração Pública. Permitem-lhes trazer para o âmbito da atividade processual da Administração os seus pontos de vista, com as informações e provas que os embasam, para que sejam apreciados e levados em consideração ao se proferir a decisão. Mas não apenas isso: abrangem também o direito de os administrados serem informados dos fatos alegados pela Administração bem como dos documentos por ela utilizados.

Disso decorre logicamente que a participação do particular deve ser facultada previamente à decisão administrativa. De nada adianta a Administração emitir sua decisão e comunicá-la ao administrado para que este apresente a sua defesa posteriormente. Nesse caso, quando muito poderá haver a reconsideração de anterior decisão da Administração. Mas a vontade administrativa formada a respeito da questão restará irremediavelmente maculada.

Com efeito, os princípios do contraditório e da ampla defesa compreendem a participação dos particulares na fase de formação da vontade administrativa. Não se satisfazem apenas com a oportunização de defesa frente a acerto de fatos e declaração de direito a que a Administração já procedeu. Neste caso, os objetivos dos princípios constitucionais já estariam frustrados. Este aspecto está diretamente relacionado com as outras funções do processo administrativo que se analisa adiante.

V.1.2. O processo como instrumento de otimização da atividade administrativa

As garantias processuais não se restringem à perspectiva subjetiva, relacionada com a defesa dos administrados. Compreendem também os aspectos que contribuem para o acerto da decisão da Administração. O ato final deve estar fundado em um devido processo legal, para o qual foram trazidos todos os dados relevantes e pertinentes para a apreciação da questão ou que fossem idôneos para influenciar o resultado. E o controle acerca dos elementos avaliados e utilizados pela Administração não é feito apenas pela motivação dos atos administrativos.

Com efeito, a imposição da realização de um processo administrativo visa a assegurar que a decisão administrativa tenha sido formada corretamente, levando em consideração todos os interesses afetados e os fatores relevantes. Após a coleta, todos

estes dados deverão ser razoavelmente ponderados de modo a se obter o melhor resultado, que melhor satisfaça ao interesse público.

É nesse sentido que se afirma que o desenvolvimento do processo administrativo tem como um de seus objetivos a otimização da atividade administrativa.

Tal foi a preocupação do legislador com os critérios e informações utilizados na decisão administrativa que foi prevista a possibilidade de realização de consulta pública para a manifestação de terceiros antes de se proferir a decisão “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral”.⁷³⁸ Ainda em decorrência da relevância da questão, poderão ser realizadas audiências públicas para o debate da matéria e viabilizar-se outros modos de participação dos administrados através de organizações e associações legalmente reconhecidas. Pode ter lugar também a audiência de outros órgãos e entidades administrativas.⁷³⁹

O objetivo é o de que sejam prestadas todas as informações e apresentadas as provas pertinentes para a apreciação da questão tendo em vista a qualidade do ato a ser praticado. Isso implica a maior quantidade possível de dados, a propósito das mais diversas circunstâncias, inclusive, se for o caso, com a ampla mobilização pública para reflexão acerca do tema.

David Duarte enfatiza a relevância da noção de processo administrativo como preparatório da decisão. Consiste na realidade em um redimensionamento das funções do processo administrativo, que somente foi possível com a ampliação do seu emprego nos mais diversos setores da atividade administrativa. Diante da crescente complexidade das questões a serem decididas e dos fatores que influenciam a atividade administrativa, faz-se necessário aprimorar o instrumento de tomada de decisão.

Nas palavras do autor:

“O alargamento desta complexidade qualitativa e quantitativa das situações materiais envolvidas e o acréscimo inerente de colisões no quadro da mesma decisão vem determinar um reforço necessário dos meios de elaboração da decisão. Quanto maior é a dimensão de dúvida que cobre a decisão, maior é a necessidade de a diminuir e, portanto, maior é a relevância do procedimento como meio de esclarecimento das incertezas retrospectivamente projetadas no procedimento de estabelecimento das bases da decisão”.⁷⁴⁰

⁷³⁸ Lei nº 9.784/99, art. 31.

⁷³⁹ Lei nº 9.784/99, arts. 32 a 35.

⁷⁴⁰ *Procedimentalização...*, ob. cit., p. 94-95.

Um dos principais reflexos desta alteração de foco da concepção de processo administrativo “reside no relevo que o fenômeno participatório vem a adquirir como meio de cooperação na tarefa de descoberta da decisão”.⁷⁴¹

Gordillo vincula a realização de devido processo administrativo, com a participação de todos os interessados, à própria eficiência da atividade estatal. Nas palavras do autor, o princípio de prévia oitiva dos interessados mantém-se

“incólume inclusive quando os fatos sobre os quais deve decidir-se parecem absolutamente claros e a prova existente seja contundente e unívoca, porque se a administração tem em conta não somente razões ou motivos de legitimidade, mas também motivos de oportunidade, mérito ou conveniência (...), então é claro que a voz dos afetados potenciais, inclusive no mais ‘evidente’ dos casos, comporta sempre mais elementos de juízo a levar em conta para o julgamento de mérito ou oportunidade do ato e seu grau de satisfação do interesse público comprometido”.⁷⁴²

Além de concebê-lo como preparatório da decisão, a contribuição do processo para a otimização da atividade administrativa também pode ser verificada sob a perspectiva de informação para os administrados que a atividade processual propicia. Amplia-se a transparência das decisões da Administração pois, com o desmembramento destas em uma série de atos encadeados e relativamente autônomos entre si, permite-se que os administrados tenham conhecimento do modo como foram formados os atos da Administração e quais os elementos que os embasam.

Considerando-se esse enfoque da questão, a realização do processo administrativo é uma garantia dos cidadãos mesmo quando não há contencioso. O direito dos administrados à informação é a regra para os atos do Poder Público, independente de a esfera jurídica dos administrados poder vir a ser diretamente afetada ou não.

Há outro motivo ainda, pelo qual se impõe a prévia realização de processo administrativo independente da existência de contraposição entre os interesses da Administração e de particulares.

V.1.3. O processo como instrumento de formação da vontade administrativa

Como já se indicou, a segmentação da atividade administrativa em etapas sucessivas e concatenadas de modo a conduzir logicamente ao resultado final permite o

⁷⁴¹ Ob. cit., p. 96.

⁷⁴² *Tratado...*, t. II, ob. cit., p. IX-14.

controle das decisões tomadas pela Administração. Possibilita investigar quais elementos de fato e teses jurídicas foram utilizados para se atingir o resultado final.

À medida que os atos desenvolvidos no curso do processo determinam positivamente o conteúdo da decisão final da Administração, a realização de prévio processo é verdadeiro requisito para a formação da vontade administrativa.⁷⁴³

Sob essa perspectiva, o processo exerce importante função de limitação e controle do exercício do poder. É o que nos ensina Marçal Justen Filho: “A obrigatoriedade de observância de um procedimento retrata o impedimento ao exercício imediato e abrupto do poder decisório. A emissão do ato decisório depende, para ser válida, da prática de atos prévios”.⁷⁴⁴

A segmentação dos atos, organizados lógica e sucessivamente, permite a fiscalização de cada um deles em separado. Já a visualização do *iter* percorrido pela Administração para chegar ao resultado final viabiliza o controle dos elementos que foram levados em consideração e dos motivos pelos quais alguns foram adotados e outros, descartados.

Ademais disso, o reconhecimento do direito de participação dos administrados transforma as próprias condições de formação da decisão administrativa. Reconhece-se a existência do direito subjetivo ao devido processo administrativo, de modo que os particulares possam expressar seu ponto de vista e fazer valer seus direitos antes de se formar a vontade administrativa a respeito do assunto. Os particulares intervêm no processo decisório estatal na condição de titulares de direitos subjetivos e não como simples destinatários do comando a ser produzido.⁷⁴⁵

Mas há outro reflexo relevante dessa perspectiva de análise do processo administrativo. Toda e qualquer atividade administrativa decisória deve ser

⁷⁴³ Sobre o processo de formação da vontade da Administração, Berçaitz faz a seguinte análise: “A decisão, que determina os atos volitivos nos particulares, é um fenômeno psicológico que não precisa ser instrumentalizado para a validade e existência dos atos jurídicos que são sua consequência. Por outro lado, a decisão administrativa deve documentar-se forçosamente para que possa ter vida e consequências jurídicas em atos ou em contratos. A vontade da Administração se forma mediante uma série de atos de distintas pessoas que expressam ou contribuem para expressá-la. Para sua concatenação é indispensável documentar, instrumentalizar, formalizar, todas e cada uma dessas manifestações de vontade que ao se fundirem em um feixe constituem a vontade do Estado” (*Teoría general del contrato administrativo*, ob. cit., p. 298).

⁷⁴⁴ Considerações sobre o ‘Processo Administrativo Fiscal’, *RDDT* 33, ob. cit., p. 109.

⁷⁴⁵ Jacques Chevallier analisa as alterações das condições de produção das decisões estatais em decorrência da participação dos administrados, na condição de titulares de direitos subjetivos, como sendo uma das características do Estado pós-moderno. Destaca ser a subjetivização uma marca típica da pós-modernidade, colocando “o indivíduo, titular de direitos subjetivos como a figura central do universo jurídico” (*Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 3, p. 689, maio/jun. 1998).

processualizada. A deliberação da Administração deve ser o resultado atingido ao final de um processo.

Não se está pretendendo sustentar que todo ato administrativo deva ser precedido de um processo completo, com garantia de contraditório e ampla defesa, dilação probatória etc. Se não houver previsão legal das etapas do processo a ser seguido, a sua definição vai depender da observância, quando menos, das fases processuais mínimas necessárias para se dar atendimento às garantias constitucionais dos administrados e conforme o caso concreto exigir.⁷⁴⁶⁻⁷⁴⁷

Da afirmação de que o processo administrativo presta-se à formação da vontade da Administração decorre diretamente que, antes de se ter desenvolvido o regular processo, não há que se falar em decisão da Administração que tenha sido legitimamente constituída. Não poderá a Administração sustentar e defender determinado posicionamento como sendo seu caso não tenha sido desenvolvido o devido processo administrativo com a observância das garantias pertinentes.

Diante disso, é válido sustentar que a realização de processo administrativo é injuntiva. Não há disponibilidade para a Administração quanto à sua realização ou não. Mesmo nos casos em que não existam interesses de particulares controvertidos, faz-se necessário observar a sucessão de atos encadeados dos quais resulta a vontade administrativa. Esta conclusão impõe-se mesmo que os particulares interessados renunciem à realização do processo administrativo, pois a sua observância sempre será obrigatória por parte da Administração.

A conseqüência disso é que a Administração encontra-se impedida de buscar tutela jurisdicional, pretendendo fazer prevalecer determinada pretensão frente ao particular, sem que antes tenha desenvolvido o regular processo administrativo.

⁷⁴⁶ A esse respeito, vale transcrever os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que “entre a lei e o ato administrativo existe um intervalo, pois o ato não surge como um passe de mágica. Ele é o produto de um processo ou procedimento através do qual a possibilidade ou a exigência supostas na lei em abstrato passam para o plano de concreção. No procedimento ou processo se estrutura, se compõe, se canaliza e a final se estampa a ‘vontade’ administrativa. Evidentemente, existe sempre um *modus operandi* para chegar-se a um ato administrativo final. Assim, não é difícil perceber que um procedimento sempre haverá, pois o ato, como dito, não surge do nada. Tal procedimento – isto, sim – terá sido *mais ou menos amplo, mais ou menos formalizado, mais ou menos acessível aos administrados, mais ou menos respeitador de exigências inadversáveis do Estado de Direito ou de regras explícitas do ordenamento positivo.*” (*Curso...*, ob. cit., p. 447).

