

A BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA CONVALIDAÇÃO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*Gustavo Alexandre Magalhães**

SUMÁRIO: 1.Do problema. 2.Estudo sobre a possibilidade de convalidação de contratos administrativos celebrados tacitamente após a expiração de período contratual. 2.1.Requisitos para contratação de obras e serviços pela administração. 2.2.Convalidação de atos administrativos. 2.3.Impossibilidade de convalidação e responsabilização dos agentes causadores da nulidade. 3.Conclusões. 4.Referências Bibliográficas

RESUMO

Em razão de vícios nos atos administrativos, a Administração Pública utiliza-se com freqüência do instituto da convalidação para atender a imposições da segurança jurídica e da eficiência.

Ocorre que no caso de prorrogação tácita de contratos administrativos de prestação de serviços a convalidação apresenta-se contrária ao interesse público, razão pela qual deve o administrador invalidar o ato viciado, apurando-se a responsabilidade do agente causador do dano.

ABSTRACT

In reason of vicious in administrative acts, frequently the Public Administration uses the convalidation to obey the peculiar necessities of “efficiency” and “law security”.

In service administrative contracts, its implied continuity due to convalidation shows up against public interest, fact that shall lead the Administration to annul the viciated contract and chase the responsibility of the damage agent.

* Professor substituto de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte.

1 – DO PROBLEMA

No intuito de atender às demandas sociais, o Poder Público celebra rotineiramente contratos administrativos, os quais via de regra são precedidos de procedimento licitatório e celebrados por tempo determinado, conforme determina a Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993¹.

No caso de prestação de serviços contínuos, com o advento do termo final do contrato deixa de existir fundamento legal para a continuidade do serviço e, conseqüentemente, do pagamento correspondente. Entretanto, a Administração Pública depara-se, frequentemente, com situações em que são efetuados pagamentos a fornecedores em decorrência da prestação de serviços e do fornecimento de produtos, apesar do advento do termo final dos respectivos contratos administrativos.

Trata-se de situações em que o mau gerenciamento dos contratos acarreta vícios no processo de contratação em virtude do não atendimento dos requisitos estabelecidos pela legislação para a aquisição de serviços e produtos, destacando-se o desrespeito à exigência constitucional de realização de licitação e de motivação dos atos administrativos.

Ocorre que em razão de a Administração já ter se beneficiado da prestação de serviços e do fornecimento de produtos, é direito do particular receber a contraprestação pecuniária, nos termos do art. 59 da Lei de Licitações². Como o Poder Público não tem condições de restituir ao contratado a força de trabalho pelas atividades exercidas, ficaria configurado enriquecimento ilícito do Estado se não pagasse aos contratados os valores correspondentes³.

Diante de tal situação a Administração vem aplicando o instituto da convalidação dos atos administrativos para sanear os atos praticados no período “descoberto”, ou seja, em que não foi atendida a exigência constitucional de realização prévia de procedimento licitatório nem as exigências legais referentes às formalidades dos contratos administrativos.

Ocorre que o uso indiscriminado da convalidação para convalidar contratos administrativos irregulares acarreta a inobservância dos princípios constitucionais da

1 “Art. 57. (omissis)

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado”

2 Dispõe o art. 59 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações):

“Art. 59. (omissis)

Parágrafo Único. 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”.

3 Observe-se que no âmbito da prestação de serviços em caráter subordinado o mesmo fundamento foi utilizado pelo **Tribunal Superior do Trabalho** para a edição do **Enunciado 363**: “A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II, e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

isonomia e da eficiência, além de atentar contra as exigências expressas de realização de procedimento licitatório e de motivação dos atos administrativos.

2 – ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS TACITAMENTE APÓS A EXPIRAÇÃO DE PERÍODO CONTRATUAL

Primeiramente, deve-se observar que o caso em tela discute eventual conflito entre (1) exigências formais estabelecidas pelo ordenamento jurídico no intuito de atender ao princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração e (2) o dever do Poder Público de convalidar atos administrativos no caso de atos anuláveis que não contrariem o interesse público, exigência estabelecida no intuito de atender a ditames da segurança jurídica e da eficiência.

