

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Berilo Pereira da Motta Neto

INVALIDAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2022



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Berilo Pereira da Motta Neto

**INVALIDAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E RESPONSABILIDADE
EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na linha de pesquisa efetividade do Direito, no núcleo de pesquisa de Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Clovis Beznos.

**São Paulo
2022**

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Motta Neto, Berilo Pereira da
Invalidação de contratos administrativos e
responsabilidade extracontratual da administração /
Berilo Pereira da Motta Neto. -- São Paulo: [s.n.],
2022.

112p. ; cm.

Orientador: Clovis Beznos.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Direito Administrativo. 2. Responsabilidade do
Estado. 3. invalidação de contratos administrativos.
I. Beznos, Clovis. II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Berilo Pereira da Motta Neto

**INVALIDAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E RESPONSABILIDADE
EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Administrativo.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Clovis Beznos (PUC-SP)

Prof. Dr. Jacintho de Arruda Câmara (PUC-SP)

Profa. Dra. Vera Monteiro (PUC-SP)

AGRADECIMENTOS

A vida no meio acadêmico se guarda bem-afeiçoada na memória. É tempo de empenho para amadurecer intelectualmente sob o influxo de grandes professores que nos encorajam a crescer. Em primeiro lugar, ao Prof. Clovis Beznos, meu orientador, cujo firme exemplo de sabedoria e de coragem, na academia e na advocacia, só pode nos inspirar a fazer o bem. Sou grato pelo apoio e pelos ensinamentos que orientaram meus passos.

Agradeço por todas as lições aos meus professores e, nomeadamente, aos que influenciaram diretamente esta dissertação. Assim, de forma especial, aos Professores Jacintho Arruda Câmara, Ricardo Marcondes Martins e Márcio Cammarosano pela forma sempre atenciosa e gentil com que me acolheram na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Não devo olvidar que o presente trabalho foi escrito com sacrifício pessoal, longe do lugar que chamo de “casa”, e no curso do desafio pessoal de amparar a reestruturação de um grupo em recuperação judicial. Pelo apoio nisso e em tudo mais, nunca agradecerei o suficiente aos meu pais, Álvaro e Liana, e a meu avô paterno, Assis. Mais que certo é que também não poderia me dedicar a esta dissertação sem o apoio e a direção de uma equipe de excepcional competência, em cujo nome agradeço a Flávio Luiz Fernandes.

Estes agradecimentos ainda se estendem à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Piauí, onde dei meus primeiros passos no mundo jurídico sob a memória dos ex-professores Berilo Pereira da Motta e João Osório Porfírio da Motta – respectivamente, meu avô e bisavô paternos. Às minhas irmãs, Ana Luísa e Ana Carolina, amigas e companheiras mais que tudo, pelo apoio de sempre. À Maria Clara, pelo amor e carinho.

Agradeço igualmente aos amigos Guilherme Carvalho e Sousa, Marcelo Paulo Fortes de Cerqueira e Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, grandes figuras da advocacia, que também me inspiram nos embates e debates pessoais sobre as mais diversas matérias em Direito. Ainda ao amigo Rodrigo Caetano, qualificado historiador, que me conduziu nas regras de apresentação deste trabalho. Por fim, a todos os familiares e amigos, que, embora não mencionados, compõem minhas alegrias.

RESUMO

MOTTA NETO, Berilo Pereira da Motta. Invalidação de contratos administrativos e responsabilidade extracontratual da administração.

A presente dissertação parte de uma análise bibliográfica e tem como mote apresentar elementos suficientes à composição suporte fático disposto no art. 149 da Lei Federal de nº 14.133/2021. Almeja-se, portanto, estabelecer parâmetros que ensejam a responsabilidade patrimonial da Administração quando decursiva da invalidação de contratos públicos firmados com particulares. O tema se justifica, dessarte, em razão de perfilar as bases teóricas sobre as quais se esteia a responsabilidade do Estado nessas hipóteses. Para tanto, desenvolve-se um conceito operacional de contrato administrativo em sentido estrito. Sob uma perspectiva normativa, procedemos a uma análise de aspectos importantes de sua invalidação. Na sequência, enquadrámos as hipóteses visitadas na responsabilidade extracontratual do Estado por atuação da Administração, razão pela qual a responsabilização em tela tem natureza objetiva. Considerando as inúmeras variáveis que poderiam se alinhar ao problema, partindo de um método já desenvolvido pela doutrina brasileira de conceber situações-problema, assinalamos modificações do ordenamento jurídico brasileiro que reclamam uma distinção entre sanções (responsabilidade extracontratual) e obrigações de ressarcir (proibição do enriquecimento sem causa). Nas hipóteses sob, exame, portanto, a responsabilização do Estado só se engajará quando houver uma atuação positiva da Administração, consistente na enunciação de um contrato administrativo inválido, em razão do qual ao particular se gravou um dano indenizável, sem que esse tenha concorrido com culpa à consumação do vício alvejado.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Responsabilidade do Estado. Invalidez. Lei Federal nº 14.133/2021.

ABSTRACT

MOTTA NETO, Berilo Pereira da. Invalidation of administrative contracts and extracontractual liability of the administration.

The present dissertation starts from a bibliographical analysis and has as motto to present sufficient elements to the composition factual support disposed in art. 149 of Federal Law No. 14.133/2021. It is intended, therefore, to establish parameters that give rise to the patrimonial responsibility of the Administration when resulting from the invalidation of public contracts signed with private individuals. The theme is justified, therefore, in terms of outlining the theoretical bases on how the State's responsibility is based on these hypotheses. To this end, develop an operational concept of administrative contract in the strict sense. Under a normative perspective, we proceeded to an analysis of important aspects of its invalidation. Next, we frame the hypotheses visited in the non-contractual liability of the State for the performance of the Administration, which is why the liability in question is objective in nature. Considering the numerous variables that could be aligned with the problem, starting from one already developed by the Brazilian doctrine of problem situations, we point out changes in the Brazilian legal system method that claim a distinction between competence (non-contractual liability) and obligations to reimburse (prohibition of unjust enrichment). In the hypotheses under examination, therefore, the responsibility of the State will only be involved when there is a positive action by the Administration, consisting of the enunciation of an invalid administrative contract, due to which the individual is included an indemnifiable damage, without this having concurred with guilt to the consummation of the targeted vice.

Key-words: Administrative contracts. State's liability. Invalidity. Federal Law No. 14.133/2021

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	14
2.1 A dualidade processo/produto.....	15
2.2 Breve análise do discurso.....	17
2.3 A ambiguidade.....	19
2.4 O conceito de contrato administrativo.....	22
2.4.1 O contrato no direito privado.....	22
2.4.2 O contrato no direito público.....	27
2.4.3 O enigma do contrato administrativo.....	32
2.4.4 O contrato administrativo como ato administrativo bilateral.....	35
3 MUNDO FÁTICO: ATO DE INVALIDAÇÃO DO CONTRATO.....	41
3.1 Mundo fático e Mundo jurídico.....	41
3.1.1. Existência.....	43
3.1.2. Eficácia.....	46
3.1.3. Validade.....	48
3.2 A competência para invalidar os contratos administrativos.....	52
3.2.1. Titularidade da competência para invalidar contratos administrativos.....	52
3.2.2. O ônus argumentativo que compete ao editor do ato de invalidação.....	56
3.2.3. O efeito do ato de invalidação do contrato administrativo.....	63
4 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO INSTAURADA PELA IN- VALIDAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	65
4.1 Considerações gerais sobre a responsabilidade patrimonial do Estado.....	65
4.1.1 A reponsabilidade-sanção na Teoria Geral do Direito.....	66
4.1.2 Responsabilidade civil imputada ao Estado.....	68
4.1.3 Pressupostos da responsabilidade da Administração em razão da invalidação de contrato viciado.....	74
4.1.3.1. <i>Atuação da Administração</i>	75
4.1.3.2. <i>Dano</i>	76
4.1.3.3. <i>Nexo Causal</i>	79
4.2 A hipótese do art. 149 da Lei Federal nº 14.133/2021.....	80
4.2.1. Variáveis projetáveis.....	84

<i>4.2.1.1. Invalidade de contratos não executados.....</i>	<i>86</i>
<i>4.2.1.2. Invalidade de contratos executados.....</i>	<i>87</i>
<i>4.2.2 A controvérsia em torno do “empobrecido de má-fé”</i>	<i>90</i>
5 CONCLUSÕES.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

1 INTRODUÇÃO

Cenário tanto quanto usual, no Brasil, é se deparar com a situação em que se vale o Estado de uma competência para invalidar contratos em razão de determinado vício. Em certas situações, as pessoas não se opõem ao manejo de tal competência. Assim, imagine-se um empreiteiro, que não obstante tenha assinado um contrato com a União, vê, por algum alegado vício relevante, aquela expectativa de prestar perder seu fundamento normativo. Em outras situações, o mesmo empreiteiro, tendo concluído metade dos serviços contratados, se revoltará com o manejo da mesma competência. Isso em razão de um problema sociológico, a Administração, volta e meia, invalida contratos a pretexto de não adimplir obrigações contratuais.

Poderemos ser um pouco mais criativos e imaginar uma situação em que o empreiteiro contratado só foi contratado porque estava conluiado com os responsáveis por conduzir o processo licitatório, contexto em que um terceiro – tão cidadão como o empreiteiro – se revoltará com a ordem de pagamento editada pela Administração em razão de serviços prestados. Com efeito, há uma infinidade de situações que podemos simplesmente intuir e eventualmente nos deparar na prática. A questão apta a captar todas as situações pode ser muito bem objetivada: quando deve a Administração ser responsabilizada pela invalidação de seus contratos?

A presente dissertação tem como objeto central o estudo dos elementos suficientes à composição do suporte fático da regra disposta no artigo 149 da novel Lei Federal nº 14.133/2021. Assim dizendo, o objetivo primordial consiste em delinear parâmetros que, *a priori*, ensejam a responsabilidade patrimonial da Administração quando decursiva da invalidação de contratos públicos firmados com particulares. Trata-se, dessarte, propriamente de uma proposta doutrinária assinalada à interpretação e, pois, à aplicação do direito positivo.

Neste íterim, importa ressaltar que o aludido texto normativo se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro com o escopo substituir o artigo 59 da Lei Federal nº 8.666/1993. Essa finalidade, contudo, não implica uma disrupção do modelo normativo anterior, isso porque, aquele dispositivo, tal como a própria nova lei, também se trata, a teor da expressão de

Floriane de Azevedo Marques Neto, do “velho fusca, porém cheio de inovações embarcadas”¹.

Porém, se de disrupção do modelo normativo anterior não nos ressentimos, reputamos que o procedimento de invalidação dos contratos públicos na recém-editada Legislação Federal incorporou importantes inovações que afetam sobremaneira o processo de invalidação dos contratos firmados entre a Administração pública e particulares – a exemplo da possibilidade de a Administração dispor da competência de invalidar contratos desse jaez com efeitos *ex nunc* e até *pro futuro* – que se somam a outras variáveis do complexo problema consistente em se aferir se se desençam ou não os pressupostos da responsabilidade na espécie. Em suma, o fato de a nova lei geral de licitações e contratos incorporar determinadas inovações já justifica nos debruçarmos sobre a temática – ainda que amplamente explorada pela doutrina à luz do regime jurídico da Lei Federal nº 8.666/1993².

O interesse no tema, que se encarta na teoria da responsabilidade civil do Estado, ao que nos aparenta, também se renova em razão de outras inovações no direito positivo, como a edição do Código Civil de 2002 e dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a justificar um novo estudo.

Ademais, como indica Eduardo Garcia de Enterría³, importa perfilar as bases teóricas sobre as quais se esteia a responsabilidade do Estado. Na prática, avulta a importância do tema notadamente porque precisar os fundamentos e os elementos da responsabilização da Administração em razão da invalidação de contratos administrativos poderá significar sua distinção de outros institutos, a exemplo da proibição do enriquecimento sem causa. Distinções desse jaez, se de fato se põem no direito brasileiro, por exemplo, podem ser decisivas para a admissibilidade de recursos extraordinários, ou, à própria conformação da *causa petendi* em ações em que se discuta a responsabilidade da Administração.

¹MARQUES NETO, Floriane de Azevedo. Uma lei que vale pelo que revoga: uma panorâmica sobre a Lei nº 14.133/2021. *Revista do Advogado*, a. 42, n. 153, mar. 2022, p. 8.

²Cf. CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999; LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vício de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008; FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008; NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, v. 6); CÂMARA, Jacintho de Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato administrativo com vício de origem e a divisão de responsabilidades. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* (Orgs.). **Responsabilidade do estado: estudos em homenagem ao professor Edmir Netto de Araújo**. São Paulo: LibersArs, 2021; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

³ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1984, p. 178.

Em hipótese, será pertinente analisar o grau de avanço com que se assentou a temática no direito brasileiro. Daí porque no desenvolvimento faremos menção às considerações de doutrina que reputamos relevante à concepção de nossa compreensão sobre o tema. Assim, precede a toda consideração que possamos alinhar acerca do objetivo que almejamos alcançar o exame de algumas noções propedêuticas, como um prelúdio indispensável.

Reportamo-nos, assim, imediatamente à figura jurídica que, convencionalmente, aludimos por “contrato administrativo em sentido estrito”. Eis aí a razão de dedicarmos a primeira parte desta dissertação à tomada de decisão quanto àquilo que reputamos constituir seu conceito para os fins deste estudo. Em tempo, rejeitamos longas digressões quanto à própria noção de contrato administrativo, isto é, não declinamos sua existência enquanto categoria dogmática. Dessarte, assinalamos um conceito operacional que, naturalmente, implica a exclusão de reflexões quanto a diversas outras espécies de atos administrativos bilaterais⁴.

Sedimentado o aludido conceito, na segunda parte, dirigirmos esforços para analisar o contrato à luz dos planos da existência, da validade e da eficácia, com o fito de distinguir o que compreendemos por “contratos administrativos inválidos” daquilo que chamamos “contratos administrativos viciados”, quando, então, voltamo-nos a questões afetas à competência para invalidar os contratos administrativos. Tal empenho, contudo, não se trata de enfrentar uma série casuística, mas sim de explicitar os efeitos da invalidação.

Na terceira e última parte, abordamos propriamente os pressupostos que ensejam o ressarcimento do particular em razão da invalidação de uma contratação pública. No fecho, finalmente, perfilaremos as conclusões concebidas ao longo deste estudo.

Nesse contexto, pretendemos qualificar a procedência de nossa hipótese, a saber: o desenlace da responsabilidade da Administração, no caso de invalidação de contratos administrativos em sentido estrito, não tem qualquer função punitiva genérica, e depende de (1) uma atuação estatal positiva⁵, consistente na contratação inválida, em razão da qual ao parti-

⁴Existem atos, contudo, que dependem da manifestação de duas ou mais pessoas: duas pessoas administrativas ou de uma pessoa administrativa e um particular. São os *atos administrativos bilaterais*. O que importa para que o ato seja bilateral é que o *conteúdo* do ato dependa da manifestação de duas pessoas diferente, sejam duas pessoas jurídicas administrativas (duas ou mais entidades federativas; uma entidade federativa e uma entidade da Administração Indireta), seja uma pessoa jurídica administrativa e uma pessoa jurídica privada, seja uma pessoa jurídica administrativa e uma pessoa física. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo**: ato administrativo e procedimento administrativo. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 130-131. (Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, v. 5).

⁵Rigorosamente, o dever de reparar o dano não é um efeito do vício do ato administrativo, mas da conduta comissiva da Administração. Tanto que o dano pode decorrer da edição do ato inválido ou da edição do ato correto. [...] A diferença é apenas aparente, pois também neste último caso os danos decorrem da edição do ato inválido: a correção é um efeito do vício, e, conseqüentemente, os danos causados pela correção – efeitos do efeito – também, em última análise, decorrem do vício. Enfim: a edição de um ato inválido consiste numa atuação positi-

cular contraente, (2) se gravou um dano indenizável, (3) sem que tenha concorrido com dolo à consumação do vício invalidado.

Para a abordagem do tema, realizamos revisão bibliográfica, mediante análise de estudos realizados pela doutrina brasileira, de onde derivamos a base teórica necessária ao desenvolvimento do trabalho.

2 CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

A que nos referimos quando empregamos a expressão “contrato administrativo”?

Para precisá-la é imprescindível cindi-la. Começamos, pois, pela compreensão do signo “contrato”, não imediatamente no sentido empregado pelos privatistas que tanto o estudam¹, mas em seu significado elementar, apto a ser empregado em qualquer ramo do direito.

Poderíamos, num primeiro momento, como o fez Hans Kelsen, enunciar que com o aludido signo designamos um fenômeno do direito interno, ou, ainda, que o mesmo fenômeno existe igualmente sob o nome de tratado em direito internacional. Trata-se, em princípio, segundo o jurista austríaco, dos mesmos problemas que se apresentam nos dois casos².

Preocupado em expor os problemas mais importantes de uma teoria do contrato, sob o ponto de vista de uma teoria pura do direito, Kelsen dirige crítica a uma definição tradicional do contrato, a saber: “[...] é o acordo de vontades de dois ou mais sujeitos em vista de produzir um efeito jurídico, isto é, de criar ou de abolir uma obrigação e o direito subjetivo correspondente a esta obrigação”³.

Tal censura se dá pelo fato de que, consoante aquela definição, os sujeitos que concluem um contrato não fazem mais que aplicar uma regra de direito – *pacta sunt servanda*⁴ – a uma situação concreta. Diz Kelsen, as partes se servem dessa norma para regular suas relações.

O efeito desse ato jurídico cinge-se, sob o ângulo de mirada dessa teoria, a uma modificação na esfera de direitos subjetivos. O direito objetivo, assim dizendo, o ordenamento jurídico considerado como sistema de normas, restaria inalterado. O problema, portanto, ainda segundo Kelsen, está em se considerar o contrato estritamente como um ato jurídico.

¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado** - Tomo XXXVIII – direito das obrigações: negócios jurídicos bilaterais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 494.

²KELSEN, Hans. La Théorie juridique de la Convention. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Paris: **Recueil Sirey**, v. [S/v], n. 1-4, 10 année, 1940, p. 33.

³§ 1. D’après la définition traditionnelle la convention est l’accord des volontés de deux ou plusieurs sujets en vue de produire un effet juridique, c’est-à-dire de créer ou d’abolir une obligation et le droit subjectif correspondant à cette obligation. KELSEN, 1940, p. 33. Ademais, observe-se que a crítica se encontra em um artigo de Kelsen publicado em uma revista francesa, em cujo ordenamento jurídico se faz a distinção entre *convenção* (*convention*) e contrato (*contrat*), em que este possui um sentido mais estrito que aquele. Não obstante, quando em livre tradução nos valem dessas considerações de Kelsen, traduzimos *convention* por contrato. Sobre tais peculiaridades do direito francês. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 54.

⁴El principio *pacta sunt servanda* es un principio general del Derecho, que rige también – en consecuencia – en los contratos administrativos. Esto quiere decir que los contratos administrativos deben ser cumplidos por ambas partes em sus términos (salvo los casos de *ius variandi* y reequilibrio financiero estudiados en esta lección). PUIG, Manuel Rebollo; JURADO, Diego J. Vera. **Derecho Administrativo** - Tomo II – régimen jurídico básico y control de la Administración. 3ª ed. Espanha: Tecnos, 2018, p. 400.

2.1 A dualidade processo/produto

De fato, a teoria criticada por Kelsen não é capaz de captar a essência do fenômeno jurídico em questão em todos os seus aspectos. Isso porque, como assevera o jurista austríaco uma das funções do contrato – a de maior relevância – resta completamente negligenciada: a função de criação do direito.

A divergência é mais profunda que aparente, o próprio Kelsen identifica-a. É que aquela doutrina associa a noção de direito objetivo com a de norma geral e oposta à noção de direito subjetivo, e, por consequência, esse seria algo completamente distinto de uma norma. Dados esses pressupostos, tomam como absoluto o antagonismo entre a criação do direito e a aplicação do direito, entre lei e ato jurídico⁵.

É importante apontar que as aludidas premissas se encontram superadas na ciência do direito. Parece-nos um desacerto tratar o ordenamento jurídico como conjunto de preceitos estritamente gerais e abstratos. Paralelamente às normas gerais e abstratas devem coexistir normas individuais e concretas para que as condutas inter-humanas não resembram fora do alcance do sistema jurídico.

Com efeito, a qualidade de ser “abstrata” ou “concreta” diz respeito ao antecedente normativo, isto é, ao modo como nele se toma o fato descrito⁶. Assim, a norma será abstrata quando em seu antecedente normativo houver uma tipificação de um conjunto de fatos, ao passo que a norma será concreta quando se fizer referência a uma conduta especificada no espaço e no tempo. De outra parte, quando se aduz ser uma norma “geral” ou “individual” aponta-se, na verdade, para seu consequente, mais precisamente para o sujeito passivo: será geral aquela norma que se dirige a um conjunto de sujeitos indeterminados, e individual aquela que se voltar a certo indivíduo ou a determinado grupo de pessoas. Combinando-se as qualidades possíveis a se atribuir a um antecedente normativo com a de um consequente normativo, as normas abstratas podem ser gerais ou individuais e, também, as normas concretas podem ser gerais ou individuais.

⁵Como censura Kelsen: La raison pour laquelle la théorie traditionnelle considère comme absolu l'antagonisme entre la création et l'application du droit, entre la loi et l'acte juridique, et pour laquelle elle ne reconnaît pas à la convention la fonction créatrice du droit, réside entre autres dans le fait qu'elle identifie la notion de droit objectif, avec celle de norme générale et oppose à celle-ci la notion de droit subjectif qui, par conséquent, est considéré comme une chose tout à fait différente d'une norme. Un changement dans la sphère des droits subjectifs ne peut donc pas être un changement du droit objectif. KELSEN, 1940, p. 34.

⁶Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 11ª ed., ver. E atual. São Paulo: Noeses, 2021, p. 38 e ss.

A teor do que assevera Norberto Bobbio, a consideração da generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica é questão meramente ideológica:

[...] Em outras palavras, pensamos que a generalidade e abstração sejam requisitos não da norma jurídica tal como é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, no qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas; isto é, são requisitos *não tanto da norma jurídica* (ou seja, da norma válida de um certo sistema), *mas das normas justas*⁷.

Quando dizemos que o contrato tem força para obrigar os sujeitos contratantes, quer isso significar que o contrato cria uma norma jurídica que não existia previamente à conclusão do negócio. Em última análise, Kelsen afirma que essa norma é tão objetiva quanto a norma *pacta sunt servanda*, que os contraentes aplicam ao concluir o contrato – ainda que a primeira seja individual e concreta e a segunda geral e abstrata.

Assim dizendo, apoiado sobre a noção de hierarquia das normas de sua teoria pura do direito, Kelsen não reduz tal operação à aplicação individual de um regra geral. Sob essa perspectiva, com efeito, o contrato é criador de norma. Por conseguinte, torna-se o contrato obrigatório na medida em que o ordenamento jurídico o considera como fato criador de direito, ou, noutros termos, na medida em que a norma de um grau superior autoriza os sujeitos a criar – na concepção kelseniana, por delegação – uma norma de grau inferior. A aplicação da norma *pacta sunt servanda*, pois, se apoiará na norma fundamental do ordenamento jurídico⁸.

Àquela altura já percebia Kelsen que o termo “contrato” pode nos conduzir a um equívoco, visto que tanto pode significar um ato, um determinado proceder, como o produto jurídico desse ato ou proceder, uma norma⁹. Trata-se, evidentemente, da ambiguidade inerente à relação entre processo e produto. Em sendo assim, importará distinguir: (i) o ato ou proceder de contratar da (ii) norma criada pelo contrato enquanto ato ou proceder.

⁷BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001, p. 182.

⁸[...] la convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit : ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi, ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur. La raison de validité de la convention se ramène donc à celle de la loi ou de la norme coutumière qui instituent la convention comme état de fait créateur de droit (*pacta sunt servanda*). Et si on se demande quelle est la raison de validité de cette norme, on arrive finalement à la norme fondamentale de l'ordre juridique, et par définition il n'est pas possible de remonter au delà, si l'on veut rester dans les limites du droit positif. En définitif la convention est obligatoire pour la même raison pour laquelle l'ordre juridique tout entier qui l'institue en tant qu'état de fait créateur de droit est lui-même obligatoire. KELSEN, 1940, p. 47-48.

⁹[...] Et ceci, le produit de l'acte ou de la procédure, c'est la norme ou ce sont les normes, qui sont créés dans la procédure appelée « convention ». KELSEN, 1940, p. 35.

2.2 Breve análise do discurso

Enquanto o ordenamento jurídico regular comportamentos humanos, mediante proposições normativas prescritivas, a edição de normas consistirá na composição de situações comunicativas¹⁰. Quem pretenda editar uma norma de direito no Brasil, não prescinde do ato de dirigir um enunciado por um meio linguístico (verbal ou escrito). Um exemplo nos esclarecerá a análise do discurso que se põe no trato com o ordenamento jurídico.