⁷⁴⁷ Fernando Vernalha Guimarães desenvolve a noção dos processos administrativos “não-formalizados”, acerca dos quais a lei não previu uma sucessão de atos e deixou uma certa margem para defini-la no caso concreto. Com relação a estes processos, faz-se necessário observar os requisitos necessários de suficiência para que possam ser atendidos os seus escopos (*Alteração unilateral do contrato administrativo*, ob. cit., p. 205-207).

Aplica-se à questão o raciocínio desenvolvido por Marçal Justen Filho, para justificar a inafastabilidade do prévio processo administrativo de apuração do crédito tributário antes de o Fisco recorrer ao Poder Judiciário.⁷⁴⁸

De acordo com o doutrinador, cabe ao Fisco, assim como para a Administração em geral, apurar rigorosamente em processo administrativo os fatos que dão suporte ao seu direito. Isso porque a Administração não comparece em juízo na mesma condição em que se encontram os particulares. Invocar a tutela jurisdicional para a Administração significa a realização do interesse público.

O fato de a Administração comparecer frente ao Judiciário e se afirmar titular de determinada pretensão que se presume procedente⁷⁴⁹ significa, na realidade, o exercício de um poder. E o controle do exercício deste poder se faz com a observância da prévia série de atos que integram o processo.

As conseqüências dessa atuação da Administração são muito mais graves e de maior abrangência do que se passa quando o particular pleiteia a tutela jurisdicional. Por isso, há exigências mais sérias com relação à Administração para que se reconheça o seu direito de ação. Somente após comprovar ter atingido a conclusão de que é titular do direito reclamado em regular processo administrativo é que o Poder Público poderá recorrer ao Judiciário.⁷⁵⁰

Assim, as evidências concretas e objetivas que se exige da Administração ao pretender fazer prevalecer seu entendimento perante o Judiciário devem ter sido apuradas previamente, no momento preliminar do processo administrativo. Eis a forma de controle dos poderes públicos que são exercitadas frente ao juiz.

Também por isso se impõe a realização de prévio processo administrativo, independente da provocação dos interessados ou da manifestação de interesses contrapostos.

Uma vez assentadas algumas premissas acerca da atividade processual da Administração Pública, passa-se à análise de aspectos atinentes especificamente ao processo de invalidação dos contratos administrativos.

⁷⁴⁸ Considerações sobre o 'processo administrativo fiscal', *RDDT* 33, ob. cit., p. 123 e ss.

⁷⁴⁹ Isso em razão dos princípios norteadores da atividade administrativa, sendo de especial interesse para o caso a presunção de legalidade dos atos administrativos.

⁷⁵⁰ Para Marçal Justen Filho, a questão repercute diretamente no direito de agir da Administração: "Somente há direito de ação quando o Fisco puder apresentar evidências concretas e objetivas da titularidade de crédito, produzidas segundo os princípios democráticos que fundamentam a atividade administrativa" (ob. cit., p. 124).

V.2. Algumas considerações específicas sobre o processo administrativo de invalidação dos contratos

A possibilidade de firmar contratos com a Administração é uma das principais manifestações de participação dos cidadãos na formação de decisões da Administração. Na atividade contratual administrativa, a efetiva participação do cidadão é requisito indispensável para o aperfeiçoamento da avença.

Em virtude da maior ênfase na participação dos administrados na formação dos contratos, verifica-se a necessidade de que a sua intervenção seja reforçada também no momento de extinção anormal do vínculo contratual. Daí a grande relevância da processualidade na atividade administrativa de invalidação dos contratos.

Procura-se enfatizar alguns dos aspectos atinentes ao processo administrativo de invalidação dos contratos de que a Administração é parte, especialmente à medida que apresentam traços próprios com relação à processualidade aplicável às outras atividades do poder público.

V.2.1. O Direito positivo

O processo administrativo impõe-se independente de previsão legal ou regulamentar sempre que houver atividade decisória da Administração, tal como é a apreciação da ocorrência de um vício nos contratos. Por força do art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, sempre que o ato possa atingir, de alguma forma, a esfera jurídica dos administrados faz-se necessária a realização do processo administrativo em contraditório com a possibilidade efetiva de ampla defesa.

Na Lei nº 8.666/93, não há previsão específica de quais atos devem suceder-se no processo de invalidação do contrato. A partir disso, seria possível pressupor-se a existência de uma certa margem para variações na série de atos a ser seguida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e observando-se as garantias constitucionais.

Com o advento da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), aplicável aos entes da administração pública federal, passou a haver a regulação positiva

mais específica dos atos que integram o processo administrativo e dos princípios e garantias a serem observados.

Da leitura dos seus dispositivos, extrai-se a estrutura mínima do processo a ser seguido: inicia-se de ofício ou por solicitação do interessado (art. 5º); há a previsão dos elementos que devem constar do requerimento inicial (art. 6º); caso seja necessária para a solução do litígio, é possível a ampla produção de provas com a participação dos interessados (art. 29 e ss.); antes de proferir a decisão, faculta-se aos interessados a apresentação de alegações finais (art. 2º); aquele que não se conformar com a decisão pronunciada poderá interpor recurso a ser apreciado pela autoridade superior (arts. 56 e ss).⁷⁵¹

Cabe destacar que qualquer um pode dar início ao processo administrativo de invalidação de contrato administrativo com fundamento em vício que lesiona o interesse público ou de um número indeterminado de particulares. Com relação à Administração, salvo disposição expressa em sentido diverso, a autoridade competente para firmar o contrato também o é para modificá-lo, praticar os atos de execução e extingui-lo.

Em se tratando de hipótese de defeito do contrato administrativo que viola exclusivamente o interesse particular de determinados indivíduos, a legitimidade para desencadear o processo administrativo de invalidação é restrita aos sujeitos prejudicados.

V.2.2. As garantias de participação do contratado e de terceiros

Ao se mencionar a intervenção dos particulares no processo administrativo, as garantias que vêm à mente em primeiro lugar e que assumem maior relevância são as do contraditório e da ampla defesa, com todas as suas decorrências. E no processo administrativo de invalidação deve-se possibilitar a efetivação destes princípios constitucionais, com todos os meios a eles inerentes visando à sua máxima realização.

⁷⁵¹ No tocante às fases do processo administrativo, a Lei de processo paulista (Lei estadual nº 10.177/98) foi mais detalhista ainda ao regular a seqüência de atos a ser observada nos processos em espécie. Entre eles, foram estipuladas as regras específicas do processo para a invalidação de ato ou contrato administrativo (arts. 58 e ss.), com a expressa previsão de intimação de todos os terceiros interessados para que se manifestem previamente à decisão.

V.2.2.1. A necessidade de participação do contratado

Cabe à Administração demonstrar, no curso do devido processo administrativo, o vício do contrato administrativo. Para que seja proferida a decisão de invalidação, deve estar evidenciada a ilegalidade que se imputa ao contrato. Indo adiante, deverá expor a conseqüência que pretende atribuir àquele vício e os motivos que dão suporte à sua intenção. E este processo deve ser necessariamente desenvolvido em contraditório.

Isso porque a desconstituição dos contratos da Administração por motivo de ilegalidade é passível de atingir a esfera jurídica de particulares. Os atos negociais da Administração, contrariamente ao que se verifica com relação aos atos unilaterais, geram, em regra, direitos subjetivos para os seus destinatários oponíveis à Administração. Os co-contratantes têm direito subjetivo ao cumprimento do contrato e referida posição subjetiva deve ser contraposta à pretensão da Administração de declarar a ilegalidade do contrato.

Aqueles que contrataram com a Administração e deram cumprimento às suas obrigações, com respaldo na própria presunção de legalidade dos atos administrativos, têm o direito de participar ativamente do processo de invalidação e, se for o caso, de se opor à pretensão da Administração de invalidar o contrato. Como já se indicou anteriormente, os administrados podem ser titulares de direito subjetivo à preservação do contrato viciado ou dos seus efeitos.

Por todos estes aspectos, a esfera jurídica do co-contratante da Administração acaba sendo diretamente atingida com a decisão a ser proferida.

A propósito da questão, vale transcrever a precisa lição de Hely Lopes Meirelles:

“A audiência do interessado é sempre necessária na extinção dos atos negociais vinculados e definitivos, à semelhança do que ocorre nos processos judiciais em que se visa desconstituir situações jurídicas geradoras de direito individual subjetivo, pois, como advertiu Eduardo Couture: ‘Nunca habrá justicia, si, habiendo dos partes, solo se ha oido la voz de una’.

Não se nega à Administração a faculdade de extinguir os seus próprios atos quando ilegais ou contrários ao interesse público. O que se nega é a conduta arbitrária da autoridade que, a pretexto de ilegalidade ou ofensa ao interesse público, invalida ato negocial vinculado e definitivo sem possibilitar ao destinatário a demonstração da sua regularidade e a inexistência de ofensa ao interesse público”.⁷⁵²

⁷⁵² Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 158, p. 18-19, out./dez. 1984.

São vários os motivos pelos quais deve ser proporcionada a participação ativa do contratado no processo de invalidação de contrato.

O primeiro deles decorre do reconhecimento de que o particular tem interesse jurídico no cumprimento do contrato celebrado com o Poder Público. Por isso, há de se possibilitar que ele defenda a legalidade da avença firmada mesmo que não lhe seja imputada qualquer responsabilidade pelo vício verificado. Os direitos e deveres gerados pela relação contratual travada com a Administração ingressam na esfera jurídica subjetiva do co-contratante e este tem o direito de intervir ativamente no processo em que se discute a invalidação do negócio de que se originam tais posições jurídicas.

Depois, o particular também tem interesse direto nos efeitos que decorrerão da invalidação do contrato. O co-contratante tem o direito de pleitear e discutir na esfera administrativa as parcelas de indenização a que faz jus.

Como se indicou anteriormente, a questão da eventual indenização a ser paga ao contratado como decorrência do desfazimento do contrato deve ser analisada previamente à pronúncia da invalidade. Consiste em um dos fatores a serem considerados e ponderados por ocasião da determinação da consequência a ser atribuída à constatação de determinado vício.

Isso não se aplica ao direito à indenização dos terceiros eventualmente prejudicados pelo vício, pois o reconhecimento do direito destes ao ressarcimento independe do desfazimento do contrato.

V.2.2.2. A participação de terceiros interessados

Quanto à participação no processo especificamente de invalidação dos contratos administrativos, ela é aberta não apenas aos co-contratantes entre si mas também a todos os terceiros interessados.

De acordo com os ensinamentos de Alexandra Leitão, por um lado, a noção de terceiro em Direito Administrativo é mais restrita do que as de particular ou administrado. Por outro, é mais ampla do que a figura do terceiro construída pela teoria civilista. Isso é uma decorrência direta da própria natureza da atividade pública, que visa a atender o interesse geral e atinge muitos outros sujeitos que não apenas os seus destinatários imediatos.⁷⁵³

⁷⁵³ *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 14.