Para resolver o conflito estabelecido entre princípios jurídicos de tamanha importância, torna-se imprescindível a análise detalhada do instituto da convalidação dos atos administrativos, principalmente no que tange à sua aplicabilidade e limites impostos pelo ordenamento jurídico. É importante ainda a análise dos requisitos impostos pela lei para que se proceda à contratação de serviços pelo Poder Público.

2.1. Requisitos para Contratação de Obras e Serviços pela Administração

Primeiramente, é importante salientar que o ordenamento jurídico brasileiro exige a realização de processo licitatório como condição intransponível para a contratação de obras e serviços, conforme mandamento contido no art. 37, XXI da Constituição de 1988⁴.

O mesmo dispositivo constitucional trata, em casos excepcionais, da possibilidade de contratação direta por meio de dispensa e inexigibilidade de licitação nos termos previstos pela legislação infraconstitucional. Assim, prevê o art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) a possibilidade de contratação direta, sem a necessidade de processo licitatório, nos casos em que a Administração se deparar com situações urgentes e emergenciais.

Contudo, a contratação direta por dispensa de licitação exige que o administrador apresente os motivos de fato que autorizam a prática do ato, ou seja, o legislador estabeleceu como condição intransponível que a Administração Pública comprove a urgência da situação a ponto de não ser viável, devido à exiguidade temporal, a realização de processo licitatório.

O art. 26 da Lei n. 8.666/93 determina que, no caso de contratação por dispensa de licitação, comunique-se a contratação direta à autoridade superior no prazo de 03

4 A esse respeito vale transcrever o art. 37, XXI da Constituição de 1988: “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*” (sem destaques no original).

dias para ratificação e publicação no prazo de 05 dias, como condição de eficácia dos atos. No intuito de atender ao princípio da continuidade do serviço público, o art. 57, II da Lei de Licitações estabelece a possibilidade de prorrogação, por até 60 meses, dos contratos de prestação de serviços.

Cumprido observar, todavia, que o 57, § 2º do mesmo diploma normativo impõe que a prorrogação seja devidamente justificada e previamente autorizada pela autoridade competente.

Pode-se perceber, pois, que nas situações em que expira o prazo de vigência do contrato e, em razão do mau gerenciamento (ou do não gerenciamento) dos contratos administrativos a prestação de serviços simplesmente continua, há sérias ofensas à Constituição de 1988 e à Lei de Licitações, pois: a) não fora observada a legislação para prorrogação do contrato (art. 57, § 2º); b) não fora demonstrada a possibilidade de celebração do contrato sem licitação, nem atendidos os requisitos para eventual dispensa ou inexigibilidade (art. 26); c) não fora motivado o ato de contratação ou de prorrogação (CR, art. 93, IX e X); d) não fora atendida a forma (escrita) imposta pela lei (art. 60, parágrafo único); e) não fora publicado extrato do contrato (art. 61, parágrafo único).

Não há dúvidas de que a prestação de serviços sem a devida prorrogação do contrato ou sem a realização de nova licitação contamina seriamente as condutas da Administração. Basta agora saber se seria imprescindível a invalidação dos atos praticados ou se seria obrigatória (como alega sempre o Estado) a convalidação dos atos administrativos referentes ao período “descoberto”.

2.2. Convalidação de Atos Administrativos

No estudo da invalidação dos atos administrativos, é imperioso abordar o grau de tolerância da ordem jurídica nos casos em que a Administração edita atos contrários à lei. No que pese a existência de divergências quanto às hipóteses de invalidação de atos administrativos⁵, o presente trabalho adota a corrente defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, tendo em vista a possibilidade de variação dos efeitos da invalidação – ou da convalidação - em face do interesse público aferido diante do caso concreto.