Imagine-se que determinado agente público, sabendo que haverá jogo da seleção brasileira na copa do mundo em uma terça-feira, resolve baixar uma portaria para transmitir aos seus subordinados que não haverá expediente na repartição no período da tarde do aludido dia. E, para não ser repreendido por seus pares, redige o ato na segunda-feira imediatamente anterior, quando já era o último a sair da repartição. Assim, deixa escrito em um papel no mural da repartição que “amanhã, terça-feira, não haverá expediente no turno da tarde devido ao jogo da seleção na copa do mundo – São Paulo, 28/11/2022, Ass. Superior Hierárquico”. Como dito, ninguém presenciou a redação do ato, isto é, sua enunciação. É só na manhã da terça-feira que seus subordinados, chegando ao local, se deparam com aquele enunciado.

Veja-se que aquilo que estamos a aludir por “enunciação” é uma instância dinâmica que produz o “enunciado”¹¹. A primeira se opõe ao segundo como um processo ao seu produto, uma instância dinâmica em contraposição a um estado estático. Em síntese, consoante Tárek Moysés Mousallem, a “enunciação” é o ato produtor de enunciado, enquanto o “enunciado”, o produto de tal ato¹².

Desta feita, o enunciado pressupõe um ato de enunciação, propondo uma comunicação. No exemplo que acabamos de construir, a “enunciação” é o ato de produção da portaria, isto é, o evento singular que produziu o texto disposto no mural da repartição. Tal ato de

¹⁰Admitimos que todo comportamento humano, como falar, sorrir, chorar, correr, é uma ação dirigida a outrem. Destes destaca-se o ato de falar como ação dirigida a outrem (ouvinte) por alguém (orador), como apelo ao entendimento de quem ouve. Considera-se, assim, discurso ou ato de falar apenas aquele que pode ser entendido, isto é, ensinado e repetido. O aprender corresponde à possibilidade de o destinatário repetir o ato ensinado. Assim quando, digamos, alguém ordena “aproxime-se” e o ordenado se aproxima, dizemos que o ato de falar se realizou. A situação de ensinar e aprender, na qual se manifesta a compreensibilidade da ação, denominamos *situação comunicativa*. FERRAZ JR, Tercio **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5ª ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 12-13.

¹¹1. No sentido geral “daquilo que é enunciado”, entende-se por enunciado toda grandeza dotada de sentido, pertencente à cadeia falada ou ao texto escrito, anteriormente a qualquer análise linguística ou lógica. 2. Por oposição à enunciação, “entendida como ato” de linguagem, o enunciado é o estado dela resultante, independentemente de suas dimensões sintagmáticas (frase ou discurso). Definido dessa forma, o enunciado comporta frequentemente elementos que remetem à instância de enunciação [...] GREIMAS, Algirdas Julien; COURTÉS, Joseph. **Dicionário de semiótica**. São Paulo: Cultrix, 1979, p. 148.

¹²MOUSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 60.

enunciação é um acontecimento que se esvai no tempo e no espaço¹³. Isto é, ninguém conseguirá precisar se, naquela segunda-feira, o agente público estava de gravata verde ou azul, se fazia chuva ou sol, se a repartição estava de luzes acessas ou apagadas.

Com efeito, só se saberá que a enunciação se passara em São Paulo no dia vinte e oito de novembro daquele ano pela mão do aludido agente público. Logo se vê que, não obstante se esvaia, a enunciação lança no enunciado elementos que indicam a pessoa, o tempo e o espaço afetos ao discurso, pois todos eles tomam como referência o ato de enunciação.

Considerando que o enunciado vai desde o advérbio temporal “amanhã” até a indicação do agente que editou o ato “Superior Hierárquico”, será pertinente distinguir dois tipos de enunciados, a saber: um que se volta àqueles elementos da pessoa, do tempo e do espaço e outro que nada diz respeito com a produção do texto disposto no mural. O primeiro, no campo da semiótica, denomina-se “enunciação-enunciada”; o segundo será o “enunciado-enunciado”.

É que, inobstante a enunciação seja um ato fugaz, inviabilizando, então, o exame de toda sua singularidade, a enunciação deixa marcas em seu produto, a que Catherine Kerbrat-Orecchioni¹⁴ denomina “fatos enunciativos”, que são senão as unidades de linguagem que operam no sentido de indicar no seio do discurso o seu protagonista e suas coordenadas no espaço e no tempo. Daí porque Tárek Moysés Mousallem registra que o agente produtor de normas lança no enunciado (enunciados prescritivos) elementos que nos permitem reconstruir sua atividade produtora¹⁵.

No documento normativo, portanto, encontraremos elementos enunciados, entre os quais uns terão marcas da enunciação, o que se denomina “enunciação-enunciada”, composta pelos fatos enunciativos, e outros que não, os quais se referem por “enunciado-enunciado”. No nosso exemplo, pertencem à enunciação-enunciada o agente que o editou (“Superior Hierárquico”), a data indicando sua coordenada temporal (“28/11/2022”) e o local (“São Paulo”). O enunciado-enunciado, de sua vez, se constitui pela mensagem de que “amanhã, terça-feira, não haverá expediente no turno da tarde devido ao jogo da seleção na copa do mundo”.

Idêntico raciocínio se aplicará ao fenômeno contratual, pois o ato ou proceder de contratar podemos aludir por “contrato-enunciação”, ao passo que o seu produto por “contrato-enunciado”. Em seu texto enunciado também encontraremos marcas de sua enunciação a

¹³A enunciação é em si mesmo o arquétipo do incognoscível. Trata-se de um acontecimento – agir humano – que se exaure no tempo e no espaço. MOUSALLEM, p. 61.

¹⁴KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. **La enunciación**: de la subjetividad en el language. 3ª ed. Buenos Aires: Edicial, p. 41.

¹⁵MOUSALLEM, 2006, p. 61.

indicar os agentes protagonistas em sua edição, bem como suas coordenadas espaço-temporais.

Posto esse jogo linguístico, portanto, em um documento normativo vislumbram-se as duas aludidas espécies de enunciados, quais sejam (i) a enunciação-enunciada, que é o conjunto das marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação; e (ii) o enunciado-enunciado, que é a sequência enunciada desprovida de marcas da enunciação. Tornando nossas atenções ao fenômeno contratual, esse documento normativo, como um todo, também se chama contrato, e dele também se extrai, mediante a interpretação das suas orações com marcas da enunciação, uma norma jurídica que resulta da suficiência do suporte fático de uma norma sobre produção jurídica¹⁶, a que denominamos veículo-introdutor¹⁷, à qual também poderemos nos referir pelo termo “contrato”.

2.3 A ambiguidade

Definir um conceito não é tarefa simples, mormente quanto o termo possui considerável número de significados. Em situações desse jaez, pertinentemente não se perguntaria quanto a um conceito, mas sim, relativamente aos sentidos que podem ser adquiridos pelo termo. Tal é a situação que se assinala ao termo do “contrato”. Sob um ponto de vista semântico, o aludido termo exprime quatro significados: (i) o ato ou proceder de contratar; (ii) a(s) norma(s) criada(s) pelo contrato-enunciação; (iii) o documento normativo; (iv) o veículo introdutor de normas.

Em casos dessa ordem, em que o termo exprime dois ou mais significados alternativos claros, devemos considerá-lo ambíguo¹⁸. Importando, pois, precisar de que espécie de ambiguidade se trata, justamente para superá-la.

¹⁶[...] Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa. Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 45.

¹⁷Dessarte, resumindo em rigor linguístico-científico, expressões como Constituição Federal, emenda constitucional, lei complementar, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, regulamentos, portarias, sentenças, acórdãos, atos administrativos, contratos administrativos, etc. são empregados em dois sentidos distintos: (1) ora para designar o documento normativo ou texto jurídico – folha de papel escrita, na qual se encontra a expressão material das regras jurídicas; (2) ora para indicar os instrumentos introdutórios de regras – os modelos estipulados pelo ordenamento jurídico para imitar regras no sistema. MOUSALLEM, 2006, p. 124.

¹⁸ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação do direito**: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 27.

Nas argumentações de Humberto Ávila, são três as principais espécies de ambiguidade, a saber: ambiguidade léxica, ambiguidade sintática e ambiguidade polissêmica¹⁹. É lexicalmente ambíguo aquele termo que comporte dois ou mais significados convencionais geralmente não relacionados entre si. Daí, como exemplificado por Ávila, a palavra “manga” tanto pode denotar uma parte da camisa quanto uma fruta cítrica. Em tais situações, corriqueiramente o contexto linguístico e extralinguístico trata de eliminar a ambiguidade. Quando se diz que Pedro tropeçou em uma manga certamente não se faz alusão à parte da camisa. Todavia, na ausência de um contexto direto capaz de rechaçar a ambiguidade aparente, será possível a desambiguação, mediante indicação expressa de qual dos dois significados se está a empregar.

Por sua vez, um termo será sintaticamente ambíguo quando for possível individualizar duas estruturas sintáticas diferentes que conduzam a significados diversos. Em linguagem corrente, poderíamos enunciar que “o sobrinho disse ao tio que ele é bobo”. Haverá para essa construção duas linhas de interpretação, em que, para uma, o sobrinho é bobo, e, para a segunda, o tio é bobo. Elide-se tal espécie de ambiguidade ou pelas particularidades presentes no contexto, relacionadas às suposições de fundo dos falantes ou pela adição de alguma especificação semântica. Em geral, o contexto linguístico funcionará como mecanismo suficiente para afastá-la, mercê de que um dos significados poderá se revelar impróprio.

Por fim, um termo portará ambiguidade polissêmica caso venha a “expressar dois ou mais significados relacionados de um mesmo significado lexical”²⁰. Um exemplo já disposto por Ávila será elucidativo:

Por exemplo, no enunciado “O Presidente deixou o Palácio do Planalto hoje pela manhã”, referido na “Introdução” desta obra, a expressão “Palácio do Planalto” tanto pode ter o sentido de prédio físico, indicando que o Presidente deixou o prédio hoje pela manhã, quanto o sentido da função por ele exercida, comunicando que deixou o cargo de Presidente da República após o término do mandato, hoje pela manhã²¹.

Examinando-se a espécie de ambiguidade que marca o termo “contrato”, parece-nos certo que se trata dessa última espécie, visto que o (i) ato ou proceder de contratar; a(s) (ii) norma(s) criada(s) pelo contrato-enunciação; o (iii) o documento normativo; e o (iv) veículo introdutor de normas, todos se relacionam e se encartam no mesmo significado lexical. O alu-

¹⁹ÁVILA, 2022, p. 27.

²⁰ÁVILA, 2022, p. 30.

²¹ÁVILA, 2022, p. 29-30.

dido autor afirma que tal espécie de ambiguidade pode ser superada com a introdução de partículas especificadoras ou a substituição de termos presentes na frase. Em face dessa observação, pretendendo superá-la, poderíamos, em especificação, aduzir que os significados de “contrato” serão, respectivamente, (i) contrato-proceder; (ii) contrato-norma(s) introduzida(s); (iii) contrato-documento; (iv) contrato-veículo introdutor.

Para os fins deste trabalho, pretendemos superar essa ambiguidade a partir de uma escolha: em diante, quando empregamos a palavra “contrato”, exprimimos seu sentido de veículo introdutor e, quando quisermos nos referir a seus outros sentidos, procederemos com uma especificação ou com uma substituição.

Dessarte, contrato, partindo desse método de desambiguação, é norma. Ao que nos parece tanto será norma na órbita do Direito privado como na órbita do Direito público²², não é possível negar que os contraentes ao firmarem uma avença, inserem no mundo jurídico nova norma.

Em tempo, repudiamos a posição de Kelsen ao aduzir que a distinção entre Direito público e Direito privado é inútil como fundamento comum para uma sistematização geral do direito²³. À contraposição entre Direito público e Direito privado subjaz uma ideia de justificação significativa-ideológica por parte do primeiro. Nesta matéria, tem razão António Menezes Cordeiro ao registrar que o Direito público não vale apenas por existir, como se constituísse num fato ontológico irresistível, mas, antes, por ter uma valia que o sobreleva além do segundo²⁴.

Assim dizendo, o Direito privado vale por si, adere às pessoas, não carecendo de se justificar pelos fins que prossiga, ao passo que o Direito público se constrói à partida de um sujeito ou, pelo menos, de um sujeito típico que só pode atuar na ordem jurídica em razão de uma função, carecendo, pois, de toda justificação (fundamentação) necessária.

²²A contraposição entre o Direito público e o Direito privado assume, na atualidade, um sentido que resulta das considerações acima efetuadas. Não está em jogo uma fronteira estrutural absoluta, a nível de situações jurídicas singulares: estas interpenetram-se, podendo mesmo consubstanciar-se conjunções complexas, com elementos públicos e privados. Mas aflora uma importante clivagem histórica, cultural e científica entre dois polos decisivos do desenvolvimento jurídico, com as mais relevantes consequências, em todos os níveis. A sua supressão, para além de irrealista, iria empobrecer o conjunto. E no campo das ideias, convém recordar que o Direito privado, apto a regular relações interindividuais nas sociedades dos mais diversos tipos, constitui, de modo experimentado e comprovado, o mais eficaz bastião de defesa da pessoa contra as arremetidas do Estado e o arbítrio dos grupos. As experiências totalitárias do conturbado século XX tentaram abdicar da contraposição público/privado. Não foi acaso. CORDEIRO, António Menezes. **Contratos público**: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007, p. 28-29.

²³Cf. KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945, p. 201-207. KLINGHOFFER, Hans. Direito público e direito privado (resumo da teoria de Hans Kelsen). **Revista Forense**, v. 89, n. 39, p. 395-399, jan./mar. 1942.

²⁴CORDEIRO, 2007, p. 24-25.

Nesse plano geral, as noções de “capacidade” e “competência” concretizam as diferenças que marca um e outro. Ilustram, respectivamente, como o Direito privado é um direito da autonomia (as pessoas têm iguais poderes e podem agir sempre que não deparem com uma proibição do ordenamento) e como o Direito público é um direito de função (a atividade pública desenrola-se segundo normas de competência, tolhendo de seu campo de ação tudo aquilo que o direito não lho permita). Em última análise, a supressão que pretende Kelsen não tem razão de ser, vez que infirmaria o que, em doutrina, se compreende por “função”²⁵, debilitando instrumentos de proteção dos interesses da sociedade²⁶.

2.4 O conceito de contrato administrativo

2.4.1. O contrato no direito privado

O fenômeno de se introduzir uma norma contratual no plano jurídico, assim analisado abstratamente, parece-nos se reproduzir de forma indistinta em todas as áreas do direito. Se cogitamos de distinguir a enunciação de contratos pela qualidade de seus contraentes, pela capacidade ou pela competência que disponham, não se desenhará grande dificuldade ao se estipular categorias para classificar o universo dos contratos em públicos ou privados – mas sob tal viés, já se está a qualificar as partes da avença, reduzindo-se a almejada abstração.

Observe-se que o objeto dessa classificação meramente esboçada é propriamente o contrato-veículo introdutor de normas. Ocorre que a doutrina, como regra, classifica os contratos-normas introduzidas. Por seguro, não podemos confundir tais classificações, ainda que se reportem a objetos intrinsecamente vinculados. É neste ponto que percebemos que a ambiguidade atribuída ao termo “contrato”, na verdade, lhe enriquece o sentido. Isso porque, o que realmente importa para os fins da ciência do Direito é precisar o regime jurídico a que se submete cada instituto.

Em última análise, portanto, para se classificar contratos – em Direito – importa analisar as normas introduzidas. Isso posto, seja na órbita do Direito privado seja na órbita do

²⁵Por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 27-80.

²⁶Em sentido similar, registra Ricardo Marcondes Martins: [...] pode-se afirmar que a *razão da distinção entre direito público e direito privado* é a necessidade de proteger os interesses da sociedade. Como essa necessidade de “proteção” sempre se faz presente quando a Administração atua, basta que ela esteja presente numa relação jurídica que incidirá nessa relação, inexoravelmente, o *direito público*. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (coords.). **Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 659.

Direito público, normas introduzidas ainda pertencem ao mesmo gênero (normas), daí a necessidade de indicarmos um elemento diferenciador, a justificar uma cisão de regimes jurídicos. Breve incursão ao instituto sob a ótica do Direito privado, pois, para se ensaiar tal distinção, não será despicienda. Aliás, a teor do que adverte António Menezes Cordeiro, bem se compreende: pela sua relativa novidade e pela sua natureza especializada, cabe ao Direito administrativo o ônus da diferenciação²⁷.

No campo próprio ao Direito privado colhemos em Francesco Messineo que contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre si uma relação jurídica patrimonial²⁸. Tal definição, encontra-se positivada no art. 1.321 do Código Civil Italiano, a partir da qual, como denota Vincenzo Roppo, são obtidos três dados úteis para se compreender o que é o contrato. O contrato é um ato negocial, um ato bilateral e um ato patrimonial²⁹.

No contexto brasileiro, em que o Código Civil sofreu forte influência germânica, em escala de genealogia, como considera Orlando Gomes, o “conceito de contrato sobe ao negócio, para o fato jurídico”³⁰⁻³¹. Esclarece o festejado civilista:

Nessa perspectiva, o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*.

Da conexão entre os dois conceitos, o de contrato e o de negócio jurídico, segue-se que o daquele contém todas as características do outro, por ser um *conceito derivado*. Eis por que as noções comuns a todos os negócios jurídicos, bilaterais ou unilaterais, se estudam na parte geral ou introdutória do Direito Civil naqueles sistemas, como o nosso, em que os conceitos fundamentais da matéria, a exemplo do Código Civil alemão, são sistematizados em artigos que precedem os livros especiais. Onde o *negócio jurídico* (ato jurí-

²⁷CORDEIRO, 2007, p. 13.

²⁸**1321. Noción** – El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial. Adiante, o Messineo trata ainda da autonomia que imanta a noção de contrato em direito privado: **1322. Autonomía contractual**. – Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, com tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico. MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. t. I. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 275.

²⁹La legge (art. 1.321) definisce il contratto como ‘l’accordo di dure più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.’ Se ne ricavano ter datti utili per capire cos’è il contratto. Il contratto è un *atto negoziale*, un *atto bilaterale*, un *atto patrimoniale*. ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 356.

³⁰GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.4.

³¹[...] Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou, ainda, se contém fatos jurídicos. *Fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I – pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

dico) não é instituto acolhido no Direito Positivo, a cisão não tem cabimento³².

No nosso Código Civil, o negócio jurídico não só ocupa posição angular da parte geral, mas preenche diversos aspectos atinentes ao contrato, encerrando, com isso, a expressão mais acabada da autonomia privada, compreendendo, em si, os vetores mais significativos do Direito privado³³. Assim dizendo, o ordenamento jurídico garante aos indivíduos um poder para regular sua própria esfera jurídica, condicionados, obviamente, à observância das regras e dos princípios constitucionais³⁴⁻³⁵.

Ainda na teoria dos contratos na órbita privada, diz-se que o contrato faz lei entre as partes, isto é, celebrada a avença com fidelidade a todos seus pressupostos e requisitos necessários à sua validade, há de ser executada pelos contraentes como se suas cláusulas constituíssem preceito legal. Se a liberdade contratual consagra o direito de os indivíduos celebrarem os contratos que desejem, e com quem desejem, essa esfera de liberdade se restringirá pela força obrigatória do contrato. Isto é, se nada obriga as partes contraentes a contratar, uma vez avençado o contrato as partes devem respeitá-lo. Observe-se, nesse sentido, que o emprego da expressão “força de lei” é muito significativa: as partes contraentes, ao expressarem suas vontades, recebem do próprio ordenamento jurídico a habilitação legal – um poder jurígeno – para legislar acerca da relação que resulta da avença.

Exposta a noção de contrato na órbita privada, devemos perquirir se há algum obstáculo a sua integral adesão por parte dos publicistas, vez que tal conclusão não prescinde de uma análise quanto à margem de decisão da Administração quando decide por celebrar um contrato. Tal indagação não encerra simples curiosidade quanto ao grau de parentesco do fenômeno normativo no Direito público e no Direito privado, vez que tem a imediata finalidade

³²GOMES, 2019, p.4.

³³CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2 – Parte Geral: Negócio jurídico. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 89.

³⁴[...] pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim., que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107-108.

³⁵Pontes de Miranda ressalta que não se deve exagerar a diferença entre atos administrativos e atos dos particulares: Os atos administrativos são atos que supõem outorga de poder. O *poder estatal*, que está com o povo, confere poderes de Constituição, donde surgiu o *poder constituinte*. Esse, por sua vez, divide os poderes que hão de ser exercidos, um dos quais o de legislar. Os atos administrativos têm de ser praticados na medida e como a Constituição, ou a lei, os permita, de modo que não há o princípio da autonomia da vontade, tal como existe no direito privado, onde se pode dizer que é permitido tudo que se não proíbe. Cf. GEORG MEYER – GERHARD ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 760). Não se pode exagerar a diferença porque os próprios particulares, a respeito de muitos atos jurídicos, somente podem praticá-los conforme a Constituição, ou a lei, os permite. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo I – ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 46.

prática de busca responder duas indagações: a uma, se é possível se admitir a aplicação de normas de Direito privado aos contratos em que figure como parte contraente a Administração; a duas, se se é de admitir um campo de discricionariedade para a Administração decidir o conteúdo veiculado no contrato administrativo. Essas questões, como se verá adiante, se entrelaçam e são certamente as menos incontroversas na teoria do contrato administrativo³⁶.

Quanto à primeira indagação, não se ignora, por exemplo, experiências do direito italiano, em que a doutrina vem destacando uma tendência em que o Estado contraente se declara sujeito ao direito comum, civil ou comercial, como quaisquer particulares. Relata, neste sentido, Vincenzo Roppo que o fenômeno contratual público pode ser analisado mediante uma cisão da fase formativa do contrato público, inteiramente regulada pelo Direito público consoante o “*nuovo codice dei contratti pubblici*”, da fase em que, exaurida a primeira, o contrato, seja como ato seja como a relação que dele deriva, encontra-se regulado por normas de Direito privado³⁷.

Perguntemo-nos, afinal, a figura do contrato pode existir no Direito público como se configura o contrato na órbita privada? O essencial, naquela órbita, é a “liberdade” de cada um dos contraentes em firmar a relação e a “intangibilidade” do vínculo, insuscetível de alteração no curso de seu prazo de vigência, seja em virtude de lei ou manifestação unilateral de uma das partes para se retratar³⁸.

³⁶[...] Esta expressão é aqui empregada com o sentido próprio de designar uma explicação doutrinária – visto ser *teoria* – de origem francesa, voltada ao fenômeno da celebração de contratos pelo Estado, no exercício da função administrativa. ALMEIDA, 2012, p. 11.

³⁷Uno dei principali problema, relativi all’ambito di applicazione della disciplina del contratto, riguarda i contratti di cui è parte lo Stato o um altro ente pubblico. Il fenomeno è regolato in parte dal diritto pubblico, e in parte dal diritto privato. Infatti bisogna distinguere due diversi aspetti o momenti: - la **fase che precede e prepara il contratto** – e riguarda il modo in cui l’ente pubblico arriva alla decisione di farlo, e di farlo con quella determinata controparte – è regolata dal *diritto pubblico*: essa dà luogo a un procedimento amministrativo, formato da una serie di atti amministrativi (ad es., la deliberazione del competente organo del Comune di acquistare nuove divise per i vigili urbani; la gara per individuare il fornitore più conveniente; ecc.): tutto questo è regolato dal *diritto amministrativo*, e la relativa disciplina è adesso raccolta nel nuovo *codice dei contratti pubblici* (d.lgs. 50/2016, che sostituisce il previgente d.lgs. 163/2006); - ma una volta che, esaurita la fase di cui sopra, il contratto è stato stipulato fra l’ente pubblico e il privato, questo **contratto** – sia come **atto**, sai come **rapporto** che ne deriva – è regolato dal *diritto privato*: i diritti e gli obblighi delle parti, gli effetti e i rimedi contrattuali applicabili fra loro sono in linea di principio quelli fissati dal codice (diritto privato come diritto comune: 2.2). Questo principio si è affermato con un po’ di fatica, e solo in tempi abbastanza recenti. Prima, *un’idea malintesa della supremazia dello Stato* portava a ritenere che alcune regole sui contratti non potessero applicarsi quando il contraente fosse un ente pubblico: ad es. le regole sulla responsabilità precontrattuale (29.16), sull’esecuzione specifica del contratto preliminare (34.8), sulla specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie nei contratti standard predisposti unilateralmente (60.5), così come quella sugli interessi moratori per il ritardato adempimento di debiti pecuniari (25.5). Ma progressivamente la giurisprudenza ha riconosciuto che tutte queste regole sono *applicabili anche allo Stato contraente, che agisce nella sua capacità di diritto privato* (12.8). ROPPO, 2016, p. 363-364.