Para a doutrinadora, a definição dos terceiros sofre delimitações tanto positiva quanto negativa considerando-se que “são terceiros relativamente ao contrato todos aqueles que, não sendo partes no mesmo, são diretamente ou indiretamente atingidos pelos seus efeitos”.⁷⁵⁴

A estes terceiros é reconhecido o direito de dar início ao processo administrativo de invalidação do contrato, desde que demonstrem seu legítimo interesse para tanto.⁷⁵⁵ Caso o processo tenha sido iniciado pela própria Administração ou pelo particular contratado, estes terceiros não serão partes do processo, do que resulta ser facultativa a sua participação no processo administrativo. Porém, uma vez que assim requeiram e demonstrem seu interesse, há de ser admitida a sua intervenção no processo.

A partir deste conceito, podem ser estabelecidas diversas categorias de terceiros cuja esfera jurídica encontra-se sujeita a ser atingida pela invalidação do contrato, conforme estejam mais ou menos próximos da celebração, do conteúdo e da execução do contrato.

Considerando-se tais premissas, é possível classificar-se em três tipos os terceiros que podem ter a sua esfera jurídica subjetiva afetada pela invalidação dos contratos.⁷⁵⁶

O primeiro grupo é composto por aqueles que foram afastados ilegalmente do procedimento pré-contratual. Aplica-se aos casos em que o suposto vício motivador do processo de invalidação teria ocorrido na fase pré-contratual. Abrange tanto os licitantes vencidos quanto aqueles que poderiam ter sido licitantes se não fosse o vício apontado.

Para ter reconhecido o seu legítimo interesse em participar do processo de invalidação do contrato por ilegalidade verificada na etapa pré-contratual – e reclamar seu direito à indenização, se for o caso – não se faz necessário que o particular comprove que o contrato teria sido com ele firmado se não fosse o vício.

A esse respeito, Piñar Mañas assevera o seguinte:

“quem reclama a indenização não tem por que provar que ele deveria ter sido o adjudicatário do contrato, senão tão-somente que teria tido ‘uma possibilidade real de obter o contrato’, e depois de tudo, essa ‘possibilidade’ a têm todos quantos apresentam ofertas razoáveis e ajustadas aos requisitos exigidos e inclusive, na minha opinião, todos quantos, cumprindo os requisitos objetivos requeridos para tanto (por exemplo, a classificação ou o cumprimento das normas sobre

⁷⁵⁴ Ob. cit., p. 16.

⁷⁵⁵ Sem olvidar-se do direito a todos assegurado, independente da demonstração de interesse direto na questão, “de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (CF, art. 5º, inc. XXXIV, a).

⁷⁵⁶ Alexandra Leitão, *A proteção judicial dos terceiros...*, ob. cit., p. 17.

incompatibilidades), possam acreditar que tenham interesse no contrato (neste caso encontrar-se-iam aqueles que não puderam apresentar suas ofertas simplesmente porque não se cumpriu o requisito da publicação do anúncio, hipótese em que, quase por definição, não é possível a apresentação de ofertas)”.⁷⁵⁷

O segundo tipo agrega aqueles em favor dos quais o contrato foi celebrado e que em razão disso têm legítimo interesse no seu cumprimento pontual. Essa categoria deve ser interpretada de forma bastante ampla de modo a abranger todos os cidadãos efetiva ou potencialmente atingidos pela relação contratual.⁷⁵⁸

Por fim, há os particulares que foram lesados pela execução do contrato, o que pode advir de danos materiais decorrentes do seu cumprimento ou por sustentarem posições jurídicas incompatíveis.

Como já se indicou acima, a participação dos terceiros interessados é facultativa em processos administrativos de invalidação que não tenham sido por eles movidos. Isso decorre até mesmo em razão da grande quantidade de pessoas envolvidas e da dificuldade de se definir de antemão quem são todos os possíveis interessados.

Porém, caso após o encerramento do processo administrativo de invalidação algum desses terceiros interessados venha a manifestar seu interesse na questão, haverá de ser dado início a novo processo administrativo para tratar da matéria.⁷⁵⁹ Isso porque, nas palavras de Sérgio Ferraz, “o que no processo administrativo se afirmou, só em outro poderá ser desfeito”.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. In: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*: estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993, p. 784.

⁷⁵⁸ Nessa categoria de terceiros, especialmente para os contratos relacionados com a prestação de serviço público é de extrema relevância levar-se em consideração os interesses dos seus usuários ante a possibilidade de invalidação do contrato. Os usuários são legitimados a participar não apenas tendo em vista os interesses difusos de que são titulares (sendo que a participação a este título ocorre precipuamente através das consultas e audiências públicas) mas também sob a perspectiva de seu direito de controle e fiscalização do serviço prestado (Lei nº 8.987/95, arts. 3º, 7º, II, IV e V, 30, parágrafo único; Lei nº 9.074/95, art. 33). Dinorá Musetti Grotti explicita esse direito mencionando que “qualquer que seja a forma de prestação da atividade, direta ou indireta, é a participação direta do cidadão e, em especial do usuário, direta ou em potencial, do serviço público, fator fundamental para a conservação da democracia e para assegurar a fidelidade aos outros princípios regentes do e no serviço público” (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 361). Romeu Felipe Bacellar Filho dá relevo à vinculação da participação dos cidadãos na atividade estatal ao princípio da dignidade da pessoa humana (O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, p. 161-162, out./dez. 2002).

⁷⁵⁹ Desde que tal pretensão não esteja inviabilizada pela incidência de algum prazo extintivo. Sobre o tema, v. título III.9.

⁷⁶⁰ Processo administrativo: prazos e preclusões. In: Carlos Ari Sundfeld; Guillermo Andrés Muñoz (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 299. Contra tal interesse, não

Do novo processo serão intimados todos aqueles que participaram do anterior, facultando-lhes o exercício do contraditório e da ampla defesa. Registre-se que o acolhimento da pretensão do terceiro interessado não implicará necessariamente a modificação da decisão anterior. Por exemplo, se o terceiro demandar indenização por danos decorrentes da ilegalidade e a decisão administrativa tiver sido pela manutenção do contrato apesar do vício, nada impede que se reconheça o direito de indenização do terceiro sem que o contrato seja desfeito.⁷⁶¹

V.2.2.3. A amplitude da participação dos administrados

Os administrados têm o direito de ter todas as suas alegações efetivamente apreciadas pela Administração antes de ser proferida a decisão. O seu acolhimento ou rejeição deverá ser acompanhado da devida exposição dos motivos. Por um lado, com isso são trazidos para a esfera administrativa os elementos necessários para que se possa bem decidir a questão. O particular tem amplo conhecimento de todos os aspectos atinentes ao contrato e à execução do seu objeto. Por outro, com a apresentação dos motivos pelos quais a Administração decidiu pela invalidação do contrato permite-se o controle e a transparência da atividade administrativa, inclusive para submeter a controvérsia ao Poder Judiciário, se for o caso.⁷⁶²

poderá ser invocada eventual “coisa julgada administrativa”. A coisa julgada no âmbito do processo administrativo constitui uma garantia dos administrados, em nome da segurança jurídica e da boa-fé. O seu objetivo é o de atribuir estabilidade à decisão administrativa no que se refere à atuação unilateral da Administração: “Ao julgar o processo administrativo, a Administração manifesta um entendimento sobre o padrão de legalidade que baliza o interesse em disputa. E seria inadmissível que a mudança unilateral de opinião pudesse desconstituir o que definido sob o crivo do contraditório e a observância do devido processo legal. A consideração superveniente, da ocorrência de ilegalidade, na decisão processual, só poderá autorizar a busca de seu desfazimento pela via, *também processual, também balizada pelo contraditório e pela ampla defesa*, da revisão do processo administrativo” (ob. e loc. cit.).

⁷⁶¹ Sobre a preservação dos contratos viciados, v. item III.8.

⁷⁶² É pacífico entre os doutrinadores a necessidade de se propiciar o contraditório no processo administrativo de invalidação. Podem ser conferidos, entre outros: Marçal Justen Filho, *Comentários...*, ob. cit., p. 511-512; Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 231; Carlos Ari Sundfeld, *Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 258; Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 108; Lucia Valle Figueiredo, *Curso...*, ob. cit., p. 542. Também na jurisprudência há uma grande quantidade de decisões reconhecendo a ilegitimidade de atos administrativos de invalidação proferidos sem a audiência prévia do particular. Nesse sentido, entre outros: STF, MS 23.550, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.10.2001; AI 217.849, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30.04.1999; RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.10.1995; STJ, MC 8527/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16.11.2004; RESP 300.116, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 25.02.2002; ROMS 10.673, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 26.06.2000; MS 5.283, Rel. Min. José Delgado, DJ 08.03.2000.

Destaque-se que a participação dos interessados não se restringe à prestação de esclarecimentos acerca dos fatos.⁷⁶³

Como se tentou expor anteriormente, o processo administrativo desempenha outras funções essenciais além de garantir o contraditório na tomada de decisões. Por isso, sua realização é inafastável. Ademais disso, a ausência de controvérsia acerca dos fatos e do direito aplicável (pois nem sempre os fundamentos jurídicos são suficientemente claros e sobre eles podem recair questionamentos dos administrados) não pode ser presumida antes de se oportunizar a manifestação dos interessados.

Destarte, não é admissível que se proceda à distinção entre matéria de fato e de direito com o fito de limitar a garantia constitucional do contraditório.

V.2.3. Os efeitos da decisão de invalidação dos contratos administrativos

Como já se registrou, a regra geral para a decisão de invalidação é que produz efeitos retroativos. Implica o desfazimento de todos os efeitos gerados pelo contrato, com o retorno das partes ao *status quo ante*. Porém, esta regra pode ser excepcionada com a pronúncia da invalidade com efeitos não retroativos.⁷⁶⁴

No presente item, pretende-se analisar a partir de qual momento a decisão administrativa de invalidação pode produzir efeitos. Mais especificamente, cabe investigar a possibilidade de que os efeitos da decisão administrativa de invalidação sejam antecipados ou protraídos.

Como se pretendeu expor anteriormente, a realização de processo administrativo previamente à decisão de invalidação do contrato é obrigatória e indisponível. Não se admite a dispensa da realização do processo mesmo sob o argumento de que a continuidade da produção de efeitos pelo contrato viciado poderá comprometer seriamente o interesse público. A urgência não é motivo hábil para se eximir da observância do processo regular.

Para estes casos, pode-se cogitar da suspensão cautelar dos efeitos do contrato viciado por ato administrativo praticado no início do processo.

⁷⁶³ Há corrente jurisprudencial minoritária que traça a diferenciação entre os casos nos quais a apreciação do vício implica matéria de fato controvertida, acerca da qual o particular poderia produzir prova, daqueles nos quais a questão seria exclusivamente de direito e, por isso, para estes a anulação prescindiria do contraditório na esfera administrativa (v.g. STF, RE 158.543-9, voto do Min. Carlos Velloso, DJ 06.10.1995; TJPR, MS 141.980-1, Rel. Des. Carlos Hoffmann, DJPR 5.4.2004).

⁷⁶⁴ Sobre a questão, v. item III.4.5.