Admite-se, pois, a classificação dos atos inválidos entre atos nulos e anuláveis, distinção aferida somente em face do caso concreto em virtude da possibilidade de

5 Hely Lopes Meirelles não admite a aplicação da tradicional distinção do direito privado entre os atos nulos e anuláveis ao direito administrativo. O autor entende que o direito público lida apenas com interesses indisponíveis, devendo a Administração limitar-se aos comandos legais. Dessa forma, eventual conduta do Estado que contrarie os ditames da lei apresenta-se ato nulo, devendo ser, necessariamente, extinto do mundo jurídico (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 216).

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 423.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 250.

convalidação. Se o vício puder ser sanado, o ato será anulável. Por outro lado, se não for possível a convalidação, o ato administrativo será nulo.

Interessante neste aspecto a posição de Seabra Fagundes, que embora não admita a possibilidade de convalidação de atos administrativos, admite a manutenção dos efeitos do ato viciado nos casos em que a invalidade do ato constitua menor grau de ofensa ao interesse público. Assim, o autor classifica o vício do ato administrativo em invalidez absoluta ou relativa, conforme comprometa sua validade mais ou menos intensamente. Como o interesse público é variável no tempo e no espaço, a necessidade de manutenção dos efeitos do ato viciado só pode ser constatada diante do caso concreto, razão pela qual Seabra Fagundes não admite classificação predefinida dos atos em absolutamente inválidos ou relativamente inválidos⁸.

Assim, a teoria das nulidades de Seabra Fagundes complementa o posicionamento adotado por Celso A. Bandeira de Mello e por Di Pietro, haja vista que somente na análise da situação concreta e específica será possível concluir pela invalidação com efeitos *ex tunc* (regra geral), invalidação com efeitos *ex nunc* ou ainda pela convalidação, hipótese em que o ato é saneado, e não anulado.

Em se tratando de vícios que acarretam pequenos prejuízos ao interesse público, é mais razoável primar pela estabilização das relações constituídas e, conseqüentemente, pela segurança jurídica. Nestas situações, o ordenamento jurídico prevê a convalidação dos atos administrativos como forma de atender ao interesse público, saneando eventuais vícios de atos anteriormente editados.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”⁹, de modo que a Administração “corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de forma consonante com o Direito aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito”¹⁰. Assim, “a providência tomada corretamente no presente tem o condão de valer para o passado”¹¹.

Importante observar que a convalidação não se confunde com a invalidação do ato. Invalidação é a retirada do ato administrativo em virtude de ter ele sido editado em desconformidade com o ordenamento jurídico. Já a convalidação, por possuir efeitos retroativos, trata-se de verdadeiro saneamento do ato irregular editado anteriormente, corrigindo as falhas existentes na sua edição originária.

8 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 134. Registre-se que ao contrário do Direito Civil, em que a divisão dos atos inválidos em nulos e anuláveis é estabelecida pelo próprio legislador (e a partir daí conclui-se que o ato é convalidável ou não), no Direito Administrativo analisa-se em primeiro lugar o caso concreto no intuito de verificar a necessidade de manutenção ou não dos efeitos do ato viciado para que, em seguida, possa classificá-lo como absoluta ou relativamente inválido.

9 MELLO, *op. cit.*, p. 430.

10 *Idem, ibidem.*

11 *Idem, ibidem.*

Os fundamentos da convalidação dos atos administrativos consistem na efetivação dos princípios da segurança jurídica e da eficiência. Em primeiro lugar, há que se buscar a estabilização das relações constituídas – o que também constitui interesse público¹² –, ainda que em certa medida possa acarretar a não-invalidação de atos viciados.