³⁸Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. I – Introdução. 3ª ed., 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

Ainda que atuando por forma privadas, a Administração está constricta a perseguir o interesse público³⁹, o que implica a funcionalização de sua “atuação privada”. Também não nos parece praticável reduzir ou mesmo aproximar os poderes jurígenos que o ordenamento jurídico confere aos privados e à Administração mediante a construção de uma base dogmática comum.

Mesmo a tentativa de indicar semelhanças entre a liberdade contratual que marca a atuação dos indivíduos e a “liberdade contratual de direito administrativo” – que só estruturalmente se aproxima da primeira, vez que denota uma margem de competência discricionária quanto à contratação e à estipulação da avença – não sucede à construção da aludida base comum. Neste sentido, é José Manuel Sérvulo Correia⁴⁰ quem, ao versar a expressão “autonomia pública” na acepção de uma permissão de criação, no âmbito dos atos e dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e exercício do correspondente poder, assevera que essa é sempre o “fruto da abertura de uma norma específica”⁴¹.

Ocorre que, a abertura normativa é senão mero indicativo de discricionariedade, que, em considerável número de situações, incidindo o princípio da boa administração, vincula-se a competência da Administração. No contexto brasileiro, outrossim, a ideia de uma “autonomia pública” esbarra no extenso arcabouço normativo que historicamente regula as contratações públicas de forma maximalista⁴².

³⁹Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (coords.). **Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 641-687; Goste-se ou não, o *Direito Privado tem sido um elemento constante na vida do Direito Administrativo, desde a sua origem até os dias de hoje*. Mais do que isso. O Direito Privado não apenas contribuiu para a formação de diversos institutos do direito administrativo, mas também é constantemente utilizado em certas manifestações da atuação administrativa, em que se atenuam os elementos que caracterizam a exorbitância dessa atuação. Há desde a sua origem certos casos em que a utilização de vias privadas é instrumento da atuação administrativa, reconhecendo-se a elas a capacidade de atingir os objetivos públicos, postos à guarda da Administração. Dito de outra maneira: *em certas hipóteses a busca do interesse público a cargo da Administração vai se dar exatamente por meio de vias jurídico-privadas, em que não estão consagradas as notas da exorbitância que tradicionalmente são associadas ao exercício da função administrativa*. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 51.

⁴⁰CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. 1ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 469 e ss.

⁴¹CORREIA, 2003, p. 473.

⁴²O *maximalismo*, por outro lado, teme a discricionariedade e é, em boa medida, movido por este sentimento. Sua premissa, portanto, é outra: os agentes públicos – ou os Legislativos Estaduais e Municipais – não são confiáveis, sendo necessário olhá-los de perto; é preciso cercá-los e limitar sua mobilidade. Para tanto, o maximalismo aposta que as normas devem ser detalhistas, minuciosas e abrangentes, restringindo ao máximo a margem de liberdade daqueles que a elas se submetem. ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30-31.

Demais disso, é também a soberania do Estado que insinua uma incompatibilidade com a ideia de contrato tal como formulada no Direito privado, em que os contraentes, num plano de igualdade formal, acordam uma relação jurídica bilateral e vinculante como lei. Nesta senda, observa Gaspar Ariño Ortiz, ao examinar essa pretensa incompatibilidade, quando então a apelidou de “enigma do contrato administrativo”, que mesmo em países como a Itália, demais da Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, em que se reconhece em teoria a sujeição do Estado ao direito comum, não é bem assim que se desenha na prática⁴³⁻⁴⁴.

Segundo, se o grande fundamento conceitual do contrato no Direito privado é a autonomia privada, o grande alicerce conceitual do Direito público é a função. Escorreitamente, como alerta Ricardo Marcondes Martins, tudo muda em relação à função pública. Não há como qualificar a atuação do Estado como livre. No exercício de função pública, “o agente tem sempre o dever de buscar a ótima realização do interesse público”⁴⁵.

Neste contexto, de aberta controvérsia, a doutrina brasileira, a partir de Celso Antônio Bandeira de Mello identificou três posições⁴⁶⁻⁴⁷ orientadas a explicar o fenômeno das contratações públicas, rol que ora tratamos aditar para expressar uma mais, que, para os fins deste trabalho, será a adotada em razão de sua operacionalidade.

2.4.2. O contrato no direito público

A primeira corrente, estada na doutrina francesa, afirma que a Administração pode firmar contratos regidos pelo direito público (contratos administrativos propriamente ditos) e contratos regidos pelo direito privado (contratos da administração), a exemplo do que distingue Gaston Jèze:

⁴³[...] Pero ello no es nunca así; esto es sólo en teoría. En la práctica, los contratos del Estado em esos países están llenos de peculiaridades, de excepciones al Derecho común, bien por la vía del clausulado contractual (que incorpora multitud de singularidades), bien por la proyección sobre el contrato de un conjunto de privilegios subjetivos que acompañan siempre al Estado y que le sitúan en una cierta posición de inmunidad frente al contratista. ORTIZ, Gaspar Ariño. El Enigma del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública – RAP**, v. [S/v.], n. 172, Madrid, jan./abr., 2007, p. 80.

⁴⁴Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**: supremacia do interesse público “versus” igualdade. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁵MARTINS, Ricardo Marcondes. Conceito de Ato Administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 53.

⁴⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Contrato Administrativo. **Revista dos Tribunais – RT**, v. 562, n. [S/n.], a. 71, p. 37-38, São Paulo, 1982.

⁴⁷A referida classificação das posições adotadas pela doutrina é seguida por MARTINS, Ricardo Marcondes. Contrato Administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (Org.). **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015; Cf. CÂMARA, Jacintho de Arruda. Universo dos Contratos Públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho de Arruda (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 6: licitação e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 322.

VI. – Les contrats conclus par l’administration se divisent en deux grandes catégories (1) : 1° les contrats conclus en vue d’assurer le fonctionnement d’un service public, et *soumis à des règles spéciales* (régime juridique du droit public). Ex. : Marché de travaux public, contrat de concession de service public, etc.). Ce sont les *contrats administratifs proprement dits* ; 2° les contrats de *droit civil*, conclus par l’administration en vue d’assurer le fonctionnement d’un service public, mais réglés par le *droit privé*. Ex. : certains marchés de fournitures, de louage de choses, de louage de services, vente, bail, etc.⁴⁸⁻⁴⁹.

Segundo relata Vera Monteiro⁵⁰, essa posição conduziu grande parte da doutrina a teorizar a oposição entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, marcando-se os primeiros pelo sinal da autoridade – atribuindo-lhes um regime especial⁵¹ – que não apareceria na classe dos contratos privados da Administração.

A segunda corrente, inspirada em doutrina germânica⁵², nega a existência de contratos administrativos. Nesta senda, ou bem a atividade da Administração se sujeita ao Direito privado, viabilizando-se a celebração de contratos, ou não se sujeita, hipótese em que os pretensos contratos tratar-se-iam, com efeito, de atos unilaterais (ato-união) a que se somam contratos adjetos (condições) – que existem tão-somente sobre a equação econômico-financeira⁵³.

Alinham-se importantes partidários dessa posição, a exemplo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁵⁴. Partindo esse autor do pressuposto de que o contrato é “o acordo de von-

⁴⁸JÈZE, Gaston. **Les Contrats Administratifs**: de l’État, des départements, des communes et des établissements publics. 5ª ed. Paris : Marcel Giard Librairie-Éditeur, 1932, p. 7.

⁴⁹11.- Nous avons déjà dit que les contrats conclus par les personnes publiques soit avec des particuliers, soit aussi entre elles, se divisent en deux grandes catégories : celle des *contrats administratifs* proprement dits et celle des *contrats de droit commun* (ou de *droit privé*) de l’administration. LAUBADÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**. Tomo I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 29.

⁵⁰MONTEIRO, Vera. **Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40

⁵¹Assim, o direito especial, peculiar do regime do contrato administrativo, giraria em torno da supremacia de uma das partes (o Estado), que representaria a prevalência do interesse público sobre os particulares. Como consequência, estaria legitimada a possibilidade de instabilização da relação por meio do exercício de um *poder de autoridade*, o qual se manifesta pela *presunção de legitimidade de seus atos*, pelo amplo *controle e fiscalização* na execução do contrato, pela possibilidade de *alteração unilateral* da extensão e características do objeto do contrato, pela possibilidade de *rescisão unilateral* do contrato, pela possibilidade de *ocupação provisória* de bens e serviços, pela vedação à invocação da *exceção do contrato não cumprido* pelo contratado (a não ser em alguns casos expressamente autorizados) e, finalmente, pela possibilidade de *impor sanções* ao privado. O conjunto de tais poderes é conhecido como *cláusulas exorbitantes*. MONTEIRO, 2010, p. 40.

⁵²La razón por la cual el derecho civil se aplica al Estado radica simplemente en que resulta natural y conveniente presumir que todo lo que es *igual por naturaleza* debe ser también *regulado igualmente*. Vemos, pues, que no es necesario que la ley civil declare en forma expresa que se aplicará al Estado mismo. Y con esto va dicho que ella no afectará tan pronto como el Estado se halle en las condiciones para las cuales há establecido sus preceptos. Cf. MAYER, Otto von. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 184-185.

⁵³MELLO, 2010, p. 693.

⁵⁴MELLO, 2010, p. 670-693.

tades, produtivo de efeitos obrigacionais, por elas criados”⁵⁵, passa a negar o contrato de direito público:

O pretendido *contrato de direito público*, arquitetado por autores alemães acolhidos por italianos, com referência à função pública e à concessão da obra ou de serviço público, compõe-se de dois elementos: (a) criação da relação jurídica de emprego público ou de delegação de atividade pública, mediante livre acordo de vontades entre o ente político e o candidato à função pública ou concessão de obra ou de serviço público; (b) regulamentação do funcionamento da repartição pública e da execução de obra pública ou de serviço público, por meio de ato unilateral do Estado-poder, no exercício de prerrogativas que lhe são próprias, a fim de estabelecer as normas relativas ao seu regime jurídico, e ao baixar os atos jurídicos concretos complementares julgados mais adequados para a consecução do seu fim e naqueles termos.⁵⁶

Logo se vê que o célebre autor, não obstante admita a formação de um relação jurídica entre a Administração e o particular por acordo de vontades – quando, então, defende até a aplicação dos “mesmos princípios de direito privado sobre a execução de atos administrativos unilaterais”⁵⁷ – assevera que, com efeito, seu regime é disposto unilateralmente, “por textos legais e atos concretos complementares da Administração Pública”⁵⁸, mercê de que não se concebe tal fenômeno como de caráter contratual. Perfilhando sistemática estrangeira, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conclui que se trata daquilo que Duguit⁵⁹ denomina ato-união.

⁵⁵MELLO, 2010, p. 683.

⁵⁶MELLO, 2010, p. 684.

⁵⁷Tais acordos, na realidade, consistem em ajustes regidos pelos mesmos princípios do direito privado sobre a execução de atos administrativos unilaterais. Por eles se não formam novos direitos e deveres entre as partes, tão-somente se dispõe sobre o modo de satisfazê-los ou a maneira de torná-los eficazes, evitando a atuação executória da Administração Pública. Não se trata de acordos sobre os atos administrativos de cobrar impostos ou de desapropriar bens, mas sobre a forma de pagamento de liquidação de obrigações anteriormente constituídas. MELLO, 2010, p. 685.

⁵⁸MELLO, 2010, p. 684.

⁵⁹Tout contrat est une convention, mais il y a beaucoup de conventions qui ne sont pas des contrats. Ce sont ces conventions que certains auteurs allemands appellent des *Vereinbarungen* et que je propose d'appeler des unions. Deux ou plusieurs personnes entrent en relation et s'accordent sur un point déterminé ; mais à la suite de cet accord on ne voit point apparaître une situation juridique subjective, un rapport particulier individuel et momentané de créancier et de débiteur ; on aperçoit, au contraire, la naissance d'une règle permanente ou bien d'une situation juridique objective, d'un état (*status*). On ne peut pas dire qu'il y ait contrat. L'extérieur de l'acte est contractuel ; le fon ne l'est pas. Le contrat est par définition même un acte subjectif. Ici, nous avons soit un acte-règle, soit un acte-condition et parfois un acte qui a ce double caractère. D'autre part, on a vu que dans le contrat, parce que les contractants y jouent un rôle différent et se trouvent dans des situations opposées, il faut distinguer chez chacun d'eux l'acte de volonté ayant pour objet de faire le contrat et l'acte de volonté ayant pour objet le rôle que chacun entend y jouer. Dans la convention dont nous parlons, au contraire, précisément parce qu'elle est la condition de la naissance d'une règle ou d'une situation légale, la distinction ne doit pas être faite entre la volonté de faire la convention et la volonté d'y jouer un certain rôle. Les deux participants veulent la même chose. Leur vouloir peut avoir un but différent, mais il a toujours le même objet : même objet immédiat, déclarer accepter la convention ; même objet médiat, la naissance de la règle ou de la situation légale et objective, de l'état, que la convention conditionne. DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. t. I – La règle de droit, le problème de l'État. 2^a ed. Paris : Ancieene Librairie Fontemoing & Cie. 1921, p. 302-303.

Sob tal concepção, dessarte, inexistente contrato administrativo. Certos atos são, com efeito, complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes⁶⁰, assim se passando no caso das concessões de obra ou de serviço público. Os “outros pretensos contratos administrativos”, anota Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, não passam de contratos de direito privado, “com regime especial, porque a lei assim dispôs e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial”⁶¹. Em última análise, para o aludido autor, não existe contrato de direito público com regime jurídico diferente do contrato de direito privado quanto aos elementos que especificam sua natureza.

Outro eminente partidário dessa segunda corrente é Celso Antônio Bandeira de Mello⁶², para quem se distinguem, segundo a linguagem doutrinária: a) contratos de Direito privado da Administração; e b) “contratos administrativos”. Consoante suas lições, enquanto os primeiros se regem quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito privado, os segundos reger-se-iam pelo Direito administrativo, ambos parificados, contudo, quanto à sua fase formativa, isto é, quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinada por princípios hauridos no direito público⁶³.

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello que o rótulo “contrato administrativo”, com efeito, se versa de maneira imprópria. Isso porque, o que é pretensamente enunciado no “contrato” já é objeto de disposições legais. Noutros termos, não configura contrato, porquanto ausente a composição de interesses fixados pelos contraentes. Daí concluir que inexistente “contrato administrativo”. Os poderes reconhecidos à Administração nessas situações nada têm realmente de contratuais, e encerram, com efeito, poderes relativos a competências públicas atribuídas à Administração. E, sob tal viés, arremata que o contratual se cinge ao que pode ser pactuado⁶⁴, a saber a parte econômica. Todo o resto se encarta nas competências de ação unilateral, sujeitando o particular contraente a uma situação cambiável.

⁶⁰[...] *Contrato* é o ato jurídico a ela complementar, pertinente ao aspecto patrimonial da concessão, e insuscetível de modificação unilateral pela Administração Pública. MELLO, 2010, p. 692.

⁶¹ MELLO, 2010, p. 690.

⁶²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 572-578.

⁶³[...] En todo el proceso de formación del contrato (*contractus in fieri*) resulta plenamente aplicable el régimen de los actos (vinculación positiva de la Administración a la ley, del acto a la norma). ORTIZ, 2007, p. 88.

⁶⁴[...] o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público: inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. MELLO, 2021, p. 576.

A terceira corrente, por sua vez, afirma que todos os contratos firmados pela Administração são contratos administrativos, submetidos ao regime de direito administrativo e informados pelos princípios e regras que lhe são próprios⁶⁵. Reconhecem, assim, que os contratos administrativos podem se assemelhar em maior ou menor medida aos contratos firmados na órbita do Direito privado.

Parece-nos, contudo, que tal posição não nega a relevância em se identificar os traços distintivos entre os ditos (ainda que impropriamente) contratos privados da Administração dos contratos administrativos em sentido estrito, sobretudo, como anota Lúcia Valle Figueiredo, “no que toca à interpretação do contrato e, de conseguinte, às consequências decorrentes de assumir uma ou outra postura”⁶⁶. Com efeito, a importância da distinção entre tais conceitos radica no fato de que cada um remete a diferentes regimes jurídicos, e, por isso, sua transcendência será maior ou menor consoante seja a distância existente entre ambos regimes.

Pois bem, examinando-se a espécie, a maior ou menor influência das regras de Direito privado (leia-se: do Código Civil de 2002) não nos remete a regimes jurídicos irreduzivelmente diferentes, mas em boa medida próximos, vez que mantêm um conjunto de normas hauridas no Direito público em comum. Curial asseverar também que tais regimes não são unitários ou insegmentáveis, assim dizendo, não há um regime em bloco para os contratos administrativos e outro para os contratos privados da Administração, mas vários regimes distintos gradativos consoante uma linha divisória ideal⁶⁷⁻⁶⁸.

A nossa simpatia, logo se vê, está com a terceira corrente, isso porque, para nós, o Direito administrativo tem, como anunciavam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, natureza estatutária⁶⁹, enquanto voltado a dirigir a regulação das singulares espé-

⁶⁵[...] Inexistem contratos privados da Administração, porquanto a ausência, para ela, de liberdade negocial impede que seus atos bilaterais pertençam ao sistema do direito privado. SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 203.

⁶⁶FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

⁶⁷Tem razão Lúcia Valle Figueiredo, para quem: [...] deve-se remarcar que, apenas a lume de um caso concreto, de determinado contrato avençado, poder-se-á concluir, por via interpretativa, quais os princípios e normas que o regem – isto é, se predominam as de direito privado ou as de direito público. Entretanto, à míngua de disposições clara, *in dubio*, se haverá de concluir pelos princípios peculiares à função administrativa. FIGUEIREDO, 2002, p. 23.

⁶⁸Neste ponto, o que se quer destacar é que pensar o contrato administrativo a partir da dualidade que tradicionalmente pauta a teoria clássica tende a criar uma *falsa* uniformização de regime aplicável a ele, de modo a reduzir o fenômeno contratual da Administração ante a valorização de cláusulas exorbitantes. MONTEIRO, 2010, p. 47.

⁶⁹Na linha de tais concepções, a Administração goza no seu atuar de um direito que lhe é próprio – o Direito Administrativo – que tem caráter *estatutário* e *especial*, no qual estão consagradas prerrogativas que são alheias ao Direito Privado e que nem sequer podem por ele ser toleradas, sob pena de desnaturação deste. As soluções para os problemas que se apresentam para Administração devem ser alcançadas à luz das regras estatutárias que

cies de sujeitos que se agrupam sob a Administração Pública, subtraindo esses sujeitos singulares do Direito privado⁷⁰⁻⁷¹. Assim, se afirmamos que a Administração não se submete ao Direito privado, para então agir como um particular, não negamos a incidência em maior ou menor grau de regras de Direito privado.

2.4.3. O enigma do contrato administrativo

Declarar nossa simpatia dirigida à terceira corrente, todavia, não resolve o aludido enigma do contrato administrativo. Com efeito, naquilo que reputamos ser um contrato em tal órbita, seja qual das posições se escolha, resta latente um conflito entre a soberania do Estado (legislador) e as cláusulas convencionais, que, supostamente, devem ser respeitadas e cumpridas como se fossem a lei mesma.

Como poderia, afinal, a existência de um poder de alterar inclusive as leis se conciliar à ideia de que uma promessa obriga com a mesma força delas? Ou, como de forma seminal questiona Gaspar Ariño Ortiz, pode uma lei alterar os termos de uma contratação pública? Responde o jurista espanhol:

[...] la respuesta seía ésta: el Estado, en buen derecho, no puede alterar los términos pactuados en un contrato. Lo que sí podrá es expropiar, por Ley, los derechos emergentes del mismo, que tienen la misma garantía constitucional que la propiedad, porque son derechos de propiedad, de los que no pueden ser privados sus titulares sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. Los contratos del Estado serán, por consiguiente, modificables en su contenido por una Ley posterior que declare la utilidad pública de esa modificación, pero sus titulares deberán ser indemnizados⁷².

lhe são próprias. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. Belo Horizonte: Fórum 2021, p. 42.

⁷⁰ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I. 18ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 68.

⁷¹Também se identifica com essa corrente o venezuelano Allan R. Brewer-Carías: La Administración, por tanto, si bien preponderantemente regulada por el derecho administrativo, en la actualidad está sometida tanto al derecho público como al derecho privado, y su actividad, regida por ambas ramas del derecho, será siempre una actividad administrativa. No hay, en realidad, actividad privada de la Administración: así como no existen actos privados de la Administración. La actividad de la Administración y, en general, de todos los sujetos de derecho administrativo, está sometida a un régimen preponderante de derecho administrativo o preponderantemente de derecho privado, pero ello no autoriza a concluir que, em el primer supuesto, la actividad sea administrativa e, en segundo, sea privada. En materia de contratos de la Administración, entonces, habrá contratos com um régimen preponderantemente de derecho administrativo o preponderante de derecho civil, o si se quiere, habrá contratos en los cuales la modulación administrativa de los mismos alcanza una mayor o menor intensidad. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado**. 2. ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2021, p. 103. Igualmente, no Brasil, temos: NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitación Pública e Contrato Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 920.

⁷²ORTIZ, 2007, p. 85.

De forma semelhante, Juan Carlos Cassagne assevera, a partir do Direito argentino, que a intangibilidade não se refere bem ao contrato, mas à incolumidade do patrimônio do contraente privado, isto é, de seu direito fundamental à propriedade, quando este sofrer diminuição particular em razão de uma utilidade pública:

En definitiva, más que una situación em la que se protege la estabilidad contractual frente a los cambios legislativos o de un supuesto configurador del *factum principis*, de lo que se trata, no es de la intangibilidad de los contratos, sino de la de los derechos patrimoniales que surgen de ellos en la medida em que se encuentran amparados por garantías constitucionales⁷³.

Está aí a primeira chave para compreensão do enigma do contrato administrativo. Mantém-se a soberania do Estado (legislador), premissa indiscutível de um Estado democrático, sem se amesquinhar a reponsabilidade patrimonial por sua atuação. Esse entendimento também encontrará amparo na nossa Constituição Federal, pois a garantia constitucional da propriedade não se identifica com o conceito de propriedade civilístico⁷⁴.

Assim, não há como confundir garantia ao valor da propriedade (art. 5º, inc. XXIV da Constituição Federal) com garantia da propriedade (art. 5º, inc. XXII da Constituição Federal), visto que a primeira corresponde, no Direito Administrativo, ao esteio da justa e prévia indenização em dinheiro⁷⁵ de quem tem um bem seu expropriado pelo Estado, ao passo que, a segunda “abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais”⁷⁶, e se especifica, para a situação das contratações públicas, nos termos do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal.

A segunda chave para desvendar o enigma, assim registra Gaspar Ariño Ortiz, consiste em se comparar o contrato administrativo com o ato administrativo. Ambos os conceitos,

⁷³CASSAGNE, Juan Carlos. La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos. In: CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño (Orgs.). **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

⁷⁴O conceito de propriedade sofreu profunda alteração no século passado. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social. Como observado por Hesse, a base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado. Essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado. Já sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrente de relações de direito privado ou não. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 539-540.

⁷⁵Por todos, sobre o tema Cf. BEZNOS, Clovis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016; FERRAZ, Sergio. **A justa indenização na desapropriação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

⁷⁶MENDES; BRANCO, 2022, p. 543.

diz-nos, o jurista espanhol, constituem modalidades de exercício da função administrativa, são técnicas, às vezes, intercambiáveis⁷⁷. Assim, quando a Administração resolve contratar, só o faz para alcançar um fim público.

Reconhece o aludido autor que em ordenamentos jurídicos maduros a contratação pública é presidida por um direito objetivo de carácter vinculante, que a Administração não pode desconhecer. Concordamos com sua exposição quando alude que a “vontade” da Administração, frente à radical liberdade que preside a contratação civil, é uma “vontade” vinculada, de conteúdo típico⁷⁸. Realmente, a atuação da Administração não conhece liberdade, mas função – os gestores públicos têm, mesmo em situações de competência discricionária, que escolher a realização ótima do interesse público. Em uma só máxima, “no direito administrativo é admissível *forma discricionária*, jamais uma *forma livre*”⁷⁹.

Divergimos, contudo, quando Ariño Ortiz pretende que a norma enunciada pelos contraentes – que se converte na norma primeira a se aplicar à relação – só contemplará uma situação jurídica final, consolidada, na qual as partes poderão confiar se vazada de um contrato⁸⁰. Sem isso, diz-nos, haverá ato pendente de aceitação, ato-condição ou como se queira chamar⁸¹.