Trata-se de aplicação do poder geral de cautela reconhecido ao administrador pela Lei nº 9.784/99: “Art. 45. Em caso de risco eminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

No processo de invalidação, as providências cautelares cabíveis consistem principalmente na suspensão da execução do contrato de modo que cesse a produção de efeitos. Essa possibilidade é assim concebida por Vladimir da Rocha França: “se a eficácia do ato apresenta risco eminente ao interesse público, a administração poderá motivadamente proceder a imediata suspensão do comando, mesmo sem prévia manifestação do interessado, por injunção do princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado”.⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶

Consiste em providência excepcional, apenas cabível nos casos em que estiver configurada a forte possibilidade de sério comprometimento do interesse público em jogo, de modo irreversível. É imprescindível que o ato seja acompanhado da devida motivação, de modo a demonstrar os fatores que conduziram à convicção da Administração acerca da necessidade de suspensão imediata dos efeitos do contrato. De tal ato todos os interessados deverão ser prontamente notificados, tanto para que participem do processo que está sendo desencadeado quanto para que possam se opor à medida acautelatória em si.

A situação oposta também pode ser verificada. É cabível cogitar-se de situações nas quais, apesar de já ter sido invalidado o contrato, faz-se necessário que seus efeitos continuem sendo produzidos por um determinado período sob pena de colocar em risco o atendimento ao interesse público em questão.

O Tribunal de Contas da União já adotou referida solução.⁷⁶⁷ Ao reconhecer a prática de atos viciados no curso de certame licitatório e considerando que o contrato já se encontrava em execução satisfatória há quase sete meses bem como o tempo necessário para a seleção de outro fornecedor, a Corte de Contas decidiu “considerar como subsistente o contrato de prestação de serviços firmado (...) pelo tempo necessário à realização de novo procedimento licitatório”.

⁷⁶⁵ Invalidação administrativa..., *RTDP* 35, ob. cit., p. 71.

⁷⁶⁶ Na Lei estadual nº 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, há a previsão específica no processo invalidatório de adoção de medidas acautelatórias consistentes na suspensão da execução do contrato que tem sua validade questionada: “Art. 60. No curso de procedimento de invalidação, a autoridade poderá, de ofício ou em face de requerimento, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar prejuízos de reparação onerosa ou impossível”.

⁷⁶⁷ Decisão nº 735/96 – Plenário, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 02.12.96.

Registre-se que solução similar é expressamente admitida no Direito espanhol. Ao dispor acerca da invalidação dos contratos administrativos, o art. 65.3.da Lei de Contratos das Administrações Públicas⁷⁶⁸ ressalva que “se a declaração administrativa de nulidade de um contrato produzir um grave transtorno ao serviço público, poderá dispor-se no mesmo acordo a continuação dos efeitos daquele e sob as mesmas cláusulas, até que se adotem as medidas urgentes para evitar o prejuízo”.

Proporciona-se, assim, que o contrato invalidado continue temporariamente a produzir efeitos até que sejam adotadas as providências necessárias, para se evitar o transtorno que o seu desaparecimento imediato provocaria. Como enfatiza Manuel Rebollo Puig, os efeitos produzidos posteriormente à proclamação do vício não têm fundamento contratual, pois a avença já foi desconstituída, mas no ato administrativo que determinou que continuassem sendo provisoriamente gerados.⁷⁶⁹

Por isso, não se pode aceitar abrir-se mão da realização do processo administrativo sob a alegação de que o tempo demandado para sua realização acarretaria o comprometimento do interesse público. O processo administrativo é a esfera mais adequada para se discutir a questão e proceder-se à devida ponderação entre os mais diversos fatores envolvidos na decisão de invalidação do contrato.

V.2.4. Observações finais

A partir das diversas funções desempenhadas pelo processo administrativo, pretendeu-se demonstrar a imprescindibilidade da sua realização antes de ser proferida qualquer decisão pela Administração.

O direito ao devido processo administrativo é direito fundamental dos cidadãos e deve ser garantido em sua plenitude, facultando-se o contraditório e a ampla defesa em todas as suas fases sempre que se vislumbrar qualquer possibilidade de a esfera jurídica dos administrados vir a ser atingida pelo provimento final. Sob essa perspectiva, o contrato administrativo integra a esfera jurídica do co-contratante e a sua invalidação significa necessariamente a possibilidade de restrição aos seus interesses.

Por isso, é inafastável a instauração do contraditório no processo administrativo de invalidação de contratos.

⁷⁶⁸ Lei nº 13/1995, conforme o texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2000.

⁷⁶⁹ La invalidez de los contratos..., ob. cit., p. 436.

Indo avante, a invalidação do contrato administrativo é apta a atingir uma plêiade de interesses, de natureza diversa.

Em primeiro lugar há o interesse público a ser perseguido na atividade contratual. Envolve também os interesses dos particulares enquanto tais, sejam eles co-contratantes ou diretamente interessados. Por fim, atinge em maior ou menor medida o interesse da coletividade em geral, pois o objeto do contrato administrativo diz respeito diretamente com o atendimento de um escopo público.

Em conseqüência, a participação a ser garantida no processo administrativo de invalidação de contratos deve ser a mais ampla possível, de modo que os titulares de todos os interesses envolvidos, seja diretamente ou pelos meios de representação legalmente previstos, possam manifestar seus pontos de vista e trazer as informações de que dispõem. Tal intervenção não pode ser meramente passiva, no sentido de controle e fiscalização da atividade, mas principalmente ativa, para que possa efetivamente influenciar o resultado final.

V.3. Nota sobre o controle da validade dos contratos pelo Tribunal de Contas

A Administração Pública submete-se a controles externos e internos. O controle interno é exercido pelos próprios órgãos da Administração. O controle externo é aquele desempenhado por órgãos alheios à Administração. Compete o controle externo da Administração Pública ao Parlamento, ao Poder Judiciário e aos Tribunais de Contas.⁷⁷⁰

No presente estudo, enfatiza-se o controle de validade dos contratos administrativos realizado pelos Tribunais de Contas em razão de algumas especificidades que essa fiscalização comporta com relação àquela que recai sobre os demais atos da Administração.

V.3.1. A função desempenhada pelo Tribunal de Contas

O controle parlamentar direto compreende “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” dos entes da Administração direta e

⁷⁷⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, ob. cit., p. 827 e ss.

indireta “quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (CF, art. 70). Para o exercício desse controle, os Legislativos contam com o auxílio dos Tribunais de Contas (CF, art. 71).⁷⁷¹

O exame da legalidade da despesa a que alude o texto constitucional não implica restringir a fiscalização exclusivamente ao ato da despesa em si. Considera-se “ilegal uma despesa não apenas quando efetuada fora da rubrica própria ou sem que existisse a verba correspondente ou quando não precedida do competente empenho, mas também quando os atos que precedem a despesa (atos administrativos) foram praticados em violação à lei”.⁷⁷²

A legitimidade do ato final que representa a despesa em si depende da regularidade dos atos praticados anteriormente e que conduziram ao dispêndio de recursos públicos. Por isso, o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas deve abranger a legitimidade substancial do contrato e não apenas a sua regularidade contábil.

Daí a direta vinculação da atividade do Tribunal de Contas com o objeto do presente estudo.

Porém, a manifestação da Corte de Contas a esse respeito não constitui em pronúncia da invalidade do contrato.⁷⁷³ A pronúncia da invalidade dos contratos administrativos cabe apenas à Administração Pública, no exercício da autotutela, e ao

⁷⁷¹ Apesar de o texto constitucional empregar a locução “julgar as contas”, há de se reconhecer que a função exercida pelo Tribunal de Contas consiste em função administrativa e não jurisdicional, como chegou a ser sustentado. Ao comentar os dispositivos da Carta Constitucional anterior, que igualmente atribuía ao Tribunal de Contas a função de “julgamento de contas”, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assim delineou a atividade das Cortes de Contas: “Não teve o texto em causa, no entanto, o objetivo de investi-lo no exercício de função judicante, quando se expressou que lhe caberia julgar as referidas contas. Visou apenas lhe conferir a competência final na ordem administrativa sobre o assunto. Se tida como bem prestadas, está encerrado o trabalho pertinente à sua apuração, com a quitação que mandaria passar a favor dos que as ofereceram. Ao contrário, se entender caracterizado alcance quanto a dinheiro ou bem público, no exercício dessa função, determinará que paguem o considerado devido, dentro do prazo fixado, e, não satisfeita a determinação, **lhe caberá proceder contra eles na forma de direito**” (Tribunais de Contas – natureza alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 73, p. 188, jan./mar. 85). E o autor prossegue afirmando que “sua denominação de Tribunal e a expressão julgar ambas são equívocas. Na verdade, é um Conselho de Contas e não as julga, sentenciando a respeito delas, mas apura da veracidade delas para dar quitação ao interessado, em tendo-as como bem prestadas, ou promover a condenação criminal e civil do responsável verificando o alcance. Apura fatos. Ora, **apurar fatos não é julgar**” (ob. cit., p. 189). Sobre os diversos posicionamentos doutrinários sustentados a propósito da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas, pode-se consultar o estudo de A. J. Ferreira Custódio, Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 685, p. 7-14, nov. 92.

⁷⁷² Celso Antônio Bandeira de Mello. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 72, p. 141, out./dez. 84.

⁷⁷³ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, não há fundamento legal “para a Corte de Contas, por ato próprio e auto-executável, declarar a nulidade de contrato administrativo ou qualquer outro ato administrativo negocial” (Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237).

Poder Judiciário. Isso resulta bastante claro da própria seqüência de atos estabelecida pelo texto constitucional.

Ao constatar determinado vício em contrato, o Tribunal de Contas apenas poderá solicitar à entidade competente que sejam tomadas “as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (CF, art. 71, inc. IX). Isso significa que caberá a Administração deliberar a respeito de qual é a medida mais adequada para atender à legalidade.⁷⁷⁴ Convém melhor examinar esta questão.

V.3.2. O procedimento a ser observado diante da identificação pelo Tribunal de Contas de vícios em contratos administrativos

Caso constatada ilegalidade em contrato submetido à fiscalização do Tribunal de Contas, este assinalará prazo para que a ilegalidade seja sanada pela entidade competente (CF, art. 71, inc. IX).

Indo adiante, para os atos em geral, estipula-se que cabe ao Tribunal de Contas “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado” (inc. X). Porém, o texto constitucional dispõe que: “No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, §1º).⁷⁷⁵ Em seguida, previu-se que: “Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito” (§2º).⁷⁷⁶

É possível localizar-se certa controvérsia doutrinária a respeito dos poderes conferidos à Corte de Contas e ao Parlamento para sustar a execução dos contratos eivados de vícios. Faz-se necessário, assim, delinear as competências de cada qual na fiscalização da validade dos contratos.

O Tribunal de Contas goza de autonomia na estrutura dos Poderes e na organização das funções estatais. O fato de a Constituição tê-lo colocado como auxiliar do Poder Legislativo não faz com que integre a estrutura deste poder nem que se encontre

⁷⁷⁴ Considerando-se que sempre deverá ser dada preferência ao saneamento do vício à invalidação do contrato.

⁷⁷⁵ “Sustar um contrato significa retirar-lhe a eficácia, a produção dos efeitos financeiros – pagamento, por exemplo – e executivos, – realização do objeto” (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. A ação dos Tribunais de Contas sobre os contratos. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, a. 4, n. 38, p. 3686, abr. 2004).

⁷⁷⁶ Essas mesmas regras são aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, por força do disposto no art. 75 da CF.

a ele subordinado.⁷⁷⁷ Disso decorre que o julgamento técnico das contas realizado pelo Tribunal de Contas não se subordina nem é englobado pelo julgamento político que compete ao Legislativo.