Por outro lado, em vez de anular um ato administrativo viciado, retirando-o do ordenamento jurídico para editar posteriormente outro ato, sem vícios, a convalidação determina o aproveitamento do ato viciado, economizando tempo e dinheiro para o Poder Público. Trata-se de efetivação do princípio constitucional da eficiência, haja vista a busca pela melhor relação custo-benefício dentro da Administração.

Como se vê, diante da existência de vícios em determinado ato administrativo, o ordenamento jurídico prevê duas conseqüências distintas possíveis: a invalidação do ato e a convalidação do ato administrativo.

Aspecto também importante diz respeito à existência ou não de discricionariedade do administrador ao se deparar com atos inválidos. Em outras palavras: discute-se se pode a Administração optar pela invalidação do ato ou pela sua convalidação, de acordo com a conveniência e oportunidade para o interesse público.

A doutrina manifesta-se pela obrigatoriedade da convalidação quando possível, não havendo que se falar em discricionariedade da Administração¹³. Vale observar, contudo, que o art. 55 da Lei Federal n. 9.784/99 trata da convalidação como faculdade do Poder Público, o que não foi suficiente para alterar a posição da doutrina.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, não se trata de “sobrepor uma opinião a dicções legais, mas de questionar a constitucionalidade de preceptivos legais”. De acordo com o citado autor, com base no princípio da segurança jurídica o administrador passa a ser obrigado a convalidar o ato administrativo quando possível, independentemente de previsão legal em sentido contrário¹⁴. A única exceção admitida pela doutrina diz respeito a atos administrativos discricionários editados com vício de competência, haja vista que, nestes casos, o juízo sobre o mérito do ato é feito por autoridade diversa daquela que a lei estabeleceu como competente. Apenas nestes casos inexistente o dever de convalidar o ato¹⁵.

Quanto à convalidação do ato administrativo, como se trata de saneamento do ato viciado, os efeitos são retroativos e acarretam a regularização do ato anterior. Com

12 De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da necessidade de resguardar o princípio da estabilização das relações jurídicas, “o decurso do tempo, como é sabido, estabiliza certas situações fáticas, transformando-as em situações jurídicas” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134).

13 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 57.

14 MELLO, *op. cit.*, p. 433-434.

15 “Só existe uma única hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente” (ZANCANER, *op. cit.*, p. 57).

a convalidação, o ato anterior é tido como válido, não restando qualquer efeito de eventual invalidação do ato. Neste sentido as lições de Carlos Ari Sunfeld:

“A convalidação é um novo ato administrativo que difere dos demais por produzir efeitos *ex tunc*, é dizer, retroativos. Não é mera repetição do ato inválido com a correção do vício”¹⁶.

Cumprir observar ainda que a convalidação de atos administrativos só é possível quando não configure ofensa ao interesse público nem a direitos de terceiros (art. 55 da Lei n. 9.784/99). Trata-se do ponto mais importante da questão, visto que a convalidação vem sendo utilizada indiscriminadamente pela Administração como se sempre fosse o único caminho possível.

Ocorre que, nos casos em que a convalidação consistir em danos ao interesse coletivo deve a Administração, obrigatoriamente, anular o ato viciado com efeitos retroativos. O que distingue um ato administrativo nulo de um ato administrativo anulável é justamente a possibilidade de convalidação deste ato, considerando o grau de ofensa ao interesse público.

Como se percebe, aspecto dos mais difíceis constitui a definição de ofensa ao interesse público, para que enfim possa o Poder Público saber qual alternativa seguirá: o caminho obrigatório da convalidação (nos casos em que não há ofensa ao interesse público) ou o caminho obrigatório da invalidação (nas hipóteses em que existe ofensa ao interesse público).

Deve-se analisar com cautela, pois, qualquer tentativa de convalidação de contratos administrativos, já que é mais cômodo invocar a “obrigatoriedade de convalidar atos administrativos inválidos”, saneando-se o vício de forma retroativa e sem causar prejuízos a terceiros. Não havendo nulidade do ato, não há que se invocar o art. 59 da Lei n. 8.666/93 para se apurar responsabilidades dos agentes causadores do vício.