O fundamento do argumento precedente está no fato de que Ariño Ortiz alude que somente nas relações bilaterais contratuais as obrigações assumidas de parte a parte serão reciprocamente exigíveis. Parece-nos que essa explicação é falha, ao menos para o Direito brasileiro. Se resta fora de dúvida que os atos bilaterais são veículos aptos a introduzir no mundo

⁷⁷ORTIZ, 2007, p. 86.

⁷⁸ORTIZ, 2007, p. 88.

⁷⁹[...] A situação jurídica de *liberdade* é incompatível com a *função pública*. De fato: na situação de *liberdade* a escolha entre uma alternativa e outra é observada as restrições impostas ao ordenamento, livre, vale dizer, pode basear-se exclusivamente na *vontade* de quem escolhe. [...] No direito público, quando se abre ao agente competente uma possibilidade de escolha, ele sempre deve buscar a alternativa que, no seu íntimo, realize da melhor forma, o interesse público. O dever de realização ótima do interesse público lhe é sempre imposto, mesmo nas situações de escolha entre duas alternativas possíveis. A escolha nunca se baseará exclusivamente em sua vontade, pois o ato de escolha impõe um *agir impessoal*. Consequentemente, *liberdade* é incompatível com a função pública: no direito administrativo é admissível uma *forma discricionária*, jamais uma *forma livre*. MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de *et al.* (Orgs.). **Direito Administrativo e Liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 644-645.

⁸⁰De outra parte, e sob outra linha de argumentação, também se contrapõe José Manuel Sérvulo Correia a essa conclusão de Ariño Ortiz: [...] Nada impede, com efeito, que uma situação jurídico-administrativa definida por acto-administrativo compreenda direitos e deveres recíprocos entre Administração e Administrado. Também a efectiva possibilidade do particular de influir sobre a determinação do conteúdo da relação jurídica enunciada representa um dado de facto muito variável de acto para acto e de contrato para contrato, sem que à intensidade de tal participação corresponda necessariamente uma diferença entre a natureza jurídica da manifestação de vontade que define os efeitos de direito. A emissão de um acto administrativo pode ter sido factualmente precedida de uma negociação cerrada, sem que no plano jurídico a decisão deixe por isso de ser unilateral. E a situação inversa pode ocorrer relativamente a um contrato administrativo de adesão que apenas deixe ao administrado a escolha entre celebrar ou não celebrar o negócio. CORREIA, p. 349.

⁸¹ORTIZ, 2007, p. 88.

jurídico obrigações mutuamente exigíveis – a exemplo, de uma prestação de serviço à Administração que corresponde a um preço – o mesmo não se pode dizer de uma “relação” que se conceba entre a prerrogativa da Administração de instabilizar o vínculo com a garantia do contraente privado ao “equilíbrio econômico-financeiro”. Expliquemos.

Se pela mirada da Administração dispõe ela da prerrogativa de instabilizar o vínculo contraído com o particular, com esteio em norma geral de licitações e contratos⁸², compreende-se, neste agir, não um direito, mas uma competência – a que, obviamente, não corresponde nenhuma obrigação contratual do particular, mas uma sujeição. De outro ângulo, o do particular, descende do plano constitucional uma garantia à sua propriedade (arts. 5º, inc. XXII, e 37, inc. XXI da Constituição Federal), que não constitui obrigação recíproca daquela competência.

De forma figurada, poderíamos aduzir que a enunciação de contratações públicas, com efeito, enseja normas enunciadas e “re-enunciadas”, isto é, normas efetivamente pactuadas e normas impostas pelo ordenamento jurídico. Somente assim, estaremos a perquirir integralmente o instituto do contrato administrativo, abordando-o de forma unitária⁸³.

2.4.4. O contrato administrativo como ato administrativo bilateral

Dessarte, seja para dar tratamento unitário ao instituto, seja para não incidirmos no vício metodológico de supor que o Estado possa assumir a situação jurídica de particular⁸⁴, parece-nos justificável se estudar o tema dos contratos administrativos à luz da teoria dos atos administrativos⁸⁵. Importará, por conseguinte, expressarmos o conceito de ato administrativo

⁸²Cf. FERRAZ JÚNIOR, T. S. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 90, p. 245-251, 1995.

⁸³Parece de certo artificialismo a ideia de que num mesmo objeto (o contrato administrativo) estariam reunidas relações jurídicas de natureza diversa: o contrato em si e uma relação de cunho regulamentar. O contrato mesmo que venha a ter tais segmentos, não deixa de ser uma unidade e, como tal, produzir efeitos vinculantes às partes. A condição de contratante sujeita fortemente o Poder Público ao pactuado. As prerrogativas a ele reconhecidas não desfazem tal vínculo e, por consequência, não eliminam o caráter contratual da avença. NOHARA *et al*, 2019, p. 328.

⁸⁴MARTINS, Ricardo Marcondes. Contrato Administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes (Org.). **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 371.

⁸⁵Na ausência de um conceito legal de ato administrativo, reiteradamente tem-se dito e propalado que encontrar um conceito de ato administrativo que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois as divergências ocorrentes entre os mais destacados autores não são meros desacordos verbais, mas revelam, principalmente, as diferentes premissas adotadas e os traços colecionados por quem formula o conceito. Alguns entendem que atos administrativos se resumem apenas aos atos unilaterais; outros acrescentam a essa noção os contratos administrativos; outros, ainda, incluem os atos normativos da Administração na categoria de ato administrativo; finalmente, há os que incluem nesse conceito também os atos destituídos de eficácia jurídica externa, tais como informações e pareceres. Assim, como resume Almiro do Couto e Silva, “conforme o gosto ou a predileção de cada um, o conceito de ato administrativo se dilata ou se encolhe.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ato Administrativo I: Perfeição, Validade e Eficácia. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos

que reputamos cientificamente útil para tal empreitada, demais de indicar a rubrica em que se encarta a espécie que pretendemos, finalmente, conceituar. Ato administrativo, acompanhando Ricardo Marcondes Martins, consiste:

[...] na *declaração*, própria do exercício da função administrativa, por meio da qual um agente administrativo ou quem lhe faça introduz uma norma administrativa no mundo jurídico, *ato administrativo* é o nome dado a todo *veículo introdutor de norma administrativa*; *veículo introdutor* é, por sua vez, uma *norma jurídica*, concreta e geral, extraída da enunciação-enunciada das normas administrativas, que preceitua o dever de reconhecimento da norma introduzida no mundo jurídico. Por metonímia, a expressão “ato administrativo” refere-se ao *veículo introdutor* como a *norma introduzida*⁸⁶.

Os atos administrativos podem ser classificados consoante múltiplas finalidades. Para nosso escopo, importam duas. Primeiro, tendo em vista a necessidade ou não da manifestação de diferentes pessoas, os atos administrativos podem ser classificados em *unilaterais*, aqueles que são enunciados por um órgão, a exemplo da emissão de uma certidão; ou *bilaterais*, os que resultam da manifestação de duas ou mais pessoas: duas pessoas administrativas ou de uma pessoa administrativa e um particular⁸⁷.

Essa classificação, logo se vê, não tem em vista o número de autores requeridos para a produção do ato, mas sim a quantidade de partes envolvidas. Elucida André Luiz Freire que “uma parte se compõe pela manifestação de um ou mais sujeitos de direito, desde que os interesses sejam paralelos, formando um só grupo”⁸⁸. O aludido autor, então, observa que o ato administrativo bilateral não se confunde com o ato administrativo complexo⁸⁹, vez que só o

Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). **Tratado de direito administrativo**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

⁸⁶MARTINS, 2022, p. 85.

⁸⁷MARTINS, Ricardo Marcondes. Classificação dos Atos Administrativos. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 129. No mesmo sentido, MELLO, 2021, p. 349.

⁸⁸FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

⁸⁹[...] O ato complexo consiste em – é formado por – ação reunida de várias pessoas, visando a um fim único. “(...) Para dizê-lo com rigor técnico: há manifestações provindas de órgãos distintos que se fundem em uma só expressão, em um só ato, porquanto as ‘vontades’ *não cumpre funções distintas*, tipificadas por objetivos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, de per si, identidade funcional autônoma na composição do ato.” No Direito Administrativo o ato complexo é manifestação oriunda de ente(s) público(s), em cumprimento do princípio da legalidade. Porém, sua validade e sua eficácia estão subordinadas à regular emanção plurissubjetiva: mais de um agente e/ou órgão administrativo deve participar do mesmo ato. [...] Emanados de inúmeros agentes públicos, exige-se *decisão unânime*. Não há ato complexo com dissidência ou praticado em maioria. Afinal, caso qualquer uma das manifestações parciais que constituem elementos autônomos do ato complexo deixe de existir, ele não terá completado o seu ciclo existencial (será imperfeito, incompleto). Por fim, todas as manifestações dos vários agentes possuem somente uma mesma finalidade, mediata e imediata: a prática do ato administrativo oriundo da fusão parcial de tais competências. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo adminis-**

primeiro exige duas partes, isto é, dois centros de interesses diversos. Além disso, inspirando-se em Michel Stassinopoulos⁹⁰, constata que, no caso do ato administrativo bilateral, a titularidade para sua formação é conjunta.

Todavia, é o mesmo autor quem relata que abordar o contrato administrativo como ato bilateral é “pouco usual na doutrina”⁹¹. Não nos parece ser tão inusual assim, seja porque se colhe construção dogmática desse gênero no já citado tratado de Michel Stassinopoulos, seja porque, mesmo no Brasil, de longa data identificamos doutrina acolhendo a possibilidade da colaboração do particular na estrutura do ato administrativo, como alude Lafayette Pondé:

[...] a vontade privada pode operar no campo do direito público, a cujo regime especial se submete. Assim sucede, por exemplo, quando ela, em virtude do tratamento que lhe dá esse regime de direito público, interfere na formação, na eficácia ou na execução do ato administrativo. Essa interferência atinge maior intensidade, quando ocorre com a vontade administrativa, para formar com esta um *ato bilateral*, de direito público [...] No contrato administrativo, a vontade privada opera no campo do direito público e associa-se à vontade do Estado, para a emissão de um *ato administrativo* bilateral.⁹²

Nessa perspectiva, uma das partes não pode, sozinha, produzir o ato bilateral, de forma que não se concebe ato bilateral editado por apenas uma delas. Sem as duas partes, destarte, não será possível aduzir que há normas contratuais⁹³.

trativo: princípios constitucionais e a lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB). 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 46-47.

⁹⁰I. *L'influence de la volonté de l'administré sur l'acte administratif*. – En principe, les personnes morales qui exercent la puissance publique procèdent par des actes strictement unilatéraux. Le fait de l'exercice de la puissance publique crée entre l'administration et les administrés une inégalité qui exclut des acte administratif tout caractère contractuel. Parfois cepedant, la volonté de l'administré ne manque pas d'avoir une certaine importance quant à la formation et à la valeur de l'acte administratif. En suivant le degré d'influence de cette volonté, on pourrait ranger les actes administratifs comme suit : a) actes administratifs pour la formation ou l'exécution desquels la volonté de l'administré n'a aucune importante. Tel est le cas d'un acte règlementaire, qui est émis et mis en vigueur sans que la notification à um tiers soit nécessaire. Il en est de même pour les actes dits généraux, comme la modification du plan d'aligement ; b) certains actes individuels accomplis sans aucune collaboration des administrés, mais qui ne peuvent être mis en vigueur sans notification préalable à l'intéressé ; c) d'autres actes individuels et unilatéraux à l'accomplissement desquels l'administré contribue par une déclaration de volonté, c'est-à-dire par un consentement prévu par la loi ; d) enfin, des actes bilatéraux tant au point de vue de la forma que du fond, c'est-à-dire des contrats administratifs. STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 57-58.

⁹¹FREIRE, 2008, p. 36.

⁹²PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 63, 1961. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21466>. Acesso em: 19 nov. 2022, p. 17-19.

⁹³Neste sentido, ainda que partindo de outros pressupostos, José Manuel Sérvulo Correia aduz que a colaboração do particular para a formação de contratos administrativos é estrutural e constitui “requisito de existência”: Em suma, o critério de distinção entre contrato administrativo e acto administrativo depende da colaboração do administrado tem de buscar-se na *estrutura do acto* [...] Se, no plano estrutural, a manifestação de vontade do particular surge como requisito de existência, está-se perante um contrato. Pelo contrário, o acto será unilateral quando aquela manifestação apenas constituir um requisito de legalidade (actos dependentes de requerimento) ou

Observe-se que as considerações acima versam, regra geral, sobre contratos firmados entre a Administração e particulares. Inobstante, nada impede que tal espécie de ajuste se passe entre duas pessoas de Direito público. Aliás, como assinalávamos linhas atrás, se concebemos o Direito Administrativo como direito estatutário, o contrato administrativo também há de se definir por um critério estatutário – nele ao menos um dos contraentes participa como Administração. Todo contrato administrativo é ato administrativo bilateral, compreendido como ato cujo conteúdo é fruto da manifestação de dois entes, sendo ao menos um deles um ente administrativo⁹⁴. Sabemos, contudo, que o objeto de nosso trabalho é menos abrangente que o amplo espectro das contratações públicas, daí a relevância de uma segunda classificação.

Segundo, considerando-se o papel da vontade dos particulares, os atos administrativos dividem-se em quatro grupos: *atos administrativos unilaterais de execução involuntária*, para os quais a vontade do particular é absolutamente irrelevante tanto para edição quanto para a execução do ato; *atos unilaterais de execução voluntária*, que impõem um dever ao administrado e que dão primazia ao cumprimento voluntário; *atos administrativos condicionados à manifestação do administrado*, em que a vontade do particular pode ser condição de eficácia ou ser condição de validade; por fim, há os *atos administrativos bilaterais dependentes da vontade do particular*, aqueles cujo conteúdo depende da manifestação da vontade do particular⁹⁵.

Sobrepondo os dois critérios classificatórios, perceberemos que há atos administrativos bilaterais indiferentes à vontade do particular, a saber: contratos entre duas entidades da administração direta; contratos entre ente da administração direta com ente da administração indireta; consórcios públicos; convênios. Em nenhum desses atos bilaterais a vontade privada se afigura para conformar o conteúdo das normas introduzidas.

Quando existir, contudo, a vontade privada, que vem a participar na elaboração do conteúdo da norma administrativa editada, pode manifestar interesse contraposto ou paralelo ao da Administração⁹⁶. Quanto ao último, o exemplo é de Ricardo Marcondes Martins, encon-

de eficácia (actos sujeitos a consentimento) da definição da situação jurídico-administrativa. É neste plano que a igualdade ou a desigualdade das vontades das partes se revela. No contrato, as vontades são iguais como requisito de existência. No acto administrativo, são desiguais porque o poder constitutivo apenas assiste à vontade da Administração, enquanto que à do administrado cabe uma mera virtualidade integrativa da vontade constitutiva da Administração. CORREIA, p. 350.

⁹⁴MARTINS, 2015, p. 378.

⁹⁵Com divergência restrita à última classificação, pelo critério do papel da vontade dos particulares, aderimos à classificação de Ricardo Marcondes Martins. MARTINS, 2022, p. 129.

⁹⁶A edição é, pois, *conjunta*. Perceba-se: o ato administrativo final de um processo administrativo pode ser um *ato unilateral* ou um *ato bilateral*. MARTINS, 2022, p. 132.

tramos os convênios entre um ente da Administração e um particular e as parcerias voluntárias regidas pela Lei Federal nº 13.019/2014⁹⁷.

A espécie dos contratos administrativos que estamos a tratar se encartam sob a primeira rubrica, são atos administrativos bilaterais dependentes da vontade particular em que há uma contraposição de interesses dos contraentes, como discrimina Ricardo Marcondes Martins:

Nos contratos de interesses contrapostos as partes têm pretensões distintas, o contrato possui, propriamente, dois objetos: um relativo à prestação de uma parte, outro relativo à prestação da outra. Quase sempre nos contratos administrativos contrapostos celebrados entre a Administração e um particular este pretende obter um pagamento pecuniário. Em geral, quando a doutrina trata dos *contratos administrativos* refere-se justamente a esses ajustes – contratos de interesses contrapostos celebrados entre Administração e particular em que este pretende obter um pagamento. [...] Como há signos próprios para as espécies de contratos administrativos de interesses comuns – convênios e consórcios –, é útil distinguir os *contratos administrativos em sentido amplo* – classe abrangente de ambos os tipos – dos *contratos administrativos em sentido estrito* – classe restrita aos contratos administrativos de interesses contrapostos.⁹⁸

Tal forma de abordar o fenômeno dos contratos administrativos, ao nosso sentir, implica uma quarta corrente, a que o concebe como um ato administrativo bilateral. A consequência dogmática imediata de tal abordagem é, como já se anotou em doutrina⁹⁹, que o regime jurídico de manutenção e retirada dos desses contratos é basicamente o mesmo dos atos administrativos em geral.

Neste lanço, para os fins deste trabalho¹⁰⁰, e considerados os quatro sentidos que podem ser atribuídos ao termo, contrato administrativo é um veículo introdutor de normas¹⁰¹⁻¹⁰²

⁹⁷MARTINS, 2022, p. 132.

⁹⁸MARTINS, 2015, p. 380.

⁹⁹Afirmar que o contrato administrativo é um ato administrativo bilateral traz ainda outra consequência (aliás, bastante relevante neste trabalho), qual seja: *o regime jurídico de manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos é basicamente o mesmo dos atos administrativos unilaterais inválidos*. Desse modo, a convalidação dos contratos inválidos, por exemplo, segue praticamente as mesmas normas referentes à convalidação dos atos administrativos unilaterais. FREIRE, 2008, p. 53.

¹⁰⁰Em sentido similar, André Luiz Freire: *contrato administrativo é ato bilateral introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes (sendo uma delas entidade da Administração Pública) e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional*. FREIRE, 2008, p. 54.

¹⁰¹Também se estendem aos atos bilaterais, que são aqueles que dependem da vontade do administrado para formação do conteúdo do ato, como, por exemplo, os chamados contratos administrativos, tema retomado adiante. A vontade do administrado, ainda que necessária para o *conteúdo* do ato, não faz com [que] ele perca a natureza de veículo introdutor de norma estatal. MARTINS, 2022, p. 202.

¹⁰²[...] o ato administrativo, enquanto ato jurídico, não é a norma jurídica, mas sim o instrumento introdutor de normas jurídicas. Logo, de um ato administrativo é possível obter uma só norma ou várias normas jurídicas. Estas normas podem ser gerais ou concretas (sob o ponto de vista do destinatário) e abstratas ou concretas (quan-

resultante de uma enunciação bilateral de um ente da Administração e de um particular, que, na própria enunciação, equacionam interesses contrapostos um ao outro.

As considerações expendidas até aqui serviram para delinear, de modo sumário e aproximativo, o instituto do contrato administrativo em sentido estrito. Destaca-se por fim que os interesses a que nos referimos no conceito por nós assinalado, não obstante contrapostos, presumem-se harmonizáveis entre si no curso da enunciação (fase formativa do contrato), e restam harmonizados à conclusão da enunciação. É que se prestando o contrato a distribuir riscos, presta-se mediatamente a reduzir tensões¹⁰³.

Será preciso agora ir além e esboçar os contornos e os efeitos do ato que dispõe do condão de o anular, cambiando, em razão disso, a qualificação que o direito lhe dá, para, só então, nos emitirmos no campo propriamente da responsabilização patrimonial extracontratual da Administração.

to à conduta disciplinada). Uma instrução normativa editada por dado Ministério é um bom exemplo de ato administrativo que veicula mais de uma normas e, como regra, normas gerais e abstratas. Dos contratos, por sua vez, também se obtêm várias normas, as quais são individuais e concretas. FREIRE, 2008, p. 43.

¹⁰³54. *Noción objetiva del contrato*. Esta noción centrada sobre los intereses opuestos de los contratantes ha sido revaluada por la importancia reconocida a la transacción económica al interior del contrato. En esta concepción la causa del contratante no es solamente el comportamiento de la otra parte sino también su propio comportamiento, porque los dos son necesarios para la realización de la operación o transacción que será útil para las dos partes. El choque de intereses egoístas a través del contrato, que describían los economistas del siglo XIX, se reemplaza por la idea de unión de intereses equilibrados. Yendo aún más lejos, los análisis económicos contemporáneos del contrato se concentran en particular sobre los costos de transacción, es decir, en el análisis y ponderación de los distintos factores que al entorpecer el intercambio económico acrecientan el costo real de la operación. Se busca entonces reducir al mínimo las tensiones, con lo que se relativiza la oposición de intereses de los contratantes, para proteger mejor el intercambio implícito en el contrato. La importancia de la transacción económica modifica los efectos del contrato. El contrato deja de ser analizado desde el punto de vista del deudor y sus obligaciones para centrarse en la confianza del acreedor, esto es, las condiciones que pueden brindar al contrato su rol de instrumento de previsión, organización o regulación de las relaciones comerciales o civiles que tienden a ser cada vez más largas y estables. Así, es fundamental ofrecer condiciones de seguridad del contrato. Con esta visión, el centro de interés se desplaza de los contratantes a la operación económica y social puesta en marcha a través del contrato; de la voluntad de las partes al objeto del contrato, en el sentido de operación jurídica. De una noción subjetiva del contrato se pasa a una objetiva. BENAVIDES, José Luis. **El contrato estatal**: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 73.

3 ALGUNS ASPECTOS ATO DE INVALIDAÇÃO DO CONTRATO

3.1. Mundo fático e mundo jurídico

Sedimentado o conceito que atribuímos ao contrato administrativo – recorde-se, em sentido estrito – fica evidente que o tratamos como norma introdutora¹ de “normas individuais e concretas, mas normas”². É sob essa perspectiva normativa, portanto, que haveremos de estudá-lo.

Antes de tudo, porém, não sobeja evocar aqui as lições de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, para quem os conceitos de que usam os juristas são conceitos de dois mundos diferentes. Por falta de atenção a esses distintos mundos, pontifica ele, “muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito”³. Destarte, elucida a referida distinção:

[...] o *mundo fático*, em que se dão os fatos físicos e os fatos do mundo jurídico, quando tratados somente como fatos do mundo fático, e o *mundo jurídico* em que só se leva em conta o que nêle entrou, colorido pela regra jurídica que incidiu. O mundo jurídico está, pois, todo, no pensamento do jurista e do povo. Por isso mesmo, é a soma dos fatos jurídicos⁴.

Essa discriminação importa porque nem todos os fatos do mundo fático entram no mundo jurídico⁵. Se algum fato no último ingressa, é porque o direito se interessou por ele.

¹ Assim, divergimos de André Luiz Freire, para quem o veículo introdutor não constitui norma: [...] o ato administrativo, enquanto ato jurídico, não é a norma jurídica, mas sim o instrumento introdutor de normas jurídicas. Logo, de um ato administrativo é possível obter uma só norma ou várias normas jurídicas. Estas normas podem ser gerais ou concretas (sob o ponto de vista do destinatário) e abstratas ou concretas (quanto à conduta disciplinada). Uma instrução normativa editada por dado Ministério é um bom exemplo de ato administrativo que veicula mais de uma norma e, como regra, normas gerais e abstratas. Dos contratos, por sua vez, também se obtêm várias normas, as quais são individuais e concretas. FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

²CÂMARA, Jacintho de Arruda. Universo dos Contratos Públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho de Arruda (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 6: licitação e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 393.

³MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I – pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59.

⁴MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo I – ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

⁵Há fatos que não interessam ao mundo jurídico, isto é, são estranhos ao direito. A nuvem que está a passar, a estrela cadente, o eclipse do sol ou da lua, o que ocorre no fundo dos mares, ou na estratosfera, mesmo fatos que são de grande importância para o nosso corpo e para a vida dos animais, a cachoeira que está a murmurar há milênios, tudo isso é fático e não *jurídico*. MIRANDA, 2016, p. 33.

Registra Pontes de Miranda que o Direito se vale de uma técnica para “chamar a si o fato que antes não lhe importava”⁶.

Essa técnica que tem o Direito é a regra jurídica, uma proposição, que representa a valoração dos fatos da vida feita pela comunidade jurídica⁷. A regra jurídica será sempre uma proposição em que se elencam elementos fáticos, a que se deu o nome de suporte fático⁸.

Enquanto não se compõe o suporte fático, a regra jurídica não incide. É preciso que haja suficiência do suporte fático para se dar a incidência, visto que só com a incidência da regra jurídica que estará determinada a entrada do suporte fático no mundo jurídico. Por aí já se vê, como anota Marcos Bernardes de Mello, que quando versamos sobre suporte fático, há duas conotações:

- (a) uma que designa a parte do enunciado lógico da norma em que se descreve a situação de fato relevante condicionante de sua incidência
- (b) outra, que nomeia o próprio fato quando materializado no mundo.⁹

Logo, há o suporte fático hipotético ou abstrato, enquanto considerado como enunciado lógico¹⁰ da norma jurídica, “como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se vier a ocorrer, dar-se-á sua incidência”¹¹, como também o suporte fático concreto, que, materializado no plano dos fatos, se torna realidade no mundo fático. No mundo jurídico, consoante a teoria proposta por Pontes de Miranda – amplamente difundida em todos os ramos do direito brasileiro – há três planos:

[...] o *plano da existência*, em que há fatos jurídicos, e não mais suportes fáticos; o *plano da validade*, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o *plano da eficácia*, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição do autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções¹².