Com relação aos contratos, diversamente do que se verifica no tocante aos atos, não foi conferida competência ao Tribunal de Contas para determinar a sustação da sua execução. A atuação do Tribunal de Contas limita-se à realização da fiscalização e, caso constata a irregularidade do contrato, à solicitação da adoção das providências cabíveis para a sua correção pelo ente responsável. Caso isso não ocorra, deverá o Tribunal comunicar o fato ao Legislativo para que este determine a suspensão do contrato.

Neste caso, a atuação do Legislativo necessariamente apenas poderá ser desencadeada após o julgamento do Tribunal de Contas. Na lição de Carlos Ari Sundfeld: “Somente após o esgotamento da ação da Corte de Contas, com a caracterização da ilegalidade não corrigida, é que o Legislativo poderá agir, suspendendo o contrato irregular”.⁷⁷⁸ O controle exercido pelo Tribunal de Contas é de natureza técnico-administrativa e deve necessariamente anteceder ao controle político realizado pelo Legislativo.

A propósito da regra contida no §2º do art. 71 da CF, segundo a qual no caso de omissão dos poderes Legislativo e Executivo com relação à ilegalidade “o Tribunal decidirá a respeito”, cabe sua interpretação de acordo com a repartição constitucional de competências. É nesse sentido o posicionamento de Luís Roberto Barroso sobre a matéria:

“*Decidirá*, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, *sobrepondo seu próprio juízo ao do*

⁷⁷⁷ E como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “parece bem que assim seja. Parece oportuno, adequado, e consonante com sua razão de ser – atuar um controle como órgão técnico jurídico de apoio ao Poder Legislativo – que esteja resguardado por uma completa autonomia, a fim de poder exercitar corretamente as funções que lhe foram sinaladas. Não há negar que a Carta brasileira teve o manifesto intento de atribuir ao Tribunal de Contas formidável autonomia, revelando nisto o propósito de lhe conferir posição sobranceira, independente, ativa, o capacitasse ao cumprimento de seus encargos” (Funções do Tribunal de Contas, *RDP* 72, ob. cit., p. 136).

⁷⁷⁸ Pode o Legislativo sustar contrato administrativo (CF, art. 71, §1º) sem a prévia decretação da ilegalidade pelo Tribunal de Contas? *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, n. 29, p. 489, jul. 1996. Por isso, a conclusão do autor é pela “total inviabilidade jurídica de o Congresso Nacional, a Assembléia Legislativa ou a Câmara Municipal sustarem contrato celebrado pelo Executivo, ou determinarem a este que o faça, sem que o Tribunal de Contas competente tenha, previamente, considerado ilegal a avença. Em outros termos: a solicitação do Tribunal de Contas é pressuposto indispensável para o exercício, pelo Legislativo, de seu poder de sustar contratos” (ob. e loc. cit.).

administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, *pelo Congresso Nacional*, com o ‘auxílio do Tribunal de Contas’. Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas. E, em qualquer caso, ainda existirá o recurso ao Judiciário”.⁷⁷⁹

Disso resulta que, em qualquer caso, a atuação dos Tribunais de Contas com relação aos contratos da Administração restringe-se ao julgamento das contas pertinentes. Quando for o caso, a sustação deverá ser determinada pelo Poder Legislativo.⁷⁸⁰ Já a invalidação do contrato apenas poderá ser declarada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, mediante adequada provocação.

De todo modo, a decisão do Tribunal de Contas que atribui ilegalidade a determinado contrato não é vinculante ao Legislativo e à Administração, que poderão ou não adotar essa orientação para sustar ou invalidar o contrato, respectivamente.⁷⁸¹ Não há previsão constitucional de vinculação da Administração às decisões dos Tribunais de Contas proferidas em sede de avaliação da legalidade de contratos. Aliás, o texto constitucional indica em sentido contrário, ao prever que será solicitado ao ente competente que adote as medidas cabíveis uma vez que tal solução não pode ser imposta coercitivamente pelo Tribunal de Contas à Administração.

⁷⁷⁹ Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas, *Temas de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 238. No mesmo sentido, Eros Roberto Grau consigna que “o enunciado semântico veiculado por esse §2º [no contexto da Constituição do Brasil] só pode ser o seguinte: ‘se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá’ sobre a legalidade ou não do contrato e da respectiva despesa, já então no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso II do artigo 71” (Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto legislativo, não vincula atuação da Administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 17, p. 109, 1997).

⁷⁸⁰ Cabe registrar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido diverso ao reconhecer a competência do Tribunal de Contas para determinar a suspensão cautelar de licitação em curso para se prevenir lesão ao erário (MS 24.510-7/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19.3.2004). A decisão do Tribunal Pleno foi tomada por maioria de votos, sendo que ficou vencido o Min. Carlos Ayres Britto, que sustentou a inviabilidade de o próprio Tribunal de Contas deliberar, cabendo-lhe apenas assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias. Ainda segundo o Min. Britto, apenas no caso de a irregularidade não ser corrigida no prazo estipulado é que poderia o Tribunal de Contas sustar a licitação.

⁷⁸¹ Eros Roberto Grau, Decisão de Tribunal de Contas..., *RTDP* 17, ob. cit., p. 109-110. Em sentido contrário, Ferreira Custódio sustenta que: “Na esfera administrativa, especialmente na órbita do Poder Executivo, as decisões do TC devem ser admitidas como atos definitivos, obrigatórios e insuscetíveis de questionamento administrativo. Esgotados os meios de impugnação previstos em lei, as decisões da Corte de Contas tornam-se imutáveis na esfera administrativa, salvo as hipóteses – se previstas em lei – de revisão ou rescisão pelo próprio TC” (Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas, *RT* 685, ob. cit., p. 10). Também Lucia Valle Figueiredo atribui natureza homologatória à verificação do contrato administrativo pelo Tribunal de Contas: “se o Tribunal de Contas tiver homologado determinado contrato, a Administração Pública não pode mais se voltar sobre aquele e invalidá-lo, sob fundamento de vício em seu nascedouro. Depois da homologação pelo Tribunal de Contas, consoante se nos afigura, é defeso à Administração Pública pretender invalidar o contrato” (*Curso...*, ob. cit., p. 535). Segundo a autora, após a homologação pela Corte de Contas apenas seria admitida a pronúncia da invalidez pelo Poder Judiciário.

Mas a decisão da Administração que deixar de acolher a orientação do Tribunal de Contas no sentido da invalidade do contrato deverá observar todos os requisitos dos atos administrativos decisórios. Isso significa especialmente o desenvolvimento de regular processo administrativo, com a possibilidade de participação em contraditório dos interessados e a necessidade de prolação de decisão final com a sua devida e suficiente motivação.

Cabe enfatizar, por fim, a imprescindibilidade de o procedimento de fiscalização do Tribunal de Contas assegurar o contraditório e a ampla defesa, sob pena de invalidade da decisão que vier a ser tomada. Isso se aplica especialmente quando a questão envolver a situação jurídica de terceiros, tal como ocorre quando são objeto da fiscalização os contratos celebrados pela Administração.

Não é apenas no processo administrativo de invalidação que deverá ser possibilitada a participação do co-contratante da Administração. No próprio Tribunal de Contas, uma vez que surjam indícios de vícios que possam conduzir à eventual determinação de sustação do contrato, deve ser assegurada aos particulares interessados a ampla e efetiva participação.⁷⁸²

⁷⁸² Esse entendimento foi assentado pelo Supremo Tribunal Federal em importante precedente. Vale transcrever a sua ementa, que bem retrata a matéria:

“I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§1º e 2º).

O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade.

Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase – jurisdicional.

A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a *‘ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente’*.

A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão” (MS 23.550-1/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 31.10.2001).

Cabe ressaltar que, como se registrou em nota anterior, em julgado posterior o STF reconheceu a competência do Tribunal de Contas para sustar licitação em curso mediante expedição de medida cautelar (MS 24.510-7, DJ 19.3.2004).

VI - CONCLUSÃO

Ao fim do presente estudo, é possível sintetizar as seguintes proposições formuladas no seu desenvolvimento:

1. Considerando a gravidade dos vícios e as suas conseqüências, aventou-se uma tipologia das invalidades dos contratos administrativos.

1.1. Reconhece-se a categoria da inexistência não como sendo um grau mais elevado de nulidade. Cogitamos tanto da inexistência material quanto da inexistência jurídica. A primeira verifica-se quando o contrato não foi realmente celebrado. Porém, essa aparência de contrato é passível de surtir efeitos, os quais poderão ser preservados em proteção àqueles que agiram na crença de existir contrato. Já as hipóteses de inexistência jurídica dizem respeito aos contratos ilícitos, radicalmente inadmissíveis para o Direito. A principal característica dos contratos inexistentes é a de que carecem inclusive da presunção de legitimidade.

1.2. A distinção entre os contratos nulos e os anuláveis adota como critério a possibilidade ou não de saneamento ou correção dos defeitos. Os contratos anuláveis são os que são passíveis de saneamento, dependendo do caso, mediante convalidação ou a manifestação do particular atingido pelo vício. Já estas alternativas de correção não se apresentam com relação aos contratos nulos. Porém, a qualificação do contrato como sendo nulo não significa que necessariamente deverá ser invalidado. Tanto os contratos nulos quanto os anuláveis gozam de presunção de legitimidade e produzem efeitos até que o vício seja pronunciado.

1.3. As irregularidades não-invalidantes são identificadas nos casos em que o fim visado é atingido, apesar da desconformidade com o modelo legal. Esta categoria é aplicável precipuamente aos vícios de forma e procedimento. Os defeitos nela enquadrados não são suscetíveis de acarretar a invalidação do contrato.

2. Partindo-se da premissa de que da ilegalidade ocorrida no processo de formação do contrato não decorre necessariamente a invalidade deste, expôs-se diversas conseqüências em tese cabíveis ante a constatação de um vício no contrato. Para a verificação da conseqüência que melhor atende ao interesse público concreto, deverão ser levados em consideração os efeitos já produzidos pelo contrato, aqueles que adviriam

com a pronúncia da invalidade e se existe ou não prejuízo com a simples preservação do contrato viciado.

3. O modo como estes elementos deverão ser avaliados e ponderados é indicado pelos princípios, com o escopo de se obter a solução que melhor atenda ao interesse público no caso concreto. Sem a exclusão de outros princípios que as circunstâncias específicas possam implicar, foram detectados aqueles que são mais diretamente relacionados com a temática.

3.1. O princípio da legalidade deve ser considerado em sua acepção ampla, a qual indica a necessidade de a atividade administrativa submeter-se ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas às leis em sentido estrito.

3.2. O princípio da segurança jurídica relaciona-se especialmente com a previsibilidade e a estabilidade das relações criadas pela atuação do poder público. O aspecto subjetivo da segurança jurídica é a tutela da confiança dos administrados, que opõe obstáculos às mudanças bruscas de comportamento pela Administração.

3.3. O princípio da boa-fé contratual refere-se especialmente ao dever de as partes comportarem-se com lisura e lealdade com relação àquilo com que se comprometeram e privilegia soluções que preservam o que foi estabelecido pelos contratantes. A tutela à boa-fé apenas pode ser afastada com a comprovação cabal de que o co-contratante concorreu de má-fé para a inobservância da legalidade.

3.4. A solução a ser adotada diante de determinado vício do contrato deve visar ao melhor atendimento do interesse público. Ressalva-se que o interesse público não se apresenta como um dado imutável, que se coloca *a priori*. Deve ser identificado no caso concreto, levando-se em consideração a multiplicidade de interesses envolvidos na questão.