No entanto, caso se conclua pela impossibilidade de convalidação, os atos administrativos devem ser invalidados, tomando-se as medidas cabíveis para a responsabilização dos agentes causadores dos danos.

Importante observar que, ainda que tenha havido a prestação dos serviços ou o fornecimento dos produtos, o interesse público foi prejudicado em razão da inexistência de competição, pois os administradores escolheram ao arrepio da lei quem seria o contratado.

2.3. Impossibilidade de Convalidação e Responsabilização dos Agentes Causadores da Nulidade

Deve-se, pois, mensurar a importância dos princípios veiculados pelas normas transgredidas, para que enfim se conclua pela possibilidade ou não da convalidação de atos administrativos.

16 SUNDFELD, Carlos Ari. *Atos administrativos inválidos*, p. 72, *apud* ZANCANER, *op. cit.*, p. 56.

A admissão da convalidação da “prorrogação tácita de contratos administrativos em curso” constituiria admissão de motivação tardia de atos administrativos, mesmo diante de exigências expressas de motivação prévia estabelecidas pela Lei de Licitações (art. 26, art. 57, § 2º) e pela Constituição de 1988 (art. 93, IX e X).

Além disso, a prorrogação tácita de contratos administrativos ofenderia também a transparência exigida expressamente pela Lei de Licitações, ao determinar a publicação dos contratos no prazo de cinco dias (art. 26 e art. 61, parágrafo único), além de se admitir a celebração de contratos não escritos, ferindo-se ainda o art. 60, parágrafo único da mesma lei.

Como já foi apresentado, o art. 55 da Lei Federal n. 9.784/99 permite a convalidação de atos administrativos, desde que não haja prejuízos para terceiros ou para o interesse público. Não havendo interferência na esfera subjetiva de terceiros, deve ser indagado o que se entende por danos ao interesse público, sendo imprescindível a ponderação dos bens jurídicos tutelados que entram em conflito.

A favor da convalidação apresentam-se a segurança jurídica (estabilização das relações jurídicas) e o princípio da eficiência (aproveitar o ato impugnado em vez de editar outro no lugar).

Pela impossibilidade de convalidação apresentam-se todas as regras e princípios feridos pelas condutas da Administração, em especial o dever de licitar (implícitos aí os princípios da isonomia e da eficiência), o princípio constitucional da motivação e da publicidade.

Quanto à segurança jurídica, entende-se que não há maiores problemas na invalidação do ato em virtude de inexistirem prejuízos para terceiros (como visto, se houver danos a particulares de boa-fé a invalidação decorre expressamente da lei). Além disso, mesmo com a invalidação do ato a Administração Pública deverá pagar ao contratado a contraprestação devida em razão dos serviços prestados (art. 59, parágrafo único da Lei de Licitações).

Percebe-se, pois, que a “única vantagem para o interesse público” na convalidação do ato seria o aproveitamento do ato viciado, atendendo-se ao princípio da eficiência.

Ocorre que em razão da relevância dos vícios existentes na “prorrogação tácita de contratos administrativos em curso”, não pode ser admitida a convalidação por ser mais prejudicial ao interesse público, como se passa a demonstrar.

A doutrina especializada entende impassíveis de convalidação os atos já impugnados pelos interessados (tanto na via judicial quanto na administrativa) e os atos já sanados em razão da prescrição¹⁷. Entende-se ainda que não são passíveis de convalidação os atos que apresentam vícios de motivo, conteúdo, causa, finalidade e

17 ZANCANER, *op. cit.*, p. 60.

de procedimento, neste último caso quando a produção do ato faltante ou irregular desvirtuar a finalidade em razão da qual foi o procedimento instaurado¹⁸.

De antemão, a convalidação deve ser restringida aos vícios de competência, formalidade e procedimento (quando a prática posterior dos atos do procedimento não lhe retirem a finalidade).