⁶MIRANDA, 2016, p. 33.

⁷MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 87.

⁸Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência a algo = (fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. *Suporte fático*, assim, constitui um conceito do mundo dos fatos, não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico. Portanto, somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos. MELLO, 2019, p. 85.

⁹MELLO, 2019, p. 86.

¹⁰Não se pode confundir o plano das *relações lógicas* com o das *relações objetivas*. A relação entre o antecedente e o consequente numa proposição implicacional (hipotética) não se confunde com a *relação fática* de causa/efeito, ou meio/fim. O antecedente é mera posição funcional de uma proposição, relativamente à outra proposição. VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 29.

¹¹MELLO, 2019, p. 86.

¹²MIRANDA, 2016, p. 34.

Perceba-se que a teoria de Pontes de Miranda se refere senão aos fatos jurídicos, isto é, à existência, validade e eficácia de seus suportes fáticos chamados ao mundo jurídico pela incidência de normas. Todavia, como adverte a doutrina¹³, o próprio Pontes de Miranda já reconhecia a aplicação da teoria dos três planos também às normas jurídicas, assim, *in verbis*:

Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. KELSEN, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é¹⁴.

O inconveniente de se reportar a teoria ponteana aos fatos jurídicos, então, é contornada para o caso da edição de normas infraconstitucionais, como sói comum no caso dos contratos administrativos¹⁵. Estudá-los sob esse viés, isto é, como uma norma, implica considerações sobre os planos da existência, da validade e da eficácia. Tais conceitos, como registra Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “têm relevo teórico e prático para a compreensão e solução de problemas concretos, pois se referem ao tema da aptidão do ato administrativo para atingir a finalidade para a qual foi editado.”¹⁶ Assim dizendo, o contrato administrativo, sob essa óptica, pode ser, valer e surtir efeitos no mundo jurídico¹⁷ - consoante passamos a analisar¹⁸.

3.1.1. Existência

Será existente o contrato administrativo quando se perfizer a enunciação bilateral, isto é, quando a Administração ajustar consensualmente com o particular contraente a edição de

¹³MARTINS, Ricardo Marcondes. Elementos e pressupostos do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 231. Também neste sentido, Cf. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁴MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo IV – validade, nulidade, anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

¹⁵Cf. MARTINS, 2022, p. 231-232.

¹⁶GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ato Administrativo I: Perfeição, Validade e Eficácia. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). **Tratado de direito administrativo**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445.

¹⁷[...] A norma será inexistente se os elementos nucleares do suporte fático da norma de produção jurídica não estiverem presentes; será inválida na falta dos elementos complementares e será ineficaz se ausentes os elementos integrativos. MARTINS, 2022, p. 232.

¹⁸A diferenciação dos planos jurídicos da existência, validade e eficácia implicou a constatação de que o ato inválido, se eficaz, pode gerar efeitos jurídicos. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do Ato Administrativo à luz das alterações da LINDB. In. VALIATI, Thiago Pires *et al* (Orgs.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 26.

uma norma jurídica. Nesse sentido, seguimos a posição de Carlos Ari Sundfeld quanto a teoria da existência dos contratos administrativos, como se lê:

Reputa-se existente um contrato administrativo quando a Administração Pública (ou alguém que lhe faça as vezes) por qualquer forma ajusta consensualmente com outrem o nascimento de uma relação jurídica, onde se harmonizam interesses contrapostos das partes, normalmente (embora nem sempre) através da instituição de obrigações recíprocas. O pacto pode ser inválido (porque celebrado verbalmente ou sem licitação, p. ex.) mas, se existe, é um contrato¹⁹.

É dizer, sem enunciação bilateral não haverá contrato. Há muito repisa a doutrina que a decisão administrativa de efetivamente concluir o ajuste só surge com a homologação do certame²⁰. Adjudicado o objeto, após o aludido ato de controle²¹, quando então se convoca o particular a firmar a avença, nos termos do artigo 90 da Lei Federal nº 14.133/2021, é que se forma o contrato administrativo²²⁻²³. Assim será a regra para as contratações precedidas de licitação, que exigem formalização própria²⁴.

Como aludíamos acima, em se encartando os contratos administrativos na categoria dos atos administrativos bilaterais, é de se analisar os primeiros a partir dos elementos e pressupostos da categoria dos últimos. Dessarte, aproveitando-nos do modelo proposto por Celso

¹⁹SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 215.

²⁰SUNDFELD, 1995, p. 215.

²¹*Homologação* é o ato de controle pelo qual a autoridade competente, a quem incumbir a deliberação final sobre o julgamento, confirma a classificação das propostas e adjudica o objeto da licitação ao proponente vencedor. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 173.

²²Entendemos assim porque o §5º do art. 90 da Lei Federal nº 14.133/2021 menciona expressamente que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida.

²³Também neste sentido: A palavra “formalização” é, estranhamente, o título escolhido para todo o Capítulo (art. 89 a 95). A escolha legislativa causa certa espécie, uma vez que o Capítulo trata de fenômenos pouco relacionados ao tema da formalização, como o regime dos contratos administrativos, a repartição de propriedade intelectual e os contratos administrativos internacionais. Seja como for, a expressão “formalização” tem dois sentidos mais preciso na terminologia do direito contratual. Por um lado, pode ser usada como sinônimo impróprio de *conclusão contratual*, a designar o momento no qual, logo após o “fecho do ciclo consensual” (proposta-aceitação), “perfaz-se o liame jurídico que une os contraentes, cessando a possibilidade de retratação”. Por outro lado, pode ser utilizada, por extensão como sinônimo de *forma contratual*, identificando “os meios através dos quais os agentes expressam sua vontade”. Para fins de contratos administrativos, a “conclusão” equivale às circunstâncias de convocação do contraente (art. 90, Lei n. 14.133/2021). A “forma”, por sua vez, equivale à base material, à instrumentalização do contrato administrativo (art. 91 e 95, Lei n. 14.133/2021). ALBERTO, Marco Antônio Moraes. Regime de direito público, instrumentos formais e elementos essenciais do contrato administrativo. Lei n. 14.133/2021, art. 89 a 95. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; PICCELLI, Roberto Ricomini. **Lei de licitações e contratos comentada – lei nº 14.133/2021** – Vol. II: art. 40 ao 123. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 582-583

²⁴A exceção se encontra no art. 95, §2º da Lei Federal nº 14.133/2021.

Antônio Bandeira de Mello²⁵, poderemos assinalar que os contratos administrativos, sob seu aspecto intrínseco²⁶, dispõe de elementos, que consistem no conteúdo, e na forma exigida pelo ordenamento jurídico.

O elemento “forma” quer significar a exteriorização do ato administrativo²⁷, é seu “revestimento exterior”²⁸. Não há ato jurídico sem que assuma uma forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos. No Brasil, a forma das contratações públicas não está sempre manietada a ser escrita, vez que a Lei Federal nº 14.133/2021, em seu artigo 95, §2º, admite a contratação verbal no caso de pequenas compras ou de prestações de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor inferior a dez mil reais. O imprescindível para tais hipóteses é que exista o jogo de oferta e aceite²⁹, pois sem isso não há o que avaliar no plano jurídico. A regra geral, todavia, é que os contratos administrativos tenham forma escrita, a teor do *caput* do aludido dispositivo legal.

De sua vez, o conteúdo é aquilo que o ato enuncia no plano jurídico³⁰. No caso do contrato-veículo introdutor, será uma norma dispondo da obrigatoriedade daquilo que se trata

²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 304-398.

²⁶É fácil perceber-se que, dentre estes chamados ‘elementos’, *nem todos realmente o são*. Donde a impropriedade do uso da palavra para designar o conjunto batizado sob tal rótulo. Com efeito, o termo “elementos” sugere a ideia de “parte componente de um todo”. Ocorre que alguns deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como “partes” do ato, pois lhe são *exteriores*, conforme se verá adiante, ao tratarmos destes distintos tópicos. Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros. Daí separarmos os elementos do ato e os *pressupostos* do ato. Estes últimos, de seu turno, distinguem-se em *pressupostos de existência*, ou seja, condicionantes de sua existência, e *pressupostos de validade*, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica. MELLO, 2021, p. 320-321.

²⁷Ainda que sem distinguir os planos da validade e da existência, as considerações de Michel Stassinopoulos elucidam a questão: [...] Pour avoir la force de produire des effets juridiques, la volonté administrative doit être déclarée. Mais c’est alors que se pose la question de savoir quelles sont les opérations nécessaires pour que cette déclaration de la volonté administrative soit considérée comme ayant eu lieu. STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 223.

²⁸MELLO, 2021, p. 322.

²⁹O que se chama *oferta* é a primeira manifestação de vontade, a que se há de seguir a *aceitação*, para que se conclua o negócio jurídico bilateral. Também se costuma chamar *proposta* à oferta e no Código Civil foi esse nome o que se empregou. À oferta ou sucede a *aceitação* pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a *recusa*, ou a aceitação modificativa que não é, propriamente, aceitação, mas sim nova manifestação de vontade, outra *oferta*, no lugar da aceitação ou da recusa pura e simples, que se havia de esperar. O oferente passa à situação de destinatário da nova oferta e tem de aceitá-la, ou de recusá-la, ou, por sua vez, em lugar de proceder como destinatário, novamente oferecer. Nesse jogo de ténis de ofertas, tem-se de chegar ao ponto final: ou uma delas é aceita, totalmente, e pois não há pensar-se em nova oferta; ou há a recusa (nada feito). Devemos evitar o nome de *oferta modificativa* à oferta que substituiu a aceitação, porque, em verdade, o que se passou passou, e não há modificação: há outra oferta. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Traçado de Direito Privado** – Tomo XXXVIII - Direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93.

³⁰[...] e) Il *contenuto* dell’atto amministrativo consiste in ciò che com esso l’autorità intende disporre, ordinare, permettere, attestare, certificare. Il contenuto varia, quindi, secondo la categoria alla quale l’atto amministrativo appartiene. Prescindendo da questa varietà della quale diremo nella classificazione degli atti amministrativi, pel momento dobbiamo limitarci a considerare il contenuto in generale. La dottrina, estendendo al campo nostro

de contrair. No caso do contrato-norma(s) introduzida(s), o conteúdo se identificará com aquilo que dispõem as normas individuais e concretas introduzidas³¹.

Sob seu aspecto extrínseco, o contrato não prescindirá de se reportar a um objeto³². O objeto do contrato-veículo introdutor é a relação jurídica obrigacional constituída por sua enunciação. Por sua vez, o objeto do contrato-norma(s) introduzida(s) é o bem jurídico sobre o qual versam as prestações contraídas. Ainda sob esse aspecto, o contrato administrativo deverá ser pertinente à função administrativa, isto é, deve ser imputável ao Estado. Por fim, para nós, o contrato administrativa para existir também deve possuir um mínimo de recognoscibilidade social, no sentido de ser minimamente reconhecido como norma jurídica.

Identificar se existe no mundo jurídico um contrato administrativo importa, uma vez que caso inexistente ninguém poderá reclamar o cumprimento de uma norma, calhando, com efeito, aos supostos contraentes um direito de resistência contra a aparente exigibilidade.

3.1.2. Eficácia

A eficácia, anota António Menezes Cordeiro, “é a dimensão das situações jurídicas: do movimento depende a existência”³³. Só os contratos administrativos existentes gozarão de legitimidade³⁴ e poderão ser eficazes ou não, independentemente de violarem o Direito.

A eficácia está desvinculada da validade: tanto o contrato administrativo pode ser, valer e ser eficaz ou ineficaz, como pode ser, não valer e ser eficaz ou ineficaz. Para os fins desta dissertação, será útil examinar a eficácia do contrato administrativo sob o corte metodo-

alcuni concetti formulati rispetto agli atti di diritto privato, distingue nel contenuto dell’atto amministrativo tre parti: una naturale, una implicita, una terza eventuale. ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. Vol. I – Principi Generali. 8ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1958, p. 249-250.

³¹Nesse sentido, registra André Luiz Freire: [...] No âmbito dos contratos administrativos, o conteúdo é basicamente representado pelas normas que obrigam o contratado a cumprir a prestação de determinado modo e pela norma que impõe à Administração o dever de, uma vez executado o objeto pelo contratado, efetuar o pagamento num prazo específico. Pode-se dizer que essas são as normas que tratam da obrigação principal, sendo certo que também existem normas que dispõem sobre as obrigações acessórias. FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retira dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

³²[...] *Objeto* é aquilo sobre que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. É certo que, se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque este algo constitui-se em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra. MELLO, 2021, p. 323.

³³CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil - Tomo II – Parte Geral: Negócio Jurídico**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 78.

³⁴O sistema jurídico presume, até prova em contrário, a regularidade do exercício da função estatal. Trata-se de uma decorrência do princípio da presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado, as leis são presumidamente constitucionais e os atos administrativos são presumidamente constitucionais e legais. Decorre de uma importante característica do *discurso normativo*: a inversão do ônus da prova. MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 202.

lógico concebido por Ricardo Marcondes Martins, para quem a eficácia da norma jurídica se apresenta sob quatro aspectos diferentes³⁵. Seguindo as lições do aludido autor, os atos administrativos – aqui incluído o contrato administrativo – podem apresentar (i) eficácia deontica; (ii) eficácia normativa; (iii) eficácia jurídica; e/ou (iv) eficácia fática.

Dispor o contrato administrativo de eficácia deontica significa a vinculação da comunidade à norma jurídica, decorrente do reconhecimento de sua força normativa. Se, como dizíamos, o ato, para existir, depende de sua recognoscibilidade social, todo ato juridicamente existente terá eficácia deontica.

Eficácia normativa, como alude Marcos Bernardes de Mello, é “expressão sinônima de incidência da norma jurídica”³⁶, e significa a aptidão da norma para incidir. Assim dizendo, deve ser possível a configuração no mundo real do suporte fático da norma e, sendo-o, também devem estar presentes os elementos integrativos³⁷ do suporte fático que condicionam sua incidência.³⁸ O contrato administrativo no qual se insira um termo inicial para sua vigência, não terá eficácia normativa enquanto não se implementar o referido termo. É neste sentido que normalmente a doutrina emprega “eficácia”³⁹.

Eficácia jurídica, por sua vez, designa o conjunto das consequências, efeitos, imputados pela norma ao fato jurídico⁴⁰. Para o caso dos contratos administrativos, terá eficácia jurídica aquele que estabelecer uma relação entre o particular e a Administração. Por fim, eficácia fática⁴¹ significará que há aplicação ou observância da norma no meio social.

³⁵MARTINS, Ricardo Marcondes. Elementos e pressupostos do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 232-247.

³⁶MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 19-20.

³⁷Os elementos complementares e os integrativos, diferentemente, não se referem à *suficiência* do suporte fático, mas à *eficiência* de seus elementos. São sempre pressupostos de validade ou eficácia do ato jurídico a que dizem respeito, nunca de existência. Portanto, se os elementos de suficiência se concretizam, o ato jurídico existe, mas será inválido ou ineficaz se falta elemento complementar ou integrativo, conforme a espécie. MELLO, 2019, p. 107-108

³⁸Podem-se dividir as condições técnico-normativas de incidência (elementos integrativos do suporte fático do ato administrativo) em *essenciais*, se exigidas pela lei e *acidentais*, se fixadas por atuação discricionária da administração. MARTINS, Ricardo Marcondes. Elementos e pressupostos do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 245

³⁹Veja-se: A eficácia do contrato administrativo pode depender do implemento de uma condição suspensiva (ex.: contrato de obra cujo início de vigência está vinculado à aquisição, pelo Estado, do terreno em que se vai assentar), da chegada do termo inicial (ex.: o 1º dia do mês seguinte à celebração) ou de um ato de aprovação ou homologação. SUNDFELD, 1995, p. 216.

⁴⁰MELLO, 2019, p. 20.

⁴¹Marcos Bernardes de Mello denomina-a por eficácia do direito: [...] *eficácia do direito* (expressão que não é usual na obra de Pontes de Miranda), por sua vez, é usada na literatura jurídica, predominantemente, para designar a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se

3.1.3. Validade

Em sua condição de norma jurídica, o contrato administrativo pode ou não contrariar o ordenamento jurídico. A validade de uma norma é um *plus* à existência, atestando-lhe conformidade ou desconformidade com o Direito. Dessarte, a existência assume a feição de um conceito formal, ao passo que a validade encerra um sentido material⁴². Se a aludida norma contraria o Direito, podemos dizê-la viciada. Como regra geral, os atos administrativos maculados por algum vício devem ser modificados ou retirados.

O plano da validade diz respeito aos pressupostos de validade do contrato administrativo, que, segundo a teoria proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, são em cinco, a saber: (i) pressuposto subjetivo (sujeito); (ii) pressuposto objetivo (motivo e requisitos procedimentais); (iii) pressuposto teleológico (finalidade); (iv) pressuposto lógico (causa); e (v) pressuposto formalístico (formalização)⁴³.

No caso dos contratos administrativos, porquanto se exija duas partes em sua enunciação, o ordenamento jurídico requer a legitimação dos contraentes – do polo da Administração, um agente competente, do polo do privado, uma pessoa capaz⁴⁴ - a título de pressuposto subjetivo. A verificação do pressuposto objetivo se divide na aferição de um motivo e do cumprimento dos requisitos procedimentais. O “motivo” apto a desenlaçar a competência da Administração para contratar é a existência de uma necessidade pública a ser satisfeita⁴⁵, os

tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico. MELLO, 2019, p. 20.

⁴²Neste sentido, temos as explicações de: FERRAZ, Sergio. Extinção dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 47–66, 2003.

⁴³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 323-337.

⁴⁴No contrato administrativo, como já foi mencionado, há uma dupla legitimação, porquanto são duas as partes necessárias para a elaboração da declaração jurídica. Num dos pólos, haverá sempre uma pessoa jurídica pertencente à Administração Pública, ou seja, alguém no desempenho de função administrativa. No outro pólo contratual, deverá figurar uma outra pessoa, que poderá ser tanto uma outra entidade administrativa como uma pessoa privada, natural ou jurídica. Nesse último caso, a verificação da capacidade da parte contratual ocorrerá quando da fase de habilitação no processo pré-contratual (licitatório ou de contratação direta). FREIRE, 2008, p. 59.

⁴⁵André Luiz Freire alerta, com razão, para uma peculiaridade das contratações diretas: A verificação do motivo ganha destaque quando se tratar de contratação direta, porquanto, além da necessidade pública, é preciso que a situação fática se coadune com a hipótese legal. Desse modo, num contrato fundado no art. 24, V, da Lei 8.666/1993 é preciso que a Administração demonstre que exista uma demanda pública a ser satisfeita, que foi realizada uma licitação que restou deserta, que não é possível repetir esse certame sem prejuízos e que as condições previstas no edital da licitação citada foram mantidas. É importante frisar ainda que a Administração Pública deverá deixar bem claro, nos autos do processo administrativo pré-contratual, qual é o motivo da contratação. A ausência ou a ilegalidade dos motivos vicia o processo, podendo levar à invalidação do contrato administrativo. FREIRE, 2008, p. 60.

“requisitos procedimentais” são os atos administrativos que a lei requer sejam precedentes à contratação em espécie⁴⁶.

Se toda a atividade administrativa se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente⁴⁷, os contratos administrativos também devem primar por uma finalidade. Essa finalidade, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, é o “resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*”⁴⁸⁻⁴⁹. O pressuposto lógico, de sua vez, passa pelo exame da correlação lógica entre o motivo do ato e seu conteúdo, tendo em vista sua finalidade⁵⁰. Por fim, o pressuposto formalístico consiste no modo específico pelo qual o contrato se exterioriza.

Não será tão profícuo, a esta altura, alongarmos considerações acerca das espécies de vícios que podem surgir em uma contratação pública, vez que só a lume do caso concreto, procedendo-se a uma ponderação, será possível, constatado um vício, precisar se o ordenamento jurídico exige a modificação ou a retirada do contrato⁵¹. Não no mesmo sentido, mas tal ordem de consideração já intuía Miguel Seabra Fagundes ao escrever que, no direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões de sua invalidez⁵². Em síntese, constatado um vício em determinada contratação pública, poderíamos adu-

⁴⁶Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros *atos jurídicos*, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. MELLO, 2021, p. 330.

⁴⁷LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105. Uma só atividade da pessoa jurídica é cogentemente vinculada, conaturalmente vinculada ao fim desta: a atividade da administração. LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1958, p. 148

⁴⁸MELLO, 2021, p. 331.

⁴⁹Quando a Administração atua em desacordo com a finalidade legal, há desvio de finalidade (ou desvio de poder). Esse vício pode se manifestar de dois modos: (a) o agente busca finalidade estranha ao interesse público; (b) o sujeito, embora pratique o ato em vista da finalidade pública, utiliza categoria diversa da legalmente estipulada para tanto. Neste último caso, dependendo das circunstâncias concretas, é possível haver a conversão do ato inválido. Nos contratos administrativos, a finalidade é sempre a satisfação da necessidade pública. Conforme seja o fim, haverá um contrato específico a ser celebrado. FREIRE, 2008, p. 62.

⁵⁰[...] Pode-se defini-lo, de maneira mais correta como “a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato *em função da finalidade tipológica do ato*”. Com efeito: tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato. MELLO, 2021, p. 333.

⁵¹[...] como definir qual reação jurídica deve ser adotada diante da invalidade de um ato administrativo? No passado era fácil: em face da invalidade, seguia-se a invalidação *ex tunc* e *ab initio*. Diante do panorama aqui apresentado, hoje é possível sanar pela redução ou reforma, conversão ou convalidação, ou invalidar, retroativa ou irretroativamente ou a partir de data futura, é possível simplesmente invalidar ou invalidar e editar outro ato com conteúdo igual, parcialmente igual ou diferente, e é possível não fazer nada, considerando-se que houve a estabilização do vício. A decisão tornou-se sensivelmente mais complexa. MARTINS, 2019, p. 28. É exemplar, neste sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp nº 950.489/DF. BRASIL. STJ. REsp nº 950.489/DF, Primeira Turma, Relator: Min. Luiz Fux, j. em 03/02/2011, DJE 23/02/2011.

⁵²[...] No direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar consequências diversas. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70. No mesmo sentido, Agustín Gordillo: [...] las

zir que, a se considerar os valores colidentes que informam o ordenamento jurídico, não é de se prescindir do recurso ao critério hermenêutico da ponderação, para, à luz do caso em espécie, se registrar que se trata de caso de retirada, a exemplo da invalidação⁵³, ou de modificação, a exemplo da conversão, da convalidação e/ou da redução. Para os fins a que se propõe esta dissertação, bastará se fixar essa premissa: a constatação de um vício em uma contratação pública não induz inexoravelmente à edição de um ato jurídico para invalidá-lo.

Aliás, as considerações que seguem no capítulo seguinte pressupõem a retirada do contrato por sua invalidação. Em sendo assim, importará para os nossos propósitos, com efeito, estabelecer uma diferença – como o faz Jacintho de Arruda Câmara⁵⁴ - entre contrato inválido e contrato meramente viciado⁵⁵:

A constatação de vício e a invalidação de um contrato administrativo têm algo em comum, mas que não é suficiente para confundir as duas situações. O ponto comum, que as torna semelhantes numa primeira vista, é a falta de conformidade com o ordenamento jurídico. Elemento que tanto um contrato inválido, quanto um contrato meramente viciado carregam. Entretanto, as consequências que o sistema prescreve para cada uma delas as distinguem de modo marcante.

O contrato será meramente portador do vício caso não obedeça, não se amolde, ao quadro normativo que lhe é superior e serve de fundamento, mas, mesmo assim, permaneça válido no ordenamento jurídico. A constatação de que um contrato é portador de vício se dá por um juízo.

A invalidação vai mais além de um simples juízo quanto à adequação entre normas. É a manifestação normativa também, cujo propósito é a expulsão (retirada do sistema) de norma desconforme ao ordenamento. Essa manifestação advém de um órgão dotado de competência para tanto (esse tema será tratado no tópico seguinte).

O juízo de constatação de um vício no contrato não é suficiente, por conseguinte, para torná-lo inválido [...] ⁵⁶.

É dizer, antes que a entidade competente edite o ato de invalidação, tanto os contratos administrativos meramente viciados como os contratos administrativos inválidos existem

nulidades administrativas no dependen de cuál elemento del acto está viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo III – el acto administrativo. 6º ed. Belo Horizonte: DelRey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XI-4.