3.5. O princípio da dignidade humana deve ser colocado como objetivo supremo da atividade administrativa e implica, inclusive, a garantia pelo Estado de um mínimo de condições vitais aos cidadãos, ofertadas precipuamente através dos serviços públicos. Há de se levar em consideração, assim, o eventual comprometimento do imediato atendimento desta função do Estado que a invalidação do contrato possa implicar.

3.6. Os princípios da eficiência e da economicidade, apesar de não justificarem a inobservância dos demais princípios, devem ser levados em consideração por constituírem um parâmetro adicional de controle da atividade administrativa. Determinam

a ponderação entre meios utilizados e resultados obtidos, com a avaliação dos custos e dos benefícios envolvidos em cada uma das alternativas que se apresentarem.

3.7. A ponderação dos diversos interesses e princípios que as circunstâncias específicas possam implicar dá-se com o emprego do princípio da proporcionalidade. Este princípio não indica a solução a ser obrigatoriamente adotada no caso concreto mas permite a comparação entre as alternativas que se apresentam ao evidenciar os efeitos positivos e as repercussões negativas de cada uma delas – especialmente sob a perspectiva da existência ou não de prejuízo ao interesse público concreto.

4. A invalidação é a desconstituição do contrato e/ou dos seus efeitos por motivo de ilegalidade. Visa a assegurar a integridade do ordenamento jurídico como um todo e não é consequência necessária da ilegalidade.

4.1. São sujeitos ativos da invalidação dos contratos administrativos tanto a Administração quanto o Poder Judiciário. Porém, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a pronúncia da invalidade dos contratos regidos precipuamente pelo Direito Privado, em que a Administração figura despojada de seus poderes de autoridade, bem como dos vícios constatados na conduta dos particulares e que apenas digam respeito aos interesses destes.

4.2. A pronúncia unilateral da invalidade pela Administração retrata o exercício de uma competência. Como decorrência direta da instrumentalidade das competências públicas, apenas poderá ser utilizada quando for necessário para o atendimento do interesse público, na medida indispensável para satisfazê-lo. Parece-nos que, quando não for possível convalidar o contrato e assim restaurar a legalidade, a decisão administrativa de invalidação pode implicar o exercício de competências discricionárias por ser necessário obter-se a melhor solução para o caso concreto entre as diversas possibilidades que se apresentam, com a ponderação dos vários fatores e interesses envolvidos.

4.3. Admite-se que, por ocasião da pronúncia da invalidade, sejam expressamente preservados os efeitos anteriormente produzidos como forma de tutelar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

4.4. Quanto à causa da invalidade, esta pode ser originária do próprio contrato ou derivada, por se referir a ato pré-contratual. Porém, a invalidade de ato anterior não repercute automaticamente na validade do contrato. Cabe verificar se a desconstituição do ato prévio inviabiliza ou não que o contrato mantenha-se por si só, ou seja, se foi estabelecida ou não uma relação de causa-efeito entre eles. Outrossim, admite-se a invalidação parcial do contrato, de uma ou algumas de suas cláusulas. Para tanto, faz-se

necessário avaliar se a cláusula viciada pode ser separada das demais, sem comprometer a organicidade do contrato. Depende, ademais, da concordância das partes contratantes.

5. A convalidação do contrato viciado permite a correção da ilegalidade com efeitos retroativos. São requisitos da convalidação: que o contrato possa ser refeito sem o vício, ou seja, sem alterar o seu conteúdo; que não tenha sido impugnado; e que não sejam lesados o interesse público ou de terceiros. Uma vez presentes os requisitos, existe o dever da Administração de convalidar e, assim, restabelecer a legalidade (sendo facultativa apenas a convalidação do ato discricionário praticado com vício de competência).

6. Admite-se a confirmação ou ratificação pelo co-contratante de vícios decorrentes da infração de regras instituídas exclusivamente em atenção aos interesses dos particulares. Implica o saneamento do vício com efeitos retroativos e pode ser tanto expressa quanto tácita (com o cumprimento do contrato pelo particular apesar da ciência da ilegalidade), com a ressalva de que não pode prejudicar os interesses de terceiros.

7. Com a conversão, aproveita-se o suporte fático do contrato defeituoso para utilizá-lo em outro negócio, para o qual estes mesmos elementos permitem a formação de uma relação jurídico-contratual regular. Preservam-se os efeitos anteriormente produzidos tal como se decorressem do outro tipo de contrato válido. São requisitos da conversão a presença de todos os requisitos do negócio para o qual será convertido, a ausência de conseqüências jurídicas desfavoráveis para uma das partes e a concordância dos contratantes.

8. Pode ter lugar a estabilização do contrato viciado, preservando-se a avença e os seus efeitos sem que a ilegalidade seja pronunciada (o que permite que, da relação contratual, continuem sendo emanados efeitos). O contrato viciado permanece como tal, sem a correção da ilegalidade. Existe um impedimento nestes casos para a pronúncia do vício tendo em vista o atendimento a outros princípios e valores jurídicos, que se sobressaem no caso concreto.

9. Incidem prazos extintivos sobre o direito da Administração de pronunciar ou obter o reconhecimento judicial dos vícios dos contratos. A possibilidade de manejo de ação judicial pelos administrados com tal finalidade também se submete a prazos extintivos.

10. Da contraposição dos diversos fatores e princípios envolvidos, parece-nos que resulta que a invalidação do contrato é a solução a ser aplicada apenas em último caso, quando não for possível, de nenhum modo, conservar-se o contrato viciado. Mesmo

no caso de pronúncia do vício, cabe avaliar se podem ser preservados todos ou, quando menos, alguns dos efeitos anteriormente produzidos. Estas soluções impõem-se com maior força no tocante aos contratos administrativos justamente em razão do imperativo de tutela dos diversos interesses envolvidos e da principiologia aplicável. Uma vez presentes os requisitos necessários para que sejam mantidos o contrato e os seus efeitos ou apenas os últimos, adotar referidas soluções consiste em um dever e não em mera faculdade da Administração.

11. Os requisitos de validade dos contratos administrativos resultam da conjugação de regras de origem diversa: as que incidem sobre os atos administrativos unilaterais, as que regem os atos dos particulares enquanto tais e as que são específicas do regime jurídico dos contratos administrativos. Daí a multiplicação das exigências de validade que incidem sobre os contratos. A partir das tipologias dos requisitos de validade aplicáveis aos atos administrativos unilaterais e aos contratos de Direito Privado, propôs-se o seu reagrupamento, com as modulações necessárias em atenção à figura do contrato administrativo.

12. Com relação à qualidade das partes contratantes, os requisitos de validade que se apresentam são o de competência da pessoa pública e o de capacidade do particular.

12.1. O ente público deve ser titular da competência para celebrar o contrato e atuar dentro da esfera desta. A competência das pessoas públicas é determinada previamente pela lei mas os seus exatos limites somente podem ser fixados nos casos concretos, tendo em vista a finalidade dos atos praticados. Cabe avaliar a competência da Administração para celebrar contratos, no mínimo, sob três perspectivas distintas: a competência para firmar o contrato, a competência para decidir contratar e a competência da pessoa pública contratante com relação ao objeto do contrato. Os vícios de competência são passíveis de convalidação.

12.2. Com relação ao particular, para este contratar devem estar presentes os requisitos de capacidade civil do Direito Privado. Ao lado da capacidade dos particulares, podem ser verificadas situações nas quais determinados sujeitos não detêm legitimação específica para celebrar o contrato, em razão de alguma relação especial que tenham com o objeto da avença.

13. Para a conclusão do contrato administrativo faz-se necessária a verificação de um acordo de vontades, consensual e real, entre Administração e administrado. Com relação às exigências relativas à formação e à exteriorização da vontade, aplicam-se aos

contratos administrativos as regras do Código Civil acerca dos vícios de consentimento. As declarações negociais devem traduzir a vontade das partes e terem sido formuladas sem vícios. Porém, a avaliação da vontade das pessoas públicas submete-se a regras específicas, uma vez que é formada no âmbito de um processo administrativo. Daí as diferenças verificadas em cada um dos vícios de consentimento com relação às construções do Direito Privado – o que repercute numa aplicação bastante restrita destes vícios aos contratos administrativos.

14. Como não se cogita de uma investigação “subjéitiva” daquela que seria a real vontade da Administração para contrapô-la àquela exteriorizada, o exame a ser feito leva em consideração apenas elementos objetivos, avaliando aquilo que constou do processo administrativo e o que foi manifestado em sede contratual. Também com relação ao co-contratante particular, em razão do “dever de diligência” que recai sobre aqueles que se relacionam com a Administração, não se cogita de uma análise subjéitiva mais aprofundada, com o fito de tutelar a esfera subjéitiva do particular em detrimento do que se passou no procedimento público e formalizado de contratação. Por isso, são bastante restritas as hipóteses de aceitabilidade dos vícios de consentimento no contexto das relações contratuais da Administração.

15. O objeto do contrato administrativo deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e atender à finalidade pública. Adquirem especial relevância no Direito Público a adequação do objeto ao atendimento do escopo público e os requisitos atinentes à sua determinação.

16. A aferição da legalidade do objeto do contrato administrativo é muito mais ampla do que a verificação da sua interdição ou não pelo ordenamento. Os contratos administrativos admitem ter por objeto coisas fora do comércio (o que não é aceito em contratos privados). Ademais disso, o objeto do contrato administrativo deve estar necessariamente vinculado ao atendimento de um fim público. Por fim, há de se verificar se o objeto, por sua natureza, é passível de disposição por contrato (são as hipóteses de incompatibilidade da forma contratual com determinados conteúdos).

17. O objeto do contrato deve ser definido com precisão desde a abertura da licitação (ou do ato que a dispensou ou a reputou inexigível). Daí a relevância de sua exata descrição no instrumento convocatório, de modo a permitir aos licitantes o exato conhecimento do futuro objeto do contrato. Mas o objeto não é imutável, podendo ser alterado no curso da execução do contrato, inclusive unilateralmente (sempre levando-se em consideração os limites legais incidentes sobre o *ius variandi*).

18. A causa é requisito de validade dos contratos administrativos e pode ser apreendida nas suas acepções objetiva e subjetiva.

18.1. No sentido objetivo, o requisito da causa indica a necessidade de os contratos administrativos serem comutativos e sinalagmáticos, devendo ser observada uma certa equivalência entre as prestações acordadas. O contrato tal como se apresenta deve ser apto a atingir o resultado que as partes tinham em vista ao firmá-lo, sob pena da ausência de causa.

18.2. Na acepção subjetiva, a causa encontra-se estritamente vinculada ao consentimento, pois o que se averigua é a própria justificativa para a aquiescência manifestada pelos contratantes. Nos contratos administrativos, isso se aproxima do controle da finalidade visada com a celebração do contrato. Retrata a relação existente entre os motivos de fato invocados e o contrato celebrado, sempre tendo em vista a finalidade perseguida.

19. A forma exigida para os contratos administrativos é, em regra, escrita e compreende as cláusulas que devem obrigatoriamente constar dos instrumentos. Porém, vícios a esse respeito em geral não apresentam potencial invalidante por si sós, fazendo-se necessário estarem associados ao desrespeito de outra regra ou princípio da licitação para que dêem ensejo à fulminação do contrato. Mesmo diante da ausência do instrumento contratual, poderão ser preservados os efeitos produzidos pelo cumprimento das obrigações pelas partes.