Quanto à forma e às formalidades, assiste razão a Maria Sylvia Zanella Di Pietro no sentido de que a convalidação só é possível se os requisitos formais não forem essenciais à validade do ato¹⁹.

Quanto aos vícios de procedimento, não se pode confundir a existência do ato de adjudicação do procedimento licitatório (utilizado como exemplo por Weida Zancaner²⁰) com a inexistência do procedimento em si. Como já observado, os vícios de procedimento só podem ser convalidados se não afetarem a finalidade do procedimento em si mesmo. Ora, a inexistência do procedimento é muito pior do que a contrariedade à sua finalidade, razão pela qual a inexistência de licitação é vício impassível de convalidação.

Além disso, ao se referir a vícios de procedimento, é imprescindível abordar a inexistência de motivação do ato de prorrogação ou de celebração de novo contrato.

Sobre a possibilidade de convalidar atos administrativos vinculados que contêm vício no requisito motivo, vale citar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido da admissibilidade da sanatória:

“Em se tratando de **atos vinculados** (no quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público), o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. **Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato**” (sem destaques no original)²¹.

Contudo, em se tratando de atos administrativos discricionários, não há como sanear atos viciados quanto à motivação. Novamente, vale mencionar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

18 ZANCANER, *op. cit.*, p. 73.

19 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 254.

20 ZANCANER, *op. cit.*, p. 71.

21 MELLO, *op. cit.*, p. 369.

“Entretanto, **se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária**, salvo alguma hipótese excepcional, **há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido**, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, ‘fabricar’ razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato” (sem destaques no original)²².

Para que não se valha da mencionada exceção (“salvo alguma hipótese excepcional”), transcreve-se abaixo o que entende o autor por “alguma hipótese excepcional”:

“Contudo, **nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional** em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior” (sem destaques no original)²³.

Percebe-se que apenas nos casos em que a lei não exige expressamente motivação do ato é que se poderia cogitar de convalidação de atos administrativos discricionários não motivados, o que definitivamente não se enquadra nas hipóteses de prorrogação tácita de contrato de prestação de serviços e de contratação direta por dispensa de licitação em virtude de necessidades emergenciais.

Cumprir registrar, por fim, que o “silêncio da Administração Pública” é um fato jurídico que só produzirá efeitos se houver expressa previsão legal. Como a “prorrogação tácita” não é prevista no direito brasileiro (ao contrário, é repelida, como visto), não há que se admitir eventual “ato tácito de prorrogação” por parte da Administração²⁴.

Portanto, qualquer prestação de serviço ao Poder Público sem a prévia realização de processo licitatório ou de processo administrativo de contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação (com a devida motivação e publicidade)

22 MELLO, *op. cit.*, p. 369.

23 MELLO, *op. cit.*, p. 369.

24 “Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um ‘fato jurídico’ e, *in casu*, um ‘fato jurídico administrativo’. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como *imputação legal*, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um ‘ato tácito’ “ (MELLO, *op. cit.* p. 378).

constitui ato viciado que demanda sua invalidação e a conseqüente responsabilização do agente que deu causa à “contratação tácita”. Considerando-se nula a primeira prorrogação, eis que realizada quando já expirado o prazo de vigência do contrato, a validade da prorrogação subsequente resta também prejudicada. Houve, portanto, a partir de então, contrato verbal entre a Administração e a contratada, o qual é expressamente considerado nulo pelo art. 60 da Lei de Licitações²⁵. Conforme registra Hely Lopes Meirelles, “a expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do contrato. O contrato extinto não se prorroga nem se renova, exigindo novo ajuste para a continuação das obras, serviços ou fornecimentos anteriormente contratados²⁶”.