⁵³Quanto às diversas hipóteses de retirada de contratos administrativos, Cf. FREIRE, 2008, p. 135-139.

⁵⁴CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 36.

⁵⁵Não menos útil para a teoria dos atos administrativos é a classificação que adota Ricardo Marcondes Martins entre atos viciados e atos inválidos. MARTINS, 2019, p. 26. Para os estritos fins deste trabalho, contudo, pareceu-nos que distinguir contrato inválido e contrato meramente viciado simplificará a explanação, visto que o enfoque está justamente nas hipóteses em que a Administração ou o Poder Judiciário edita uma norma para invalidar o contrato administrativo.

⁵⁶CÂMARA, 2019, p. 394.

no mundo jurídico.⁵⁷ A rigor, inválido é o contrato administrativo apenas no momento em que se edita o ato de invalidação⁵⁸.

Calha trazer à baila a aludida distinção porque o ordenamento jurídico poderá – ao invés da invalidação, que é solução a ser aplicada sempre em último caso, isto é, quando não for possível, de nenhum modo, conservar-se o contrato viciado – exigir, alternativamente, sua retificação, redução, conversão, confirmação, convalidação ou estabilização, incluso na última hipótese a perfeição do suporte fático prescricional e/ou decadencial⁵⁹.

De forma concisa, nesses casos, em que não se afigura à espécie uma invalidação, o contrato administrativo, ainda que a portar vício, permanecerá no mundo jurídico, surtindo efeitos. O que interessa ao presente trabalho, como aludíamos desde antes, é, com efeito, a situação que, após extirpado do mundo jurídico o contrato administrativo, exsurge, quando então poderá se desenlaçar a responsabilidade do Estado.

⁵⁷Os atos inválidos existem. O que lhes confere existência é, justamente, sua qualidade de norma jurídica. A circunstância de ser inválido, não retira ou nega a um ato tal qualidade e isto por uma razão óbvia: tendo em vista que o que caracteriza o ato, apartando-o do fato, é sua qualidade de ser norma, se a negarmos ao ato inválido, não poderemos sequer dizer que ele é um ato. Além disto, se não fosse norma, o Direito não se ocuparia de invalidá-lo, isto é, de retirar-lhe a aptidão para atuar: simplesmente o ignoraria. SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 16.

⁵⁸Antônio Carlos Cintra do Amaral, a despeito de adotar premissas distintas quanto aos planos em que podem ser analisados os atos administrativos, eloquentemente distingue os dois “momentos”: Note-se que a distinção entre ato válido e inválido, como melhor veremos adiante, se põe, nesse momento, na esfera do conhecimento científico, que traduz apenas uma *opinião*, embora sistemática, sobre a relação entre ato administrativo e 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. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 30. De forma similar, assinala André Luiz Freire: Ao proceder desse modo, o órgão formará o fato jurídico da invalidade. Ao se dizer que ele “formará o fato jurídico”, não se pretende afirmar que a invalidade não existia no ato, mas apenas que, com essa declaração, isso estará consignado em linguagem jurídica própria. Em outras palavras, o ato será oficialmente inválido. Por isso, antes da declaração do órgão competente, dizer que um ato administrativo é inválido é mera questão de opinião. FREIRE, 2009, p. 144.

⁵⁹Também dialoga amplamente sobre esses temas: SILVA, Almiro do Couto e Silva. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 237, p. 271–316, 2004; MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 22, p. 228-258, 2002; MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. **Revista CEJ**, v. 8, n. 27, p. 110-120, 7 dez. 2004; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018; BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021; PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 5ª ed. Espanha: Thomson Reuters, 2009; SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015; SAADI, M.; SANTOS NETO, R. D. dos. Estabilização de efeitos de contratos administrativos inválidos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo: Thomson Reuters, v. 3, n. 9, p. 157–179, 2019; STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973; ABREU, João Leitão de. Da prescrição em direito administrativo. **Revista da Consultoria Geral/Estado do Rio Grande do Sul**, v. 3, n. 6, p. 15-39, 1973; SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com a relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 204, p. 21–31, 1996.

Antes de nos debruçarmos propriamente sobre o suporte fático da responsabilidade estatal, cumpre-nos delinear alguns aspectos da competência que rege a edição do ato de invalidação dos contratos administrativos, demais do aspecto processual em que se insere o referido ato, como que um átimo final que há de ser elaborado em estrita observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.2. A competência para invalidar os contratos administrativos

3.2.1. Titularidade da competência para invalidar contratos administrativos

A indagação a que nos propomos sob este tópico refere-se às normas de competência⁶⁰, dispostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para invalidar contratos administrativos. Aqui pretendemos enfatizar que tais normas devem constar no ordenamento jurídico, e não simplesmente ser assumidas como um fato ou atividade natural. Isso porque as normas de competência operam como regras de um jogo.

Uma comparação poderá esclarecer o que acabamos de expressar: imagine-se duas pessoas que se sentam frente a um tabuleiro de xadrez, e, antes de tudo, acordam que, naquela ocasião, as pretas iniciarão a partida e os cavalos se moverão como as rainhas. Ora, diante de tal situação, poderíamos interromper os dois pretensos enxadristas e propriamente questioná-los se aquela partida é, de fato, um jogo de xadrez. Evidentemente, não. As regras desse jogo não só obrigam, permitem ou proíbem, mas constituem o xadrez mesmo. Quem move um cavalo como rainha joga outro jogo, menos xadrez.

Essa mesma propriedade se encontra nas normas de competência do sistema jurídico⁶¹. Quem se dispõe a “invalidar” um contrato administrativo sem manusear uma competên-

⁶⁰Las normas de competencia, como las reglas de un juego, no exigen determinadas conductas; no imponen obligaciones o prohibiciones, sino que definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos, o las condiciones y los límites dentro de los cuales es válida una decisión de una autoridad jurídica (un tribunal o la legislatura). Si no cumplimos con estas normas, el resultado no es una sanción o castigo, sino nulidad, porque no se trata aquí de una infracción o delito. Hart enfatiza el hecho de que la relación entre la norma de competencia y la acción que se adecua a ella no es la de obediencia o desobediencia. La conformidad con las condiciones especificadas en una norma de competencia es un paso como el de una “movida” en un juego; tiene consecuencias definidas en términos de tales normas que el sistema permite alcanzar. Cuando no se cumplen las condiciones estipuladas el resultado es nulidad, es decir, fracaso en el empeño de producir los efectos jurídicos deseados. BULYGIN, Eugenio. Sobre las normas de competencia. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2021, p. 508-509.

⁶¹Para formularlo en términos de Alf Ross: legislar no es una actividad natural, independiente de reglas preexistentes, sino um tipo de conducta que solo es posible porque existen reglas que establecen qué tipos de conducta son considerados como actos de legislar y quién puede realizar tales actos. Lo mismo ocurre con un juez o con

cia disposta pelo ordenamento jurídico produz qualquer outra coisa, menos um ato jurídico de invalidação⁶². Importa, dessarte, identificar os entes que dispõem da competência para invalidar contratos administrativos.

Na doutrina brasileira, observa-se que pouca atenção se dedicou ao tema da titularidade da competência para se invalidar contratos administrativos. Nesse sentido, Jacintho Arruda Câmara registra que, regra geral, “toma-se como natural que a mesma prerrogativa esteja presente em relação aos contratos administrativos”⁶³. A mesma observação é feita de forma mais incisiva por Adilson Abreu Dallari⁶⁴. Observe-se, todavia, que esses dois eminentes autores não adotam um conceito amplíssimo de ato administrativo, como o fizemos linhas atrás, e emitiram suas respectivas posições com vistas ao regime da Lei Federal nº 8.666/1993⁶⁵.

Sob a égide do aludido diploma, os dois administrativistas defendem ser desacertada a posição que assume que a Administração teria competência para invalidar unilateralmente suas contratações, ambos, aliás, apoiam-se em uma análise de Carlos Ari Sunfeld⁶⁶. O argumento do último está calcado na literalidade da Lei Federal nº 8.666/199 e da Lei Federal nº

um funcionario administrativo. BULYGIN, Eugenio. Sobre las normas de competencia. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2021, p. 514-515.

⁶²[...] a invalidação é, antes de tudo, um *ato jurídico*. Desse modo, por meio de um ato de invalidação, são introduzidas normas jurídicas no sistema. Essas normas jurídicas têm uma finalidade específica: eliminar o ato administrativo inválido e/ou seus efeitos. FREIRE, 2008, p. 140.

⁶³CÂMARA, 2019, p. 399.

⁶⁴Uma boa parte da doutrina aceita, acriticamente, a possibilidade de anulação unilateral do contrato, mas a doutrina mais atenta já se deu conta dos problemas que comprometem, dificultam ou impedem a decretação unilateral da invalidação. Na verdade, a doutrina mais moderna é textual e incisiva ao afirmar a impossibilidade da decretação da nulidade do contrato de concessão por ato unilateral. DALLARI, Adilson Abreu. Anulação do contrato administrativo. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações públicas: homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 29.

⁶⁵Adilson Abreu Dallari, ao que nos parece, no aludido trabalho, busca justamente esgotar os argumentos em favor de sua posição: Pede-se vênia para repetir o que já foi dito, apenas para rememorar: a rescisão decorre de algo referente à execução do contrato, durante a vigência do contrato, produzindo efeitos daí para diante (“*ex nunc*”), enquanto a anulação se refere a algum vício jurídico ocorrido no processo de formação do contrato (ou de sua prorrogação), produzindo efeitos que retroagem à assinatura do ajuste (“*ex tunc*”). Não há dúvida de que a Administração pode exercer a autotutela sobre atos administrativos. A Súmula nº 473 fala, textualmente, em “anular seus próprios atos” e a Lei nº 9.784/99, art. 54, fala em anular atos administrativos. Porém, no tocante a contratos, a legislação é completamente diferente. A Lei nº 8.666/93, no art. 59, menciona, sim, a possibilidade de “declaração de nulidade do contrato”, mas não menciona quem poderia fazê-lo, nem autoriza a decretação por ato unilateral, cuidando, entretanto, de ressaltar os efeitos produzidos e determinando a responsabilização do agente público que tenha dado origem à nulidade. Essa mesma lei, tão parcimoniosa quanto à anulação, é bastante loquaz no tocante à rescisão, afirmando que ela pode ser unilateral (art. 79), mas somente naquele detalhado rol de situações descritas no art. 78, que se referem a percalços no cumprimento do contrato, sem que se fulmine o contrato no seu nascedouro, sem efeitos retroativos. Por sua vez, a Lei nº 8.987/95, que delinea o regime especial dos contratos de concessão, no art. 35, faz uma clara distinção entre rescisão e anulação, cuidando detalhadamente dos casos de extinção, mas não cuida da anulação. Ou seja, ela disciplina as ações extintivas que podem ser levadas a efeito pela Administração, mas, ao contrário, é eloquentemente silenciosa no tocante à anulação, exatamente porque isso somente pode ser feito em sede judicial, com observância da legislação processual civil. *Idem*, p. 28.

⁶⁶SUNDFELD, Carlos Ari. Os contratos de concessão e sua anulação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, v, [S/v.], n. 7, jul./ago./set., 2006.

8.987/1995, vez que, nos referidos diplomas, não se conferiu à Administração a expressa prerrogativa de invalidar seus contratos.

Esse debate quanto à existência de uma norma de competência atribuída à própria Administração para invalidar suas contratações não pode ser amesquinhado. A uma, porque, de fato, parte relevante da doutrina deriva essa suposta norma do princípio da autotutela⁶⁷. A duas, pois se enfileiram autores sem propriamente desenvolver os fundamentos de suas posições⁶⁸⁻⁶⁹. A três, porque em um Estado de Direito poderes não se presumem. Não se olvide ainda uma questão sociológica: certas autoridades ainda não compreenderam que a competência para invalidar contratos administrativos não pode ser manejada como um título jurídico para que a Administração deixe de honrar compromissos contratuais.

Sem embargo, se era possível controverter a existência de uma norma de competência atribuída à Administração para anular suas contratações na vigência daquele diploma, a Lei Federal nº 14.133/2021 lhe atribui expressamente essa competência nos artigos 138, inciso I e 139.

Importante ressaltar que o só fato de abordarmos o contrato administrativo como um ato administrativo bilateral não nos leva a pressupor que os Tribunais de Contas disponham de idêntica competência para invalidar contratos administrativos. É que o texto constitucional não deixa margem para interpretação distinta, ao Tribunal de Contas compete “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 71, IX, da Constituição Federal). Caso essa determinação não seja atendida, as Cortes de contas poderão, no limite, sustar a execução do “ato” impugnado, comunicando da edição dessa última decisão ao respectivo Poder Legislativo (art. 71, X, da Constituição Federal). Observe-se que o termo “ato” é empregado pelo texto constitucional de forma estrita, queren-

⁶⁷Por outro lado, o fato de o art. 58 da Lei nº 8.666/93 não fazer expressa referência à anulação de contratos pela própria administração, como uma de suas prerrogativas, não significa que não disponha dessa competência, que decorre do princípio da autotutela dos atos que expede e contratos que celebra, do art. 59 da lei, e é proclamada pela doutrina e jurisprudência. Destarte, não há que falar em silêncio da lei, que deve ser interpretada sistematicamente e à luz dos princípios informadores do regime jurídico-administrativo. Cf. CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. Declaração de nulidade dos contratos administrativos e de suspensão do pagamento de obras executadas e entregues: (im)possibilidade jurídica. In: CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137.

⁶⁸Ao seu tempo, a *anulação* da concessão decorrerá daquela situação em que o poder concedente, o órgão de controle externo, ou mesmo o Poder Judiciário se depararem com nulidade inconvalidável no certame licitatório ou no próprio contrato, a exigir a decretação de nulidade, com efeitos *ex tunc* (retroativos). MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviços público**: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 426.

⁶⁹Quanto à anulação, necessário é asseverar que pode ser levada a cabo pelo Legislativo ou pelo Judiciário, nos termos dos arts. 70 e 71, §§1º e 2º, e 5º, XXXV, do texto constitucional, respectivamente. À desconstituição, levada a efeito pela Administração, denominaremos *invalidação*. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

do significar “ato administrativo unilateral”. Quando quis o texto constitucional se referir aos contratos administrativos, empregou o termo “contrato”, como se colhe no §1º do art. 71 da Constituição Federal.

E, ainda que se admita a hipótese de os Tribunais de Contas sustarem contratos administrativos, nos termos do §2º do art. 71 da Constituição Federal⁷⁰, ato desse jaez não se identifica com o ato de invalidação como esclarecem Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“Sustar ato” não é sinônimo de “anular ato”. Sustar é paralisar a execução, total ou parcialmente. Anular seria bem mais do que isto: seria desfazer os efeitos produzidos, quando viável e necessário, seria fazer recomposições patrimoniais acaso cabíveis e seria eliminar em definitivo o ato como centro produtor futuro de efeitos. Nada disso a Corte de Contas pode fazer, mesmo quanto a atos: sua competência se esgota na sustação do ato, na paralisação de seus efeitos.⁷¹⁻⁷²

⁷⁰A primeira constatação importante a se fazer é a de que a sustação de contratos – isto é, a suspensão parcial ou total da execução de negócios jurídicos bilaterais –, tal qual a sustação de atos, não pode ser lida isoladamente. Isso porque ela também está atrelada e decorre da atribuição do TCU para ordenar a prática de atos por terceiros, cuja base normativa é o art. 71, IX, da CF (“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”). A possibilidade de contratos serem sustados só emerge na hipótese de a Administração não atender, dentro do prazo que lhe tiver sido assinado, a determinação do TCU no sentido de sanar ilegalidades previamente apontadas. A dinâmica prevista no texto constitucional, e reproduzida pela LOTCU, é a seguinte: o Tribunal, entendendo haver alguma ilicitude, devolve a questão à autoridade responsável, abrindo-lhe prazo para a adoção de providências que julgar cabíveis e necessárias ao fiel cumprimento da lei (art. 71, IX, da CF). Se após o transcurso do prazo o Tribunal considerar que os problemas persistem, poderá comunicar a situação ao Congresso Nacional (art. 45, §2º da LOTCU). O Congresso Nacional, uma vez comunicado das supostas ilegalidades em contratos, poderá, ele próprio, sustar sua execução, na sequência solicitando ao Poder Executivo as providências cabíveis (art. 71, §2º, da CF). Note-se que o Congresso tem a possibilidade, mas não o dever, de sustar os contratos em relação aos quais supostamente haveria irregularidades. É que sua decisão é eminentemente informada por critérios políticos – e não técnico-jurídicos, como no caso das decisões do Tribunal. A legislação não deixa margem para dúvidas: é do Congresso Nacional a competência para sustar contratos. ROSILHO, André. **Tribunal de contas da união: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 277-278. Também sobre o tema, Cf. JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador?. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014; e BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, [S. l.], v. 203, p. 131-140, 1996. DOI: 10.12660/rda.v203.1996.46695. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46695>. Acesso em: 1 dez. 2022.

⁷¹CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites. In. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de contas da união no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 35-36.

⁷²Em segundo lugar, o TCU não possui poderes para *anular* atos administrativos unilaterais que julgar viciados. A Constituição não lhe confere este poder, que é exclusivamente do Poder Judiciário. Ao TCU cabe unicamente *sustar* atos viciados. A diferença entre anular e sustar é clara. Na anulação, o ato administrativo é eliminado do sistema jurídico, inclusive com efeitos retroativos. No caso da sustação, apenas se afastam temporariamente (durante o período de sustação) os efeitos do ato jurídico. Neste sentido, a anulação é uma espécie de medida satisfativa, enquanto a sustação tem natureza *cautelar* – ao impedir a realização dos efeitos visados pelo ato administrativo, busca evitar que se operem consequências danosas sobre o patrimônio público, por exemplo. JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador?. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014, p. 213-214.

Então, em última análise, não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma de competência disposta aos Tribunais de Contas para invalidar contratos administrativos. Por fim, evidente que ao Poder Judiciário, em razão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, também competirá a competência de invalidação.

3.2.2. O ônus argumentativo que compete ao editor do ato de invalidação

Decorre da titularidade da competência para invalidar contratos administrativos o ônus de indicar de modo expresso as consequências fáticas e jurídicas da invalidação do contrato administrativo, a teor do artigo 21 da LINDB⁷³⁻⁷⁴. Isto é, a decisão ou o ato administrativo que determinar a invalidação do ajuste há de se manifestar, sob pena de desafiar lei federal,⁷⁵ acerca da situação do particular contraente que assiste à anulação. Sob essa perspectiva, em fundada crítica a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça⁷⁶, asseveram Fernanda Santos Schramm e Luiz Eduardo Altenburg de Assis:

O artigo 21 da LINDB determina que o dever de indicar os meios necessários à regularização da situação seja observado no bojo da própria decisão que determina a invalidação do ato administrativo – nas esferas administrativa, controladora ou judicial. Ou seja, a decisão precisa, ela própria, enfrentar o direito a uma eventual indenização ou o dever de ressarcimento como consequência jurídica decorrente da anulação do ato administrativo. Trata-se do grande ponto de inflexão da norma contida no artigo 21.

Não são raras as decisões que, ao determinar a anulação de ato ou contrato administrativo que tenha resultado em benefícios ao particular de boa-fé conclua o provimento judicial ressaltando “possibilidade de ser questionada a indenização dos danos decorrentes da rescisão contratual pelos meios próprios.” A inovação trazida pelo artigo 21 da LINDB inviabiliza a utilização da tese de que o particular não poderia arguir – inclusive como argumento de defesa nos processos que podem resultar na anulação de contratos administrativos – o direito à indenização. Não mais subsiste a ideia de que o particular deve utilizar “meios próprios” para ver o seu direito assegurado. O *meio*

⁷³A propósito, com razão assevera Ricardo Marcondes Martins que as inovações da Lei Federal nº 13.655/2018 configuram uma tentativa de dar eficácia aos avanços científicos das últimas décadas sobre a teoria dos atos administrativos. MARTINS, 2019, p. 21-50.

⁷⁴[...] a norma contida no art. 21 cinge-se às decisões que invalidam ato, contrato, processo ou norma. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018** (lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 43.

⁷⁵Constituição Federal, artigo 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

⁷⁶BRASIL. STJ. REsp nº 1.223.306/PR, Segunda Turma, Rel. para acórdão: Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08/11/2011, DJe 02/12/2011.

próprio passa a ser a própria decisão que determina a invalidação do ato ou contrato administrativo⁷⁷.

O versado dispositivo legal, de fato, fora inserto pelo legislador com vistas a coibir uma insegurança histórica no Brasil, a teor do que relata Egon Bockmann Moreira:

Lamentavelmente, a história brasileira de desfazimento de contratos administrativos é trágica: muitas vezes, presta-se a encobrir a inadimplência dolosa da Administração Pública, ou – o que é pior – a mascarar retaliações políticas, na mais ampla irresponsabilidade. O gestor público desfaz o contrato e remete as eventuais indenizações para a via judicial – num longo caminho que deságua nos precatórios (e no incremento das dívidas públicas a ser inscritas em orçamentos futuros).

Isso porque o tradicional regime brasileiro de rescisões e nulidades de atos e contratos, inclusive os de longo prazo, é eminentemente retrospectivo. Volta-se ao passado, sem atentar ao futuro. Isso instalou o exercício irresponsável de competências. Se os agentes que firmam os contratos respondem por seus atos, o mesmo não se pode dizer daqueles que os extinguem. Daí a necessidade do projeto de lei elaborado pelos professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, com o intuito de estabelecer normas gerais de Direito Público, inclusive quanto ao regime de desfazimento dos atos e contratos administrativos⁷⁸.

Não há como discordar que o dispositivo sob comento se projeta no ordenamento jurídico brasileiro com o desígnio de aumentar a segurança jurídica⁷⁹. Não obstante, é um exagero tratá-lo como “grande ponto de inflexão”. Mesmo antes de sua vigência, um ato – seja administrativo, seja judicial – que se dirigisse a invalidar um contrato administrativo sem “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” corresponderia a ofensa a um direito do particular contraente.

Com razão, Ricardo Marcondes Martins pontua que a reforma da LINDB se cinge “a consagrar uma visão do fenômeno jurídico corrente na atualidade”⁸⁰. Diríamos, a inovação consiste em obrigar por lei – de forma semelhante ao que fez o art. 489, §1º do Código de

⁷⁷SCHRAMM, Fernanda Santos; ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg. Consequências da anulação dos atos e contratos administrativos sob a perspectiva da LINDB. In. VALIATI, Thiago Pires *et al.* (Orgs.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 253.

⁷⁸MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 72, jan./mar. 2018.

⁷⁹Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In. SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

⁸⁰MARTINS, 2019, p. 34.

Processo Civil de 2015 – os agentes competentes para invalidar “ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa” a fazer o que já deveriam fazer⁸¹.

Partindo-se do postulado de que a edição de toda norma jurídica se dá a partir da ponderação dos princípios constitucionais, a decisão da Administração, por exemplo, isto é, o ato administrativo não pode ser editado sem examinar os possíveis efeitos nas restrições aos valores opostos ao concretizado por ela⁸². A análise dessas consequências é elementar para a invalidação, pois do contrário, restaria prejudicada toda e qualquer consideração quanto à proporcionalidade do ato de invalidação⁸³.

O dispositivo sob comento, de qualquer forma, é muito bem-vindo, vez que deixa explícita a complexidade da operação jurídica consubstanciada na invalidação de um contrato administrativo.

Fundamental é perceber que a exigência explicitada no artigo 21 da LINDB tem efeitos na instrução do processo (judicial ou administrativo) em que se assinala a pretensão de invalidação: com olhos ao princípio da legalidade, antes de se editar o ato ou a sentença invalidando o contrato administrativo, deverão ser ponderados a boa-fé do contratado, a segurança jurídica, a eficiência administrativa, a economicidade da medida, as consequências econômicas para o particular contraente, os interesses sociais envolvidos, a continuidade dos serviços e tantas questões que podem surgir no caso concreto.

Na órbita do direito público não é desprezível o *iter* a ser percorrido pelos agentes públicos até a edição dos atos administrativos. Nesse sentido, será fundamental garantir a par-

⁸¹Se, para determinar a invalidação de um ato administrativo, faz-se necessário ponderar as razões fáticas e jurídicas, deve-se, para tanto, apurar as consequências da invalidação. Somente por meio dessa apuração é que se saberá se houve a estabilização do vício, se o Direito exige sanar o vício e manter o ato no sistema, se exige retirar o ato do sistema etc. O que vêm fazendo os órgãos de controle interno e externo? Limitam-se, em geral, a apurar se o ato administrativo possui vício. Por mais inacreditável que seja, boa parte dos operadores do Direito Administrativo ainda acredita que diante de uma invalidade deve necessariamente seguir-se a invalidação, e esta deve ser sempre *ex tunc e ab initio*, com desconstituição total de todos os efeitos gerados pelo ato inválido, como se ele nunca tivesse ingressado no mundo jurídico. Muitos dos juristas que não incidem nessa supina incompreensão, prendem-se a soluções apriorísticas, estabelecidas abstratamente, com desprezo pelas particularidades do respectivo caso concreto. A saída do legislador foi tentar resolver o problema pela força da lei: exigiu que os agentes competentes para corrigir o vício apurem as consequências jurídicas da invalidação. MARTINS, 2019, p. 42.