20. A validade dos contratos administrativos não depende apenas da regularidade da avença em si, mas também dos atos que a antecederam. Porém, o procedimento de formação dos contratos administrativos não se resume a uma simples seqüência de atos. Trata-se da realização de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Daí que é esta a principiologia que deve ser empregada para se avaliar a importância a ser atribuída a cada um dos atos e aos eventuais defeitos que venham a apresentar. O formalismo na contratação administrativa aparece necessariamente vinculado a determinados objetivos. Há de se privilegiar, assim, o atendimento aos escopos que estão subjacentes às regras formais para se avaliar as conseqüências dos vícios a esse respeito.

21. O traço teleológico, de visar ao atendimento do interesse público, é um dos principais aspectos diferenciadores dos contratos administrativos com relação às demais avenças. A investigação da finalidade como requisito de validade do contrato pode ser feita, quando menos, sob dois aspectos: aferir-se se o escopo perseguido pelo contrato diz

respeito à realização do interesse público, bem como avaliar-se se a avença, tal como celebrada, é adequada ao atingimento deste objetivo. As hipóteses de utilização incorreta da competência administrativa de contratar no tocante à finalidade podem configurar desvio de poder.

22. Em decorrência do fato de o contrato ocupar uma posição infralegal, o seu clausulado deve guardar observância com as normas legais que disciplinam a matéria. Parcela do conteúdo do contrato é composta por normas injuntivas, que incidem independente da sua expressa previsão na avença. É o conteúdo dito de ordem pública, que não pode ser derogado pelas partes e, ao mesmo tempo, constitui um limite às estipulações dos contratantes.

23. A sujeição da Administração à lei não se apresenta de modo uniforme em todos os aspectos da atividade contratual. Não existe margem de liberdade para que os contratantes optem por não se submeter às normas cogentes do regime jurídico-administrativo. No entanto, as disposições injuntivas não abrangem todos os aspectos da relação contratual. Disso resulta que, com relação à parcela do conteúdo do contrato que é objeto de expressa previsão legal – seja sob a forma de cláusulas obrigatórias ou vedadas – diz-se que se aplica a legalidade sob a forma de precedência de lei. Já no que se refere ao conteúdo não obrigatório, a exigência é de compatibilidade com a lei (no sentido de que a ausência de incompatibilidade entre a lei e o contrato é suficiente para validar o conteúdo deste).

24. Para a transição entre o plano teórico das nulidades dos contratos administrativos e das conseqüências em tese cabíveis e o plano dos vícios concretos, o instrumento a ser utilizado, no caso da pronúncia da invalidade pela Administração, é o processo administrativo. É no seu contexto que deverão ser avaliados todos os fatores e circunstâncias do caso concreto para que se escolha a melhor solução a ser adotada.

25. Entre as principais funções atribuídas ao processo administrativo, destacam-se as de viabilização da ampla participação de todos aqueles diretamente atingidos e demais interessados na atividade decisória estatal, de otimização da atividade administrativa e de requisito indispensável à própria formação da vontade administrativa.

26. Do processo administrativo de invalidação deverá ser possibilitada a ampla e efetiva participação do contratado bem como de terceiros interessados, intervenção esta que necessariamente deverá ser prévia à decisão.

27. Os efeitos da decisão de invalidação poderão ser antecipados, mediante decisão acautelatória, ou protraídos, permitindo-se que o contrato continue sendo

executado por um determinado período de modo a evitar os graves transtornos que a sua imediata interrupção seria apta a acarretar.

28. O controle exercido pelo Tribunal de Contas acerca dos contratos administrativos abrange a legalidade substancial da avença e não apenas a sua regularidade contábil. Porém, a Corte de Contas não pode, por ato próprio, pronunciar a invalidade do contrato. Uma vez constatada a ilegalidade deste, o Tribunal de Contas deverá assinar prazo para que a entidade competente regularize a situação. Se não forem tomadas as providências cabíveis, compete ao Congresso Nacional a sustação do contrato. Já a pronúncia propriamente da invalidade compete exclusivamente à Administração e ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. V. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- _____. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés (do original “Theorie der grundrechte”, de 1986). Reimpr. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y Administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*. Coimbra: Almedina, 2002.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: RT, 1978.
- ANDRADE, José Robin de. *A revogação dos actos administrativos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1985.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. V. II – Facto jurídico, em especial negócio jurídico. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1983.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, a. 2, n. 4, p. 75-80, jan./fev. 2004.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: RT, 1987.
- ARRUDA CÂMARA, Jacintho de. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. In: *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. V. II. São Paulo: Atlas, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 14, p. 77-85, out./dez. 2003.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 72, p. 133-150, out./dez. 84.

_____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20, p. 21-28, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Tribunais de Contas – natureza alcance e efeitos de suas funções. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 73, p. 181-192, jan./mar. 85.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49-73.

_____. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-240.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BENEDETTI, Aretta. *I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune*. Torino: G. Giappichelli, 1999.

BÉNOÎT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

- BERÇAITS, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. T. I. Trad. de Fernando de Miranda da 2 ed. italiana de “Teoria general del negozio giuridico”. Coimbra: Coimbra, 1969.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1955.
- BLANCO, Federico A. Castillo. *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- BOBBIO, Norberto. Sanzione. Verbete do *Novissimo digesto italiano*. V. XVI. Turim: UTET, 1969.
- BOBELA-MOTA KIRKBY, Mark. *Contratos administrativos de subordinação (natureza, funções e limites)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.
- BODDA, Pietro. *Studi sull’atto amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 1973.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 2. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003.
- BREWER-CARÍAS, Allan-R. Evolução do conceito de contrato administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 51/52, p. 5-19, jul./dez. 79.
- BRUÈRE, Jean-Christophe. Le consensualisme dans les contrats administratifs. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 6, p. 1715-1749, nov./dez. 1996.
- BRUTI LIBERATI, Eugenio. *Consenso e funzione nei contratti di Diritto Pubblico tra Amministrazioni e privati*. Milano: Giuffrè, 1996.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. T. I, 10. ed., 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 53/54, p. 161-172, jan./jun. 1980.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4. ed. reimpr. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Reimpr. Madrid: Civitas, 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1973.

CHAPUS, René. *Droit Administratif général*. T. I. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. L'État de Droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 2, p. 313-380, mar./abr. 1988.

_____. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*. Paris: L.G.D.J., n. 3, p. 659-690, maio/jun. 1998.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

COSTALDELLO, Angela Cássia. 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.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004.

_____. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas de 'privilégio' nos contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 23, n. 89, p. 303-322, jan./mar. 1986.

CUSTÓDIO, A. J. Ferreira. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 685, p. 7-14, nov. 92.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 36, n. 141, p. 75-87, jan./mar. 1999.

DEBBASCH, Charles. *Institutions et Droit Administratifs*. T. II. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

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

_____. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 1 – Teoria geral do Direito Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 3 – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

DUGATO, Marco. *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*. Milano: Giuffrè, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. V. II. Reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1990.

_____. *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. Princípio da legalidade e contratos da Administração. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: n. 368, p. 79-122, jul. 1987.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. V. II. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A ação dos Tribunais de Contas sobre os contratos. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, a. 4, n. 38, p. 3686-3689, abr. 2004.

_____. A lei de responsabilidade fiscal e os novos desafios do ordenador de despesas. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 4, p. 373-382, jun. 2001.

FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo: prazos e preclusões. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 280-301.

_____.; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FLEINER, Fritz. *Les principes généraux du Droit Administratif allemand*. Trad. de Ch. Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Trad. da 5. ed. alemã por Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FOULQUIER, Norbert. *Les droits publics subjectifs des administrés: émergence d'un concept en Droit Administratif français du XIX^e au XX^e siècle*. Paris: Dalloz, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação administrativa na Lei federal 9.784/1999. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 35, p. 56-77, 2001.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. e 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999 e 2004.

FREITAS DO AMARAL, Diogo; CAUPERS, João; CLARO, João Martins; RAPOSO, João; GARCIA, Maria da Glória Dias; VIEIRA, Pedro Siza; PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Código de Procedimento Administrativo anotado*. 3. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1998.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 195-226.

GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Trad. por Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002.

GASPARINI, Diogenes. Contrato de direito privado – Não pode a Administração valer-se do princípio da autotutela para anular atos ou contratos regidos pelo Direito Privado. Tal prerrogativa só cabe ao Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 83, ano XX, p. 267-269, jul./set. 1987.

_____. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta. *Informativo de licitações e contratos*. Curitiba : Zênite, ano XI, n. 128, p. 909-921, out. 2004.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. V. II, 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*. 2. ed. Trad. M. Baena del Alcázar e J. M. García Madaria. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONÇALVES PEREIRA, André. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II e III. 6. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003.

GRAU, Eros Roberto. Decisão de Tribunal de Contas, não confirmada por Decreto legislativo, não vincula atuação da Administração. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 17, p. 105-110, 1997.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Âmbito de validade da Lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração federal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, a. 4, n. 16, p. 193-218, abr./jun. 2004.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.

JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. T. III (El funcionamiento de los servicios públicos) e t. IV (Teoría general de los contratos de la Administración – primeira parte). Trad. da 3. ed. francesa de “Les principes généraux du Droit Administratif” por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949 e 1950.

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

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 33, p. 108-132, jun. 1998.

_____. Contratos entre órgãos e entidades públicas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 15, p. 74-84, 1996.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 10. ed. atualizada por Vittorio Italia e Cesare Mastrocola. Milano: Giuffrè, 1997.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLLÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. T. 1, 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1983.

_____; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. T. I, 12. ed. Paris: L.G.D.J., 1992.

LEITÃO, Alexandra. *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2002.

LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a ‘indelegabilidade do poder de polícia’. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 65-82, 2000.

_____. A execução de obras públicas em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, a. 2, n. 11, p. 8-9, janeiro de 2002.

_____. O edital: exigências possíveis e necessárias para licitar. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, p. 195-208, abr./jun. 2000.

MAURER, Hartmut. *Droit Administratif allemand*. Trad. por Michel Fromont (do original Allgemeines Vewaltungsrecht, de 1992). Paris: L.G.D.J., 1994.

MEDAUAR, Odette. *Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 158, p. 15-19, out./dez. 1984.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1997.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. II. Trad. por Santiago Sentis Melendo da 8. ed. de *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (dottrine generali)*, de 1952. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

MODERNE, Franck. *Les quasi-contrats administratifs*. Paris: Sirey, 1995.

_____. Permanence et actualité d'une théorie classique: le dol dans la formation des contrats de l'Administration. *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* n. 574, p. 91-102, mar. 2001.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 7, p. 65-75, jul./set. 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. O processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 175-193.

_____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do Código Civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Gestão fiscal e resolutividade nas licitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal: Lei Complementar 101 de 4/5/2000*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. *Separata do Volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Almedina, 1987.

OCAMPO, Raúl Enrique Granillo. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAYRE, Jean-Paul. Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif. In: ROUSSILLON, Henry (dir.). *Mélanges offerts à Pierre Montane de la Roque*. T. I. Toulouse: Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1986, p. 505-518.

PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: A. Pédone, 1945.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

_____. *Manual de procedimiento administrativo*. 2. ed. Madrid : Civitas, 2002.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993, p. 773-795.

PLESSIX, Benoît. *L'utilisation du Droit Civil dans l'élaboration du Droit Administratif*. Paris: Panthéon-Assas Paris II, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral – tomo IV. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial – tomo XXXVIII. 3. ed., 2. reimpr. São Paulo: RT, 1984.