Neste sentido também o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

“Súmula 46 (Alterada no ‘MG’ de 14/10/97 - pág. 17) A eficácia de Contratos, Convênios e Acordos e seus aditamentos celebrados pelos órgãos e entidades públicas, estaduais e municipais, qualquer que seja o seu valor, dependerá da publicação de seu resumo no Órgão Oficial do Estado ou no Diário Oficial local, a qual deverá ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao da sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 dias daquela data”.

“Súmula 89 (Publicada no ‘MG’ de 08/10/91 - pág. 32 e Ratificada no ‘MG’ de 26/08/97 - pág. 18 - com adição da referência à Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º, 82, 83 e 85) Quem ordenar despesa pública sem a observância do prévio procedimento licitatório, quando este for exigível, poderá ser responsabilizado civil, penal e administrativamente, sem prejuízo da multa pecuniária a que se referem os artigos 71, inciso VIII, da Constituição Federal e 76, inciso XIII, da Carta Estadual”.

“Súmula 47 (Publicada no “MG” de 21/09/88 - pág. 28 e Ratificada no ‘MG’ de 13/12/2000 - pág. 33) A validade da prorrogação automática e sucessiva prevista em contratos, convênios, acordos ou ajustes, dependerá de prévia formalização mediante termo aditivo específico, excetuando-se os contratos de locação regidos por norma federal própria”.

O tratamento excepcional dado aos contratos de locação de imóvel justificam-se pela existência de lei federal específica, a qual admite a prorrogação do pacto independentemente de formalização em instrumento próprio, entendimento reiterado pela Súmula n. 59:

25 Nesse sentido, vide a brilhante Nota Técnica n. 74/2004 (Processo Administrativo 35113.000302/01-62, Gerência-Executiva do INSS em Contagem/MG), da lavra da Procuradora Federal Teresa Cristina de Souza.

26 MEIRELLES, *op. cit.*, p. 216.

“Súmula 59 (Publicada no “MG” de 20/04/89 - pág. 25 e Ratificada no ‘MG’ de 13/12/2000 - pág. 33)Em se tratando de relação contratual - contrato de locação de bem imóvel - submetida à legislação federal específica, que admite sua prorrogação, independentemente de formalização em instrumento próprio, salvo expressa manifestação em contrário de uma das partes, não é imprescindível termo aditivo para efeito de anotação da despesa e controle da legalidade da execução financeira e orçamentária”.

Corroborando o tratamento diferenciado dado aos contratos de locação de imóveis, vale citar manifestações do Superior Tribunal de Justiça, que admite a convalidação por meio de lei ordinária, e não por meio de atos administrativos (RESP 467004/SP, DJ 29.09.2003²⁷, RESP 434283/RS, DJ 05.05.2003).

Observe-se que, nos termos do art. 71, VIII da Constituição Federal de 1988, as multas aos agentes responsáveis serão aplicadas pelo próprio Tribunal de Contas:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

Além de ofensa ao princípio da motivação e da publicidade consagrados pela Constituição da República e pela Lei de Licitações, há que se considerar ainda que do art. 61 da Lei de Licitações depreende-se a vedação de atribuição de efeitos retroativos em matéria financeira (no que se enquadra o pagamento retroativo dos contratos por meio de convalidação), o que já era consagrado pelo art. 56 da Lei n. 6.544/89. Neste sentido as lições de Marçal Justen Filho:

“A Lei proíbe, implicitamente, que o contrato preveja efeitos financeiros retroativos a período anterior à sua lavratura.

Evita-se, desse modo, o risco de simulação de cumprimento anterior de formalidades. Depois, elimina-se o surgimento de situações de fato irreversíveis. Se o particular iniciasse o

27 No que concerne ao RESP 467004/SP, cumpre ressaltar que o Relator, Ministro José Delgado, foi vencido, sustentando a impossibilidade de convalidação mesmo em face da edição de lei local, tendo em vista as vedações impostas pela 8.666/93, diploma normativo editado pela União no exercício da competência para tratar de “normas gerais de licitação e contratos”. Sustentou ainda o voto vencido a impossibilidade de convalidação em face do princípio da moralidade, da motivação, da publicidade e da igualdade, determinando a imediata apuração da responsabilidade do agente causador do dano.

cumprimento das prestações, a Administração acabaria sendo compelida a legitimar a situação. O contrato poderia funcionar como a única solução para evitar a revelação da irregularidade”²⁸.