⁸²[...] Se, para determinar a invalidação de um ato administrativo, faz-se necessário ponderar as razões fáticas e jurídicas, deve-se, para tanto, apurar as consequências da invalidação. Somente por meio dessa apuração é que se saberá se houve a estabilização do vício, se o Direito exige sanar o vício e manter o ato no sistema, se exige retirar o ato do sistema etc. MARTINS, 2019, p. 42.

⁸³El medio establecido fomenta el fin pero puede, a su vez, restringir la realización de derechos fundamentales y de otros principios constitucionales. Mientras que el medio establecido se encuentra en una relación positiva con el fin, mantiene una relación negativa con los principios restringidos. El mandato de examen del medio alternativo se pregunta por la disponibilidad de medios que restrinjan menos los derechos afectados. CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, p. 113-114.

ticipação do contraente particular, não só com vistas à efetivação do contraditório e da ampla defesa, mas, notadamente, para que sejam colhidos todos os aspectos envoltos (consequências fáticas e jurídicas) ao contrato administrativo a invalidar.

Com isso queremos apontar um redimensionamento da função do processo administrativo, vez que eventual inércia instrutória culminará na invalidade do ato ou da sentença por déficit do material de ponderação, tal como constata David Duarte:

O déficit de material de ponderação é o vício da imparcialidade que qualifica a ilegalidade derivada do cumprimento da projecção procedimental do princípio da imparcialidade na sua vertente positiva, ou seja, a não realização procedimental do princípio da aquisição de material para a ponderação. O incumprimento procedimental do princípio da imparcialidade ocorre quando o órgão responsável pela instrução, no domínio em que lhe assiste uma margem de discricionariedade instrutória, não efectua ou efectua finalisticamente de forma inadequada as opções instrutórias de modo a que a actividade de recolha de factos e interesses não chegue à compleição do material necessário para a ponderação (*Vollständigkeit des Abwägungsmaterials*). E a incompleição do material de ponderação é uma categoria que se reporta, não à decisão, mas à preparação da decisão⁸⁴.

A propósito, a Lei Federal nº 14.133/2021 em seu artigo 147 elenca um rol exemplificativo⁸⁵ de “aspectos” que haverão de ser avaliados por ocasião da avaliação de um vício nos contratos administrativos, o que nos parece indicar a incorporação de preceitos da reforma legislativa promovida pela Lei Federal nº 13.655/2018⁸⁶. Vale, então, também para o aludido dispositivo aquela mesma assertiva: “O que o legislador fez foi tão somente consagrar no texto legislativo uma visão do fenômeno jurídico corrente na atualidade”⁸⁷.

Atente-se, todavia, ao fato de que o art. 21 da LINDB e o art. 147 da Lei Federal nº 14.133/2021, não obstante se voltem ao mesmo método (concretista) de aplicação do Direito, regulam momentos distintos dessa operação. Ao passo que o primeiro dispositivo regula o

⁸⁴DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 458-459.

⁸⁵O art. 147 contempla um elenco de onze incisos, de cunho exemplificativo, que abrangem diversas hipóteses. Caberá à autoridade competente para promover a invalidação examinar, de modo detido, as implicações previsíveis da decisão declaratória de nulidade. JUSTEN FILHO, Marçal. 1.548. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.548

⁸⁶Tem sido amplamente reconhecido em âmbito doutrinário que a disciplina do Capítulo XI da Lei nº 14.133/2021 incorpora os preceitos da reforma à LINDB promovida pela Lei nº 13.655/2018, conhecida como Lei da Segurança Jurídica. Foram relativizados a unilateralidade administrativa e o formalismo na pronúncia de nulidades, de modo que, na disciplina da nova lei, o desfazimento contratual com efeitos totais somente é admitido em casos extremos, em que não seja possível o saneamento. REISDORFER, Guilherme F. Dias; ROSSITO, Isabella. **Comentários ao capítulo XI: nulidade dos contratos**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; PICCELLI, Roberto Ricomini. **Lei de licitações e contratos comentada – lei nº 14.133/2021** – Vol. III: art. 124 ao 194. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 273-274.

⁸⁷MARTINS, 2019, p. 34.

átimo final de um procedimento voltado à invalidação de um ato administrativo unilateral ou bilateral, regulando propriamente o conteúdo do ato invalidador ao exigir a indicação expressa de suas consequências “jurídicas e administrativas”, o segundo dispositivo regula o itinerário que precede a modificação ou a retirada de um contrato. Eis aí uma alteração relevante na teoria das invalidades dos contratos administrativos positivada em lei.

Sob a vigência da Lei Federal nº 8.666/1993, certos agentes, apercebendo-se de vícios em contratações públicas, invalidam-nas sem mais, crentes em que diante da constatação de ilegalidade, na licitação ou na execução do contrato, impõe-se infalivelmente a invalidação. Ao que relata Guilherme Afonso Dourado, tal perspectiva do fenômeno administrativo, decorreria da solução “simplista e deficiente” dada pelo referido texto legislativo:

A Lei nº 8.666/93, sobremaneira quando relida após a edição de uma nova Lei sobre Licitações – tanto mais minudente no enfrentamento do tema - ,soa bastante simplista e deficiente: ela faz crer que, diante da constatação de ilegalidade em algum momento, na licitação ou na execução contratual, deve ocorrer a invalidação do contrato administrativo necessariamente.

Essa resposta pouco operacional (insuficiente para os reais dilemas postos aos gestores públicos) e nada sofisticada da Lei nº 8.666/93 tem raízes antigas: há pressupostos jurisprudencial, doutrinário e legal para ela, sob a perspectiva – mais ampla – da teoria das invalidades do ato administrativo.

Pelo primeiro pressuposto, há a Súmula 473 do STF em que se afirma: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ou seja, nenhuma linha é concedida para tratar sobre convalidação de ato administrativo, como se os vícios nele existentes só pudessem resultar em sua anulação⁸⁸.

O aludido autor ainda relata que essa perspectiva doutrinária e jurisprudencial quanto a teoria das invalidades descendia do Decreto-Lei nº 2.300/1986⁸⁹, e constituía uma solução “contraproducente e absolutamente contrária ao, se existente, interesse público de momento”⁹⁰, vez que resultou em obras públicas paradas em razão da anulação ou da suspensão da

⁸⁸DOURADO, Guilherme Afonso. Comentários ao capítulo XI (“das nulidades dos contratos”) da nova lei de contratações públicas. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; PICCELLI, Roberto Ricomini. **Lei de licitações e contratos comentada – lei nº 14.133/2021** – Vol. III: art. 124 ao 194. São Paulo: Quartier Latin, 2022 p. 258.

⁸⁹Art. 49. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. O vício a que se refere esse artigo não exonera a Administração, que haja eventualmente auferido vantagens do fato, da obrigação de indenizar o contratado, a quem não seja imputável a irregularidade, pelo que houver executado até a data em que for declarada a nulidade.

⁹⁰DOURADO, 2022, p. 260.

execução de contratos administrativos⁹¹. Sob nossa perspectiva, pressupor abstratamente que um vício contido em determinado ato administrativo conduz infalivelmente à sua invalidação é um erro. Parece-nos, então, que assiste razão ao autor quando aduz que a prática administrativa no Brasil pode ter atuado de forma contraproducente e contrária ao interesse público ao anular avenças sem ponderar os valores em jogo.

Por outro lado, Guilherme Afonso Dourado não apontou expressamente o texto normativo do qual se extrai o modelo de teoria das invalidades adotado na Lei Federal nº 8.666/1993. Diremos, então, que esse modelo se encontra no artigo 49, §2º, que reza que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato.

Ocorre que, se admitimos que o aludido texto estipula uma regra, e, ao mesmo tempo, reconhecemos a derrotabilidade das regras⁹², perceberemos que a responsabilidade por essas decisões não pode ser imputada tão somente ao Poder Legislativo. Sob nossa perspectiva, não encontramos, assim, por exemplo, óbices à declaração da estabilização de um contrato administrativo viciado regido pela aludida lei. O problema não está no texto legal, mas nas concepções que determinados agentes têm sobre a invalidade no Direito e os métodos de sua aplicação. Aliás, a doutrina se ressentia exatamente da falta de um regramento sobre a matéria na seara do Direito público que conduzisse essa atividade e condicionasse suas conclusões⁹³.

⁹¹De mais a mais, supunha-se que a grande quantidade de contratos administrativos (i) anulados e/ou (ii) suspensos cautelarmente – o que ocorreria sempre que descortinada uma mácula qualquer atinente a um determinado contrato – era uma das causas mais relevantes para o reprovável estado de coisas das obras públicas brasileiras: muitas delas estavam (e estão) atrasadas. Somente para fazer um contraponto a essa última premissa, no Acórdão nº 1.079/2019, o plenário do TCU examinou “auditoria operacional com o objetivo de elaborar um diagnóstico sobre as obras paralisadas no país financiadas com recursos da União”. Conforme banco de dados advindos do PAC, (i) as intervenções judiciais e (ii) as ingerências dos órgãos de controle representam, cada uma delas, somente 3% dos dos motivos das paralisações de obras financiadas com recursos da União. De qualquer modo, sejam ou não acurados esses dados, a nova Lei de Licitações traz um antídoto para o acréscimo de obras públicas paradas decorrentes da anulação e da suspensão da execução de contratos administrativos, independentemente da relevância – maior ou menor – que esses fatores tenham no universo de motivos para a paralisação de obras públicas no Brasil. DOURADO, 2022, p. 260.

⁹²While some legal philosophers take a skeptical view about it, it seems, nonetheless, that it would be a mistake to dismiss defeasibility simply as a new, currently fashionable, label for well-known, unsurprising, corners of the legal maze. Indeed, defeasibility features as the main character within critical lines of inquiry pointing at some deeply rooted conception about crucial issues in law. [...] CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and legal indeterminacy. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Org.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 160.

⁹³A importância do tema da invalidade do ato administrativo está relacionada com o dever de manutenção legítima do Direito. Ele poderá ser restabelecido por meio da juridicização de seu resultado prático, seja retirando o descumprimento do sistema, estabilizando-o ou saneando a invalidade detectada. No entanto, a despeito da enorme importância destacada, constatamos a inexistência de um regramento que abstratamente conduza essa atividade e condicione suas conclusões. No mais, não podemos esquecer que essa falta de balizas à atuação estatal é prejudicial aos administrados, posto que a invalidação tem o condão de impactar, seja positiva ou negativamente, a situação jurídica dos administrados envolvidos. AURÉLIO, Bruno. **Atos ampliativos de direitos: revogação e invalidação**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

O certo é que a Lei Federal nº 14.133/2021 adotou paradigma diverso daquele da Lei Federal nº 8.666/1993, tratando de positivar uma teoria das invalidades dos contratos públicos mais afinada ao critério hermenêutico da ponderação. É em razão disso que a Lei Federal nº 14.133/2021 não assume que determinado vício “induza” a invalidação, tomando-a como último recurso apto a corrigir a suposta desconformidade.

Como aduz Jacintho Arruda Câmara, “não basta constatar ilegalidade para expurgar um contrato administrativo; será necessário avaliar se invalidá-lo é compatível com o interesse público (art. 147)⁹⁴.” O art. 147 da Lei Federal nº 14.133/2021 dispõe de um rol exemplificativo de aspectos que devem ser integrados na ponderação, e não basta meramente invocar a ponderação para justificar a decisão (ato administrativo ou judicial): é necessário efetivamente ponderar os valores⁹⁵.

Marçal Justen Filho intitula esse ônus afivelado ao exercício da competência de invalidação de “estudo de impacto invalidatório”. A nomenclatura empregada pelo festejado autor é, sem dúvida, bem alinhada ao léxico da Lei Federal nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica)⁹⁶ e da Lei Federal nº 13.848 (Nova Lei das Agências Reguladoras), e, por isso, não nos opomos a utilizá-la, desde que não se perca de vista que a operação jurídica que constitui o eixo desse “estudo de impacto invalidatório” é uma ponderação que se passa no âmbito de um processo judicial ou administrativo com fortes exigências instrutórias e amplas garantias em favor do particular contraente.

⁹⁴CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo – A invalidação de contratos não pode contrariar o interesse público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 176.

⁹⁵Não se trata de uma imposição totalitária que irá ferir o direito individual do particular prejudicado no caso concreto. Trata-se de uma ponderação entre valores, que pode exigir maior esforço do gestor, mas que tende a propiciar resultados melhores para todos. Afinal, o titular do direito ao saneamento de vícios é toda a sociedade, de modo que, se a manutenção do ato for mais benéfica, tem todo o sentido sustentar esse caminho. Mesmo o particular que no caso concreto tenha eventualmente sofrido algum prejuízo também integra o corpo social que irá ser beneficiado. Com essa ideia geral em mente, o rol abaixo analisado é exemplificativo, já que o *caput* do presente dispositivo utiliza a locução “entre outros” para se referir aos parâmetros possíveis de avaliação. ZANCANER, Carolina; SARAI, Leandro. Capítulo XI: Da nulidade dos contratos. In: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 1.357.

⁹⁶Sobre o tema *vide* MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et al.* (Orgs.). **Comentários à lei de liberdade econômica: lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; SALOMÃO, Luis Felipe *et al.* (Orgs.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da *et al.* (Orgs.). **Lei da liberdade econômica anotada: lei nº 13.874/2019**, Vols. 1 e 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

3.2.3. O efeito do ato de invalidação do contrato administrativo

Colhidos todos os elementos suficientes à ponderação⁹⁷ edita-se o ato de invalidação para retirar o contrato administrativo viciado do mundo jurídico. De regra, a extinção de uma norma leva à extinção de seus efeitos⁹⁸, daí que dizemos: deixa aquela norma de ser fonte de uma obrigação para o Estado.

Daí não resultará, contudo, a total inoperância da existência consumida pelo ato de invalidação. Como aludíamos acima os contratos administrativos podem ter quatro ordens de eficácia, e, considerando que uma se estabelece quando há observância da norma no seio social (eficácia fática), é certo que tal efeito, na verdade, integrará uma cadeia de fatos histórica que não há invalidação que possa apagar⁹⁹.

Em toda hipótese, norma jurídica contratual deixa de obrigar o Estado. Imagine-se o desalento que sobrepairaria o particular contraente que, desavisado, supusesse que os serviços já prestados por si não poderiam mais ser “cobrados” do Estado. Realmente, grande falta faria no Direito Público se não isolássemos os atos jurídicos dos fatos jurídicos¹⁰⁰.

Eloquentemente, Jacintho de Arruda Câmara antevia que a eficácia fática do contrato administrativo também é chamada pelo mundo jurídico, adentrando-o como fato jurídico apto a desenlaçar a responsabilidade do Estado:

O contrato, por ter sido invalidado, não tem mais o condão de prescrever obrigações para quem quer que seja. Não é mais tido como ato jurídico válido. Entretanto, se deixa de existir como ato jurídico válido, ganha nova coloração do Direito ao se tornar “contrato inválido”: passa a ser fato jurídico. Como tal, provoca uma série de efeitos jurídicos, não mais como fonte direta

⁹⁷A generalização do procedimento administrativo a qualquer tipo de decisões permitiu a ampliação da experiência procedimental a decisões que implicam uma inédita multiplicidade de dúvidas. O procedimento passa a ser trabalhado no campo do planejamento da utilização do espaço e no direito do ambiente e assim como um modo de convergência também para decisões que realizam constelações complexas de interesses (*Komplexe Interessenkonstellationen*). 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 de decisão. DUARTE, 1996, p. 94-95.

⁹⁸Ao se invalidar um contrato administrativo busca-se extinguir os efeitos por ele produzidos ou – quando a invalidação se der antes da eclosão de sua eficácia – evitar que venha a produzi-los. CÂMARA, 1999, p. 43.

⁹⁹[...] entre *ato* e *efeito* há uma interrelação vital indiscutível. Mas o que foi produzido, *ato* ou *efeito*, integra uma cadeia histórica que não há revogação ou invalidação que possa apagar. FERRAZ, Sergio. Extinção dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 231, p. 47-66, 2003.

¹⁰⁰Grande falta, no direito público, foi a de se não isolarem os fatos jurídicos *stricto sensu*, lícitos e ilícitos, e os atos-fatos jurídicos, lícitos e ilícitos, como se todo o direito público somente contivesse atos jurídicos. MIRANDA, 2016, p. 43.

que era (ato jurídico válido), mas como fato que provoca a incidência de outras normas jurídicas [...] ¹⁰¹.

Significam essas considerações do aludido autor que o ato de invalidação do contrato administrativa terá carga de eficácia constitutiva negativa ¹⁰², retirando o contrato administrativo do mundo jurídico. Tudo o que é decursivo dessa invalidação, contudo, não é propriamente efeito do ato de invalidação, mas consequências imputadas por outras normas do ordenamento jurídico, dentre elas, como já exemplifica a doutrina ¹⁰³: a) responsabilização administrativa, penal e cível do agente público partícipe da ilegalidade (quando assim se tipifique); b) a reprovação das contas públicas da pessoa estatal; c) a composição perfeita do suporte fático que responsabiliza o Estado;

É atinente à última consequência, a perfeição do suporte fático da responsabilização do Estado em razão da invalidação do contrato administrativo inválido, que se alinha o capítulo seguinte.

¹⁰¹CÂMARA, 1999, p. 43.

¹⁰²[...] o ato de invalidação tem caráter constitutivo (negativo): ele retira do mundo jurídico o ato inválido e/ou seus efeitos jurídicos, conforme o caso. É sempre necessário que um órgão legitimado pelo sistema atue desse modo para que o ato inválido (e/ou seus efeitos) deixe de existir juridicamente. FREIRE, 2008, p. 146.

¹⁰³CÂMARA, 1999, p. 45.

4. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO INSTAURADA PELA INVALIDAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

4.1. Considerações gerais sobre a responsabilidade patrimonial do Estado

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade do Estado de reparar danos tem berço constitucional. É no artigo 37, §6º da Constituição Federal que se esboça um regime de responsabilidade imputável ao Estado, que no Brasil é de Direito porque decisivamente é responsável.

Em sua função, o instituto da responsabilidade do Estado é meio de defesa dos cidadãos¹. Daí não nos parecer pertinente desenharmos um entrechoque nessa seara entre interesse público e interesse privado nos casos em que o Direito imputa ao Estado uma responsabilidade. Com efeito, o Estado, ao ser chamado pelo Direito a se responsabilizar a ressarcir um dano, não é golpeado na órbita dos interesses que lhe compete proteger². No campo da responsabilidade que se atribui ao Estado, pois, o interesse público imanta uma proteção contra a atividade estatal³.

Dizer que o Estado é responsável pode significar muitas coisas. É possível versar o vocábulo “responsabilidade” como figura retórica, prestando-lhe sentidos de poder-dever, obrigação, competência, atribuição, tarefa e até controle⁴. Em suma, é imprescindível depurar o sentido em que se está a empregar o termo.

As raízes latinas do vocábulo podem esclarecer muito, a partir do que José Cretella Júnior esclarece que responsabilidade “evoca seu cognato resposta, ambos alicerçados na raiz

¹[...] Destruídas todas as ficções e desmistificados os factores alienantes, impeditivos da aceitação de uma responsabilidade do Estado, depressa se constatou que o mecanismo da responsabilidade aparecia *residualmente* como a última garantia dos particulares perante os poderes públicos. [...] O princípio de uma responsabilidade directa do Estado tornar-se-ia, assim, um instrumento no sistema das garantias constitucionais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A responsabilidade do estado por actos lícitos**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 91.

²Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto incluindo o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, põe-se a nu a circunstância de que *não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 55.

³A dicotomia entre a esfera pública e a privada causou no imaginário coletivo um efeito negativo, que é a sua mútua exclusão, fazendo com que as pessoas, e até mesmo os especialistas, olvidassem o interesse público presente na responsabilização do Estado quando causa danos ao particular. Nesta seara, em regra, se enfoca a proteção ao interesse privado, quando, eticamente, a melhor solução implicaria ressaltar o interesse público no resguardo aos direitos subjetivos dos cidadãos. GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 290.

⁴É o que dessume José Joaquim Gomes Canotilho. CANOTILHO, 2019, p. 16.

spond do verbo latino *respondere*, cujo significado é responder”⁵. Portanto, responsável é quem responde a uma pergunta, ao passo que, o irresponsável é quem não a responde.

Poderíamos, assim, dizer que responsabilização pressupõe obrigação de responder para denotar que a última significa um dever em sentido amplo, ao passo que a primeira consiste na submissão que se faz a quem não presta o que devia.

4.1.1. A responsabilidade-sanção na Teoria Geral do Direito

É possível encampar esse raciocínio com expressões da técnica-jurídica⁶. Responsabilização é a sujeição de uma pessoa jurídica a uma sanção prevista pelo ordenamento jurídico, como consequência – imputada – pelo descumprimento de uma obrigação. No campo da Teoria Geral do Direito, colhe-se em Kelsen a distinção entre responsabilidade e obrigação (dever jurídico):

[...] Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma conduta oposta é tornada pressuposto de um acto coercitivo (como sanção). Mas este acto coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como se faz notar – contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do acto coercitivo, contra o delinquente, mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito *responde* pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele. No primeiro caso, responde pelo ilícito próprio. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa. Responsável é o delinquente potencial. No segundo caso, responde um indivíduo pelo delito cometido por um outro: o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são idênticos. É-se obrigado a uma conduta conforme ao Direito e responde-se por uma conduta antijurídica. O indivíduo obrigado pode, pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que apenas responde pelo não cumprimento do dever de um outro (pelo ilícito cometido por um outro) não pode, pela sua conduta, provocar ou evitar a sanção. Isto é patente nos casos de responsabilidade penal pelo delito de outrem, ou seja, no caso em que a

⁵CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**, v. VIII – responsabilidade em direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 15. E segue o autor: *Responsável é aquele que responde e resposta é sempre a resultante dum estímulo anterior causativo – a pergunta*. Por outro lado, *irresponsável é o que não responde*, deixando em suspenso o diálogo, por falta do segundo elemento do binômio – a resposta. É o monólogo do irresponsável. *Pergunta e resposta* são elementos componentes do diálogo, quando o guardião da norma indaga do infrator o porquê da violação. O modo pelo qual o infrator responde à pergunta, modo esse apreciado em todos os aspectos pelos juízes subordinados ao sistema convulsionado, é que vai determinar a exclusão da incidência normativa – *irresponsabilidade* – ou a fixação da infringência e do nexos causal ligando o agente à quebra – *responsabilidade* – momento importante para a aplicação das futuras sanções. CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 15.

⁶ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 245. (Coordenação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, v. 7).

sanção tem o carácter de uma pena. Mas vale dizer o mesmo também para o caso da responsabilidade civil pelo delito de outrem, ou seja, no caso em que a sanção tem o carácter de execução civil⁷.

Sob a perspectiva da Teoria Geral do Direito, como já aduzíamos, responsabilidade é o resultado de uma imputação, é uma sanção. Nosso apelo a Kelsen, contudo, não pode parar aqui. É que muitas vezes o dever jurídico em que se constitui um indivíduo de ressarcir os prejuízos materiais ou morais causados por ele ou por outrem é também interpretado como sanção. Trata-se de equívoco. Responsabilidade não se confunde com obrigação de ressarcir, como se colhe, novamente, em Kelsen:

[...] A sanção não é em si mesma um dever – ela pode ser estatuída como tal, mas não tem necessariamente de o ser –, mas é o acto coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo conteúdo de um dever jurídico. Também pode exprimir-se isto dizendo que a sanção é o acto coercitivo que constitui o dever jurídico. Também a responsabilidade não é – como se mostrou – um dever, mas a relação do indivíduo contra o qual o acto coercitivo é dirigido com o delito por ele ou por outrem cometido. O dever é a omissão do delito por parte do indivíduo cuja conduta forma o delito⁸.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida – atento àquela distinção – exemplo típico da obrigação de ressarcir são as hipóteses de limitação ao exercício do direito de propriedade⁹, tal como se configura na desapropriação¹⁰, atuação da Administração em que não se cogita de outra hipótese senão que ela atua licitamente, logo, a justa e prévia indenização em dinheiro não é, evidentemente, sanção, mas um dever.

Sob as considerações de Kelsen, pois, fixamos a problemática da responsabilidade, notadamente sua noção enquanto sanção jurídica no campo da Teoria Geral do Direito, e, pois, nas fronteiras do Direito público e do Direito privado. Daí pretendermos bem observar a

⁷KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2008, p. 139.