POUYAUD, Dominique. *La nullité des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1991.

PUIG, Manuel Rebollo. *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. La invalidez de los contratos administrativos. In: BLANCO, Federico A. Castillo. *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 1996, p. 387-437.

RAINAUD, Jean-Marie. Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public? *Revue du Droit Public*. Paris: L.G.D.J., n. 5, p. 1183-1204, set./out. 1985.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares (do original francês de 1975). Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997.

- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 25, p. 43-55, 1999.
- ROJO, Margarita Beladiez. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- SANDULLI, Aldo M.. *Manuale di Diritto Amministrativo*. V. I. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989.
- SANTARELLI, Umberto. *La categoria dei contratti irregolari: lezioni di storia del diritto*. Reimpr. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali de Diritto Civile*. 9. ed. reimpr. Napoli: Jovene, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Trad. por Javier Barnés Vázquez e outros do original “Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee”, de 1998. Madrid-Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública e Marcial Pons, 2003.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimp. da ed. de 1987. Coimbra: Almedina, 2003.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 20. ed. atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STASSINOPOULOS, Michel D.. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Collection de l’institut français d’Athènes, 1954.
- STAUB, Materne. *L’indivisibilité en Droit Administratif*. Paris: L.G.D.J., 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Os contratos de concessão e sua anulação. *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, n. 85, ano VIII, p. 186-189, mar. 2001.
- _____. Pode o Legislativo sustar contrato administrativo (CF, art. 71, §1º) sem a prévia decretação da ilegalidade pelo Tribunal de Contas? *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, n. 29, p. 488-490, jul. 1996.

_____. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: _____; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-36.

TÁCITO, Caio. Contrato administrativo. Vícios. Saneamento. In: _____. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. V. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 449-459.

TASSONE, Antonio Romano. *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil: livro III – dos fatos jurídicos: do negócio jurídico*. V. III, t. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO JR., Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de responsabilidade fiscal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002.

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

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. 10. ed. (atual. com colaboração de Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini). São Paulo: Saraiva, 2003.

WEBER, Yves. La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs. In : *L'unité du Droit: mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1945.

ÍNDICE

I - INTRODUÇÃO	1
I.1. APRESENTAÇÃO DO TEMA	1
I.2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO	4
I.3. ESTRUTURA DO TRABALHO	6
II - TIPOLOGIA DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	7
II.1. OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA	7
II.2. AS NULIDADES NO DIREITO PRIVADO	10
II.2.1. <i>Inexistência</i>	11
II.2.2. <i>Nulidades e anulabilidades</i>	13
II.3. AS NULIDADES NOS ATOS ADMINISTRATIVOS UNILATERAIS	16
II.3.1. <i>Inexistência</i>	18
II.3.2. <i>Nulidades e anulabilidades</i>	18
II.3.3. <i>Irregularidades</i>	20
II.4. AS NULIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	20
II.4.1. <i>Inexistência</i>	22
II.4.2. <i>Nulidades e anulabilidades</i>	23
II.4.3. <i>Irregularidades não-invalidantes</i>	26
II.4.4. <i>Observações finais</i>	28
III – CONSEQÜÊNCIAS DOS VÍCIOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
III.1. O CONTRATO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DA QUAL DECORREM EFEITOS FAVORÁVEIS AOS ADMINISTRADOS	32
III.2. OS EFEITOS DO CONTRATO VICIADO.....	35
III.3. NOTAS PRINCIPOLÓGICAS	38
III.3.1. <i>Princípio da legalidade administrativa</i>	40
III.3.2. <i>Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança</i>	43
III.3.3. <i>Princípio da boa-fé</i>	49
III.3.4. <i>Princípio da supremacia do interesse público</i>	53
III.3.5. <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	55
III.3.6. <i>Princípios da eficiência administrativa e da economicidade</i>	58
III.3.7. <i>Princípio da proporcionalidade</i>	61
III.4. A INVALIDAÇÃO.....	64
III.4.1. <i>Definição</i>	64
III.4.2. <i>Invalidação administrativa ou obrigatoriedade de pronúncia judicial de invalidade?</i>	66
III.4.3. <i>Natureza jurídica da pronúncia administrativa da invalidade</i>	71
III.4.4. <i>Vinculação e discricionariedade na decisão administrativa que aprecia a validade</i>	74
III.4.5. <i>A pronúncia da invalidade com efeitos não retroativos</i>	78
III.4.6. <i>Invalidação derivada</i>	83
III.4.7. <i>Invalidação parcial</i>	85
III.5. A CONVALIDAÇÃO	89
III.5.1. <i>Definição</i>	89
III.5.2. <i>Requisitos da convalidação</i>	90
III.5.3. <i>O dever da Administração de convalidar</i>	91
III.6. A CONFIRMAÇÃO OU RATIFICAÇÃO PELO PARTICULAR	91
III.7. A CONVERSÃO	92
III.8. A ESTABILIZAÇÃO DO CONTRATO VICIADO E DOS SEUS EFEITOS	94

III.9. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO (OU OUTROS PRAZOS EXTINTIVOS).....	99
III.9.1. A prescrição no Direito Administrativo	100
III.9.2. O limite temporal para invalidação do contrato pela Administração Pública	102
III.9.3. O limite temporal para o administrado provocar a invalidação do contrato	104
III.10. OBSERVAÇÕES FINAIS	105
IV - OS REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	108
IV.1. UTILIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS VÍCIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	108
IV.2. OS REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS RESPECTIVOS VÍCIOS	110
IV.2.1. <i>Qualidade dos contratantes: competência e capacidade</i>	114
IV.2.1.1. <i>As partes dos contratos administrativos</i>	115
IV.2.1.2. <i>Competência e capacidade</i>	117
IV.2.1.3. <i>A competência do ente público</i>	118
IV.2.1.3.1. <i>A competência para a utilização da forma contrato administrativo</i>	119
IV.2.1.3.2. <i>A competência para decidir contratar e a competência para contratar</i>	119
IV.2.1.3.3. <i>A competência e a esfera de atuação da pessoa pública</i>	124
IV.2.1.3.4. <i>As conseqüências da não observância das regras de competência</i>	124
IV.2.1.4. <i>A capacidade dos particulares</i>	126
IV.2.1.4.1. <i>A capacidade das pessoas físicas</i>	126
IV.2.1.4.2. <i>A capacidade das pessoas jurídicas</i>	127
IV.2.1.4.3. <i>A diferença entre capacidade e legitimação dos particulares</i>	127
IV.2.1.4.4. <i>As conseqüências da não observância das regras de capacidade</i>	130
IV.2.2. <i>Validade do consentimento</i>	131
IV.2.2.1. <i>O consentimento no contrato administrativo</i>	131
IV.2.2.2. <i>O erro</i>	138
IV.2.2.3. <i>O dolo</i>	146
IV.2.2.4. <i>A coação</i>	151
IV.2.2.5. <i>A lesão</i>	154
IV.2.2.6. <i>Considerações finais</i>	158
IV.2.3. <i>Vícios do objeto</i>	164
IV.2.3.1. <i>Possibilidade do objeto</i>	166
IV.2.3.2. <i>Determinação do objeto</i>	166
IV.2.3.3. <i>Legalidade do objeto</i>	169
IV.2.3.3.1. <i>O objeto permitido para os contratos administrativos</i>	170
IV.2.3.3.2. <i>Contratos com objeto passível de ato unilateral</i>	175
IV.2.3.3.3. <i>A reciprocidade das prestações</i>	182
IV.2.3.4. <i>Os erros cometidos pela Administração na definição do objeto contratual</i>	184
IV.2.4. <i>Vícios atinentes à causa</i>	185
IV.2.4.1. <i>A noção de causa contratual no Direito Civil</i>	185
IV.2.4.1.1. <i>A diversidade de definições de causa</i>	185
IV.2.4.1.2. <i>A causa como requisito de validade dos contratos</i>	188
IV.2.4.2. <i>A noção de causa no Direito Administrativo</i>	191
IV.2.4.3. <i>A causa nos contratos administrativos</i>	194
IV.2.4.3.1. <i>A causa objetiva dos contratos administrativos</i>	195
IV.2.4.3.2. <i>A causa subjetiva dos contratos administrativos</i>	198
IV.2.4.3.3. <i>Observações finais</i>	201
IV.2.5. <i>Vícios de forma e procedimento</i>	203
IV.2.5.1. <i>A forma exigida para o contrato administrativo</i>	203
IV.2.5.2. <i>O procedimento exigido para o contrato administrativo</i>	206
IV.2.5.2.1. <i>A importância do procedimento administrativo de formação dos contratos</i>	207
IV.2.5.2.2. <i>A decisão de contratar: a relevância da fase interna da licitação</i>	207
IV.2.5.2.3. <i>Os procedimentos de escolha dos co-contratantes da Administração</i>	210
IV.2.5.2.4. <i>Fase de celebração do contrato</i>	213
IV.2.5.3. <i>O formalismo nos contratos administrativos</i>	215
IV.2.5.4. <i>A ausência de procedimento de formação do contrato administrativo</i>	216
IV.2.6. <i>Vícios relacionados com a finalidade do contrato</i>	217
IV.2.6.1. <i>A identificação da finalidade pública a ser atendida e a escolha da utilização da forma contratual: a relevância da etapa interna do procedimento de contratação</i>	219
IV.2.6.2. <i>Adequação do contrato à persecução da finalidade pública</i>	221
IV.2.6.3. <i>Desvio de poder com a utilização do instrumento contratual</i>	222
IV.2.7. <i>Desconformidade do conteúdo do contrato à ordem pública: princípios e regras de ordem pública que não podem ser derogados pelo contrato</i>	223

IV.2.7.1. A definição do conteúdo do contrato e o princípio da legalidade.....	227
IV.2.7.1.1. O princípio da legalidade na atividade contratual da Administração Pública.....	227
IV.2.7.1.2. Princípio da legalidade e autonomia contratual	229
IV.2.7.1.3. Os limites para a fixação do conteúdo do contrato	230
IV.2.7.1.4. A vinculação do conteúdo do contrato ao instrumento convocatório e à proposta do adjudicatário.....	234
IV.2.7.2. A autorização financeira como requisito de validade	236
IV.2.7.3. A transferência de poderes da Administração para o particular através do contrato e a renúncia ao exercício de poderes	243
V – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS.....	246
V.1. NOTAS SOBRE A PROCESSUALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	248
V.1.1. O processo como instrumento de efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na atividade administrativa.....	250
V.1.2. O processo como instrumento de otimização da atividade administrativa.....	252
V.1.3. O processo como instrumento de formação da vontade administrativa.....	254
V.2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INVALIDAÇÃO DOS CONTRATOS	258
V.2.1. O Direito positivo	258
V.2.2. As garantias de participação do contratado e de terceiros.....	259
V.2.2.1. A necessidade de participação do contratado	260
V.2.2.2. A participação de terceiros interessados	261
V.2.2.3. A amplitude da participação dos administrados	264
V.2.3. Os efeitos da decisão de invalidação dos contratos administrativos.....	265
V.2.4. Observações finais.....	267
V.3. NOTA SOBRE O CONTROLE DA VALIDADE DOS CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS.....	268
V.3.1. A função desempenhada pelo Tribunal de Contas.....	268
V.3.2. O procedimento a ser observado diante da identificação pelo Tribunal de Contas de vícios em contratos administrativos.....	270
VI - CONCLUSÃO.....	275
REFERÊNCIAS	284