Sendo proibida a previsão de efeitos financeiros retroativos, o ordenador de despesas que descumpra a determinação legal pode ser responsabilizado nos termos do art. 17 da L.C. n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Entendendo que as “prorrogações tácitas” de contrato administrativo consistem em grave ofensa ao interesse público, o art. 59 da Lei n. 8.666/93 determina a anulação do pacto sobre a prestação de serviços e a conseqüente responsabilização do agente. Trata-se de opção do legislador pela anulação (e não convalidação) em virtude dos interesses públicos protegidos pela exigência constitucional de licitação, quais sejam: garantia de iguais chances de contratação com a Administração para todos os interessados (princípio da isonomia) e busca pela melhor proposta para o Poder Público (princípio da eficiência).

Contudo, mesmo anulando-se o contrato deve-se proceder ao pagamento do contratado, a título de indenização (por isso não são efeitos financeiros retroativos), sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. A esse respeito, vale transcrever os mencionados dispositivos legais:

“Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já praticados.

Parágrafo Único. 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”.

Trata-se da consagração do princípio da boa-fé nas relações contratuais, visto que apesar de o contratado ter o poder de fiscalizar o Poder Público, não possui tal dever, haja vista o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos²⁹.

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Resp 75.502/PB, DJ 26.02.96).

Quanto à responsabilização do agente causador do dano (e não apenas do ordenador de despesa), prevista no art. 59, parágrafo único, deve-se ressaltar que, havendo boa-fé do contratado e demonstrada a inexistência de prejuízo para o erário (e. g., valor dos pagamentos posteriores compatíveis com os valores praticados pelo

28 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 515.

29 JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 61.

mercado, curto período de contrato fático sem formalização, contratos de pequeno valor), deverá o contrato ser anulado, mas pode-se eximir o agente responsável de qualquer condenação. Frise-se que, nesses casos, cabe ao agente todo o ônus da prova quanto à sua boa-fé e inexistência de lesividade aos cofres públicos.

3 – CONCLUSÕES

1. A convalidação, ato saneador de atos administrativos viciados com a produção de efeitos retroativos, é instituto de extrema importância para efetivação dos princípios da segurança jurídica (estabilização das relações constituídas) e da eficiência (busca pela melhor relação custo-benefício).
2. A convalidação só possível nos casos em que o saneamento do ato viciado não implique ofensa a direitos de terceiros nem agressão ao interesse público. Não sendo possível, deve o administrador anular o ato viciado com efeitos *ex tunc*.
3. A inexistência de motivação na continuidade da prestação de serviços (“contratação tácita”) constitui ato editado no exercício de competência discricionária sem a devida motivação, ferindo dispositivos legais expressos (v.g., art. 57, § 2º da Lei n. 8.666/93), sendo vedada, pois, a convalidação do ato.
4. É ainda proibida a convalidação porque a inexistência de publicidade da prorrogação do contrato ou da celebração de contratos sem licitação fere o princípio da transparência na Administração Pública, afrontando o art. 37 da Constituição de 1988 e os artigos 26 e 60, parágrafo único, da Lei de Licitações.
5. A convalidação da contratação tácita desrespeita ainda o art. 61 da Lei de Licitações, dispositivo que veda implicitamente a atribuição de efeitos financeiros retroativos.
6. Sendo proibida a convalidação, deve-se aplicar o art. 59 da Lei n. 8.666/93, o qual determina a anulação do contrato e a apuração de responsabilidade do agente causador do dano ao interesse público, sem prejuízo do pagamento ao contratado de boa-fé.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