⁸KELSEN, 2008, p. 139.p. 143.

⁹[...] a obrigação relaciona-se com a conduta cuja não adoção é pressuposto da incidência da sanção. Já a responsabilidade relaciona-se com a sujeição de alguém à incidência da sanção, independentemente de ter essa pessoa, com a sua conduta descumprido uma obrigação. ALMEIDA; CARVALHO FILHO, 2019, p. 246-248. Também neste sentido, CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 115; MELLO, 2021, p. 941-942.

¹⁰O fundamento jurídico, pois, da desapropriação tradicional no nosso direito positivo subsume-se no próprio perfil constitucional do direito de propriedade, que contém uma carga de exaustão, diante da necessidade ou utilidade pública e interesse social, tal como a lei venha a dispor, com os limites lógicos que compreendem a relação de adequação com a estruturação da atividade administrativa, no objetivo da realização do interesse público, como suprarreferido. BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2ª ed. rev. ampl. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33.

advertência de José Joaquim Gomes Canotilho quanto aos perigos de tomar qualquer abordagem unilateral¹¹⁻¹².

4.1.2. Responsabilidade civil imputada ao Estado

O campo em que se encarta este trabalho, como aludíamos desde antes, concerne à responsabilidade civil imputada ao Estado. Quando falamos em responsabilização civil do Estado, optamos por nos referir às suas múltiplas atuações funcionais, abrangendo, assim, a atividade judicial, a legislativa como também a administrativa.¹³ Trata-se, portanto, de responsabilidade imputada ao Estado por danos decorrentes de sua atuação, lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, direta ou indireta.

Frise-se, desde já, uma divergência no campo da doutrina a respeito do rótulo dado ao amplo tema. Se alguns preferem “responsabilidade patrimonial do Estado”, ou simplesmente “responsabilidade do Estado”, com o fato de apormos “civil” à responsabilidade imputada ao Estado não queremos confundir o regime de responsabilização do Estado com àquele reservado às pessoas na ordem civil¹⁴. Nesta conjuntura, há quem prefira empregar a “responsabilidade civil” para se referir à “responsabilidade patrimonial” do Estado simplesmente para evitar resistências terminológicas, vez que a responsabilidade patrimonial – por danos – importa um conceito unívoco, prescindindo da realização de distinções ontológicas consoante seja o causador do dano o Estado ou o particular.

¹¹A apriorística substantivação da responsabilidade do poder público ou a sua completa submissão aos cânones privatísticos conduzem, inevitavelmente, a uma inquestionável autonomização da responsabilidade estadual ou a um deliberado esquecimento da sua especificidade problemática. CANOTILHO, 2019, p. 31.

¹²Estamos convencidos, por ende, de que el tema de la responsabilidad estatal requiere de la mutua integración de los aportes que podamos brindar los civilistas y los cultores del derecho público. Es necesario tejer un diálogo fructífero entre personas que se escuchen, que permita que cada disciplina aporte lo suyo, sin pretensiones de exclusividad, superando perjuicios, mitos y limitaciones propios de nuestra formación. PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad del estado y del funcionario público**. Tomo I – caracterización general. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2016, p. 4-5

¹³Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 815.

¹⁴“Nosotros”, los *civilistas*, solemos emplazar presuntuosamente el tema como simple cuestión de derecho de daños, como un mero capítulo específico de la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica. Tal perspectiva nos parece tan obvia que ni siquiera debería ser discutida e, a veces, equivocadamente, miramos con injustificable desdén aportes relevantes que provienen del derecho público, que son insoslayables, desde el mismo momento en que la legitimación pasiva, en el tema que nos ocupa, recae nada menos que sobre el propio Estado. Sentimos que estamos ante una cuestión que “nos pertenecía” antes de que naciera el derecho administrativo y que debe seguir siendo solamente “nuestra” en los días que corren. Es obvio – demasiado obvio, diríamos – que el Derecho administrativo tiene mucho que aportar y que su voz no puede ser acallada por nosotros, diciendo que el derecho de daños se resorte exclusivo de los civilistas, arrogándonos petulantemente el dominio pleno de todos los aspectos que hacen a esta disciplina. PIZARRO, 2016, p. 3-4.

O Estado, em suas múltiplas atividades funcionais, sempre se apresenta por seus agentes na ordem jurídica¹⁵. Suas atividades são desenvolvidas por agentes, a quem se outorga competências para bem agir. No cumprimento dessas competências os agentes estatais podem, todavia, vir a causar danos aos particulares – mas, correntemente no Brasil, não poderão ser diretamente responsabilizados por tal¹⁶.

O só fato de o Estado figurar entre os elementos de suposta imputação de responsabilidade já nos conduz a questionar se não há, por trás, eventuais dimensões publicísticas da responsabilidade civil do Estado¹⁷. Isso porque, se hoje não encontramos quem defenda a irresponsabilidade do Estado, nem sempre foi assim.

José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, avaliando o contexto europeu, aponta que o dogma tradicional foi o da irresponsabilidade do Estado, vindo a emergir, progressivamente a ideia de sujeitar entes públicos às regras de responsabilidade¹⁸. Neste sentido, constata Clovis Beznos que a referência histórica que a doutrina costuma atribuir ao tema parte da concepção da irresponsabilidade do Estado pelos danos causados, como uma característica dos Estados Absolutistas¹⁹. Era, portanto, a prevalência do Estado irresponsável, com arrimo no princípio da soberania, a concepção dominante, que não admitia que o soberano pudesse fazer mal a quem quer que fosse.

Com efeito, cada ordenamento jurídico segue uma linha de evolução própria. No caso do Brasil, reporta Almiro do Couto e Silva que, por aqui, já se conviveu com a ideia de plena irresponsabilidade do Estado na época colonial²⁰⁻²¹. Rigorosamente, em termos de res-

¹⁵[...] não se biparte Estado e agente (como se fossem representante e representado) mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, processada na intimidade de pessoa estatal. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 4ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 72.

¹⁶Cf. BEZNOS, Clovis. Responsabilidade extracontratual do estado: a responsabilidade exclusivamente regressiva do agente público em face do princípio da impessoalidade. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Orgs.). **Direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 199-125.

¹⁷[...] ilegítimo será deduzir a negação de quaisquer particularidades na responsabilidade dos entes públicos. Considerar a responsabilidade como um instituto unitário e englobador das principais hipóteses de causação de danos verificados no direito público e privado, é diferente da recusa em admitir certas peculiaridades que o problema em questão levantará no âmbito publicístico. Parece-nos, até indubitável, que o facto de os danos serem produzidos por atos ou operações administrativas postula a indispensabilidade da indagação das eventuais dimensões publicísticas da responsabilidade civil do Estado. CANOTILHO, 2019, p. 32.

¹⁸CANOTILHO, 2019, p. 41.

¹⁹BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: GUERRA, Alexandre *et al.* (Orgs.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 391-402.

²⁰Para uma narrativa quanto à linha de evolução histórica da responsabilidade do Estado no Brasil. Cf. SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 202, p. 19-41, 1995.

ponsabilidade do Estado e não de agentes públicos, o regime da irresponsabilidade estatal, como leciona Romeu Felipe Bacellar Filho, também descenderá da primeiríssima Constituição brasileira, que outorgada, convenientemente, estabeleceu a responsabilidade dos “empregados públicos”²².

Em qualquer hipótese, o ponto terminal de nossa evolução é a Constituição Federal de 1988, em cujo artigo 37, §6º se consagra a responsabilidade objetiva do Estado²³ em termos mais amplos que os de regimes constitucionais anteriores. Neste sentido, é o que constata Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, visto que se passou a submeter as prestadoras de serviços públicos, tal como as pessoas jurídicas de direito público, ao regime de responsabilização objetiva²⁴. Demais disso, acolhendo-se recomendação de Miguel Seabra Fagundes, o texto constitucional passou a empregar o termo “agente”, ao invés de “funcionário” – de conotação mais restrita – como se valiam os superados textos de 1967 e 1969²⁵.

²¹Divergindo de tal entendimento, assevera Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: Note-se que, no direito positivo brasileiro, a teoria da irresponsabilidade do Estado jamais foi adotada. Se tratássemos da evolução histórica tão-somente no Brasil, não passaríamos jamais por essa fase, por que as nossas Constituições do século XIX – tanto a de 1824, quanto a de 1891 – não continham a isenção de responsabilidade do Estado. Ao revés, previam, de modo expresso, a responsabilidade do funcionário e empregado públicos. Havia, apenas, leis ordinárias assinalando a responsabilidade solidária do Estado com o agente causador do dano. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43.

²²O Brasil, na sua primeira Constituição outorgada em 11.12.1823 (que teve sua vigência a partir de 1824), adotando a tese do Estado irresponsável, estabeleceu a estrita responsabilidade dos “empregados públicos” pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos (art. 179, inc. XXIX). O texto foi praticamente repetido no *caput* do art. 82 da Constituição de 1891, observando-se tão-somente irrelevante alteração na redação do dispositivo. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 302.

²³Na esteira desse dispositivo constitucional, alinha-se o artigo 43 do Código Civil.

²⁴Sobre o tema, Cf. BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. PIRES, Fernanda Ivo (org.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

²⁵Consolida-se, então, a responsabilidade objetiva, de modo que toda sua evolução histórica é marcada por um processo de tutela da vítima à vista de que, frequentemente, nas ações judiciais, reveste-se de um enorme grau de dificuldade a constatação da culpa. [...] A primeira delas diz respeito ao reconhecimento daquilo que a doutrina e a jurisprudência majoritariamente já admitiam, a saber, que a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, respondesse por responsabilidade objetiva, sob a mesma forma da pessoa jurídica de direito público. A incorporação deste comando na regra claríssima do art. 37, §6º da Constituição de 1988 representa, pois, a consagração de antiga luta por doutrina pátria. A outra grande evolução da mencionada norma foi a amplitude interpretativa permitida pelo uso do termo “agente”. A Constituição de 1967 valia-se do vocábulo “funcionário”, o qual abrange uma gama bem específica dos personagens envolvidos na Administração Pública. Em contraposição, o atual “agente” denota uma abrangência significativamente maior, a contemplar todas as categorias possíveis – agentes políticos, agentes administrativos e, até, particulares em colaboração com a Administração. Atendeu-se, aqui, a uma recomendação da doutrina (feita especialmente à Assembleia Constituinte por Miguel Seabra Fagundes), pacificando-se as divergências que ainda grassavam na jurisprudência. MONTEIRO FILHO, 2006, p. 46-47.

Não se olvide, porém, que o texto constitucional referente ao tema da responsabilidade patrimonial do Estado não se cinge àquilo previsto no art. 37, §6º, pois outros de seus dispositivos tratam de talhar o regime de responsabilidade do Estado por erro judiciário, a teor do artigo 5º, inciso LXXXV, e por dano nuclear, no artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”.

O tema da responsabilidade civil do Estado no Brasil é marcado por muitas controvérsias²⁶. Voltando nossa atenção ao texto constitucional, perceberemos que o artigo 37, §6º está assim insculpido: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”²⁷.

Frente ao aludido dispositivo constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, exclui do âmbito objetivo²⁸ a hipótese em que estabelecido ao Estado um dever de evitar, e desenhando-se possível evitar, o Estado se omite, e um evento alheio a si – mas por omissão sua – vem a causar dano²⁹. Para o aludido jurista, só se imputaria responsabilidade objetiva aos casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano³⁰ ou em que seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação³¹.

A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que de forma alguma é isolada³², não obstante, é contundentemente criticada por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem³³

²⁶O tema da responsabilidade do Estado, notadamente aquela referente à sua atuação extracontratual e de índole civil, é sempre muito interessante. Note-se que é um dos tamos do Direito Público em que mais teorias conflitantes há. Reduzindo muito o problema, poder-se-ia afirmar que existem pelo menos dois grandes *locus* de divergência: o doutrinário e o jurisprudencial. E, ainda, tais espaços de discussão variam conforme o foco da responsabilidade, pois esta não recai somente sobre a função administrativa, mas também legislativa e judicial, sendo esta última a mais polêmica. GABARDO, 2003, p. 259.

²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

²⁸[...] objetivar a responsabilidade implicar tornar irrelevante a existência de culpa ou dolo, ou seja, é desconsiderar se há negligência, imperícia ou imprudência na conduta. GABARDO, 2003, p. 264.

²⁹Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo. [...] *Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido*. Com efeito: inexistindo *obrigação legal* de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja *possibilidade* de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. MELLO, 2021, p. 957-958.

³⁰[...] o Estado gera o dano, produz o evento lesivo – entendemos que é de aplicar-se a *responsabilidade objetiva*. A própria noção de Estado de Direito postula essa solução. MELLO, 2021, p. 956.

³¹ Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. MELLO, 2021, p. 961.

³² Alinham-se neste sentido: DI PIETRO, 2017; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

para quem, por imposição da Constituição de 1988, todo e qualquer comportamento ineficiente do Estado brasileiro – comissivo ou omissivo – submete-se ao regime de responsabilização objetiva³⁴.

Emerson Gabardo anota, ainda, que o âmbito das divergências se estende da doutrina³⁵ à jurisprudência³⁶. Tem razão o jurista paranaense ao destacar que as posições que se possa adotar acerca das múltiplas situações em que se controverte a perfeição de uma hipótese de responsabilidade do Estado dispõem de fundamentos, quase todas têm o “potencial explicativo”³⁷.

Mas, se há searas desse amplo tema em que a doutrina está longe de qualquer definição – como na controversa hipótese de responsabilização do Estado por omissão –, há outras em que há forte convergência, como nas várias hipóteses em que uma atuação lícita ou ilícita vem a causar dano a um particular³⁸⁻³⁹ – trata-se inequivocamente de responsabilidade objetiva nos termos expressos do artigo 37, §6º da Constituição Federal⁴⁰.

Ao que nos interessa, a edição de um contrato administrativo, que vem a ser objeto de invalidação, não se coaduna com a hipótese de uma omissão do Estado. Perceba-se, então, que o complexo tema da responsabilidade por omissão do Estado escapará aos limites deste

³³GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello *et al.* (Orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 240-292. A construção dessa específica crítica já se esboçava em GABARDO, 2003, p. 259.

³⁴GABARDO; HACHEM, 2010, p. 240-288.

³⁵Em sentido lato, a responsabilidade patrimonial do Estado decorre de seus atos, comissivos ou omissivos, lícito ou ilícitos, os quais redundam em lesão à esfera jurídica patrimonial do cidadão, configurando, pelo nexó lógico entre tais elementos, a necessidade de reparação, sem quaisquer perquirições subjetivas. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público no Brasil. Res Publica – **Revista de la Asociación Iberoamericana del Derecho Administrativo**, ano 2, n. 4, jan./abr. 2006, p. 16.

³⁶[...] Já a Jurisprudência é ainda mais profícua, pois além de ser fácil encontrar todas as interpretações constitucionais e doutrinárias possíveis, é comum, ainda, serem criadas outras, que misturam as teorias, quando não, alegando uma e aplicando outra, quando não acertando pelo erro e errando pelo acerto. GABARDO, 2003, p. 260.

³⁷GABARDO, 2003, p. 260.

³⁸MELLO, 2021, p. 951.

³⁹Neste trabalho importa enfatizar que estamos a destacar a situação em que se causa dano a um particular, pois o regime de responsabilidade estatal por atos comissivos é campo amplíssimo e muito fértil para se controverter fundamentos, e, por conseguinte, se desenvolver a doutrina. Neste sentido, é de se recordar um exemplo de Clovis Beznos, que afasta a responsabilidade objetiva por atuação da Administração fundada na teoria do risco na hipótese de choque de dois veículos de dois Municípios distintos ao aduzir, em nosso sentir com razão, que a equivalência de situações elimina o risco como fator determinante do dever de indenizar, amoldando-se a responsabilização do eventual culpado à luz da teoria subjetiva. Para maiores desenvolvimentos, Cf. BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. PIRES, Fernanda Ivo (org.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

⁴⁰Sempre que o dano for causado por uma conduta *positiva*, comissiva do Estado, a responsabilidade deste é *objetiva*, independe de atuação culposa ou dolosa. Rigorosamente, o dever de reparar o dano não é um efeito do vício do ato administrativo, mas da conduta comissiva da Administração. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 555.

trabalho. Existindo, pois, um agir do Estado na hipótese que voltamos nossa investigação, isto é, uma atuação positiva, a responsabilidade, ser a teor do art. 37, §6º da Constituição Federal.

Cientes de que este trabalho não se volta a uma exposição de todos os aspectos que podem desenlaçar a responsabilidade do Estado, e, que a edição de um contrato administrativo, como regra, não conduz nosso juízo à hipótese do art. artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988, em que o texto constitucional também estabelece um regime de responsabilização objetiva fundada na teoria do risco integral⁴¹, urge que façamos um recorte. É que, com efeito, a “responsabilidade civil do Estado” é mais abrangente que a responsabilidade civil do Estado por comportamentos da Administração, visto que aquela primeira expressão se refere senão a todas as atuações e/ou omissões dos três poderes.

Aqui nos importa propriamente a responsabilidade da Administração⁴². Demais disso, será relevante a análise dos pressupostos que ensejam a responsabilização extracontratual da Administração, vez que, fulminado o contrato por um ato apto a invalidá-lo, não há que se cogitar do inadimplemento de normas originárias de relação contratual⁴³.

De fato, no tocante às responsabilidades civis que presentemente o ordenamento jurídico imputa ao Estado, ou descendem elas de uma relação contratual – alinhando-se sanções próprias à situação de seu inadimplemento⁴⁴ – ou decorrem de atos ou omissões, lícitas ou ilícitas, que se congregam sob a rubrica da responsabilidade extracontratual. Essa distinção,

⁴¹Realmente, a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver a teoria do risco, que acolhe duas espécies: risco integral e risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito). O traço distintivo entre ambas as teorias concentra-se no desprezo dedicado pela teoria do risco integral a fatores circunstanciais (como força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima. BACELLAR FILHO, 2006, p. 312.

⁴²Fala-se [...] com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativos e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais. Trata-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do **Estado**, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A **capacidade** é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. DI PIETRO, 2017, p. 816. A crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao uso da expressão “responsabilidade da Administração” é procedente. Inobstante, sem perder de vista que a responsabilidade é, de fato, imputada ao Estado, versamos a expressão neste trabalho pela consagração de seu uso.

⁴³A responsabilidade civil (patrimonial) do Estado pode ser de duas ordens, variando de acordo com a origem do direito afetado pelo comportamento estatal. Se o direito atingido for derivado de uma relação avençada com o Estado, ter-se-á a chamada *responsabilidade contratual do Estado* – tema com peculiaridades de regime jurídico próprias. Caso derive de norma jurídica que não seja um ato negocial celebrado com a Administração, tem-se a chamada *responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado*. CÂMARA, 1999, p. 114.

⁴⁴Sobre o tema, Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A inadimplência da administração pública e suas consequências: ensaio sobre a moralidade política e administrativa nos contratos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 47, 1994, p. 21-38.

que se opera consoante a fonte da obrigação importará porque o direito brasileiro, de forma radical, adota a regra de não cumulação dessas duas espécies de responsabilidade. Quanto à modalidade (contratual ou extracontratual), aproxima-se, como dito, do objeto desta dissertação apenas a responsabilidade extracontratual do Estado, uma vez que invalidado o contrato, não haverá norma contratual a estear uma sanção decorrente de seu descumprimento. Desta feita, só a responsabilidade extracontratual poderá ser encartada em nossas preocupações.

4.1.3. Pressupostos da responsabilidade da Administração em razão da invalidação de contrato viciado

Fundamental, para os fins que nos propomos, é compreender que a responsabilidade patrimonial da Administração obedece a um regime próprio, e deve se compatibilizar com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e com a origem de danos passíveis de serem por ele produzidos⁴⁵.

Em primeiro lugar, importa asseverar que não há confundir as condições deflagradas da responsabilidade do Estado com os fundamentos da responsabilidade estatal⁴⁶, muito embora seja de inegável importância associar os pressupostos da responsabilidade com o fundamento que lhe dá sentido normativo na espécie. Isso porque não existe um regime jurídico uniforme de responsabilidade para todas as hipóteses de atuação administrativa.

No caso das hipóteses que queremos analisar, isto é, as situações em que nos deparamos com uma invalidação de um contrato administrativo viciado, como regra, os danos provocados pela Administração decorrem de comportamentos produzidos no exercício da função administrativa, e, pois, a título de desempenhar missões em favor da sociedade. Em tais hipóteses, destaca-se como fundamento da responsabilização o princípio da igualdade.

Perceba-se que é uma dimensão específica do princípio da igualdade que dá sustentáculo à responsabilização, a saber, aquela a que os autores designam por “igualdade perante

⁴⁵[...] seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isso, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro suficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos. Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de danos provenientes da ação do Estado, ao contrário do que se sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social. MELLO, 2021, p. 944.

⁴⁶ MELLO, 2021, p. 952.

os encargos públicos”⁴⁷. Diríamos, assim, com José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁸, que o instituto ora visitado, considerado em sua função, não se limita a satisfazer as necessidades de reparação e prevenção, à semelhança do que se passa no direito civil⁴⁹. Nestes casos, a responsabilidade da Administração é instrumento da legalidade, e se vetoriza através da realização da justiça material pelo que impõe o princípio da igualdade.

Não obstante, o fato de se estear a responsabilização do Estado sobre o princípio da igualdade não pode ofuscar a função a que está vocacionado o instituto para reparar um dano (*função reparatória*). De onde, aliás, se deriva a negativa da possibilidade de indenização superior ao dano, rejeitando-se, com isso, teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade da Administração⁵⁰. Esboçado o fundamento da responsabilização da Administração nas hipóteses que pretendemos analisar, seus pressupostos – ou, valendo-nos de expressão de José Joaquim Gomes Canotilho, seus “elementos-travão” de uma total socialização dos prejuízos⁵¹ – devem ser esquadrihados consoante aquela noção fundamental.

Para tais casos, tradicionalmente, a doutrina alinha três pressupostos para engajar a responsabilidade da Administração, a saber: a) uma atuação do Estado; b) o dano; e c) o nexo causal⁵². Assim dizendo, o Estado gera o dano em razão de uma ação sua.

4.1.3.1. Atuação da Administração

O primeiro pressuposto para se engajar a responsabilidade da Administração será, naturalmente, um indispensável agir imputado diretamente a si. Usualmente, a responsabili-

⁴⁷Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por *igualdade perante os encargos públicos* (*égalité devant les charges publiques, Lastengleichheit*). O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 431.

⁴⁸CANOTILHO, 2019, p. 32.

⁴⁹A obrigação decorrente de um ato ilícito qualquer pretende, ou se inclina, à reparação. O ato de reparação é, portanto, a fonte de extinção da obrigação, é seu destino necessário. A reparação, como o cumprimento de um dever, não é somente um efeito da obrigação, como em geral afirmam vários autores. A reparação e o pagamento *lato sensu* constituem o momento final do desenvolvimento da relação, avançando em direção a sua extinção, levando em consideração o seu caráter transitório. SILVA, Clóvis do Couto. **Princípios fundamentais da responsabilidade civil em direito brasileiro e comparado**. Trad. Fernanda Escobar Bins. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2022, p. 22.

⁵⁰Em todos os ramos do direito, incide o comando constitucional do artigo 5º, inciso XXXIX, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

⁵¹CANOTILHO, 2019, p. 159

⁵²Também identificam essa lição assente na doutrina de CÂMARA, 1999, p. 126; MARTINS, 2008, p. 554-568; e MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado e imputação objetiva. In: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 663.

dade civil do Estado descende de conduta própria – vale dizer, de atuação de seus agentes, pois o Estado sempre se apresenta na ordem jurídica através de seus agentes⁵³. É, pois, uma condição subjetiva que poderá desencadear o comprometimento da responsabilidade da Administração, razão pela qual se reputa inequívoca a responsabilização nas situações não só em que os danos decorrem do próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aquelas em que só se produziram em razão de um agente se prevalecer de sua função expressa ou implicitamente para agir.

O que importará, portanto, é saber se o *status* jurídico de agente estatal fora determinante para a conduta lesiva⁵⁴. Isso posto, é possível desenhar uma regra geral: todas as vezes em que um agente estatal agir, no exercício ou sob a invocação de sua função (administrativa), satisfaz-se o primeiro pressuposto para se engajar a responsabilização da Administração.

Fugirão, contudo, à aludida regra geral, e, pois, às raias da responsabilização objetiva da Administração nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal as situações em que a Administração se submeter parcialmente às regras de direito privado, a exemplo de quando atua no domínio econômico para explorar atividade em concorrência com particulares, atraindo as regras de responsabilidade próprias do direito privado.

4.1.3.2. Dano

Há de concorrer, ainda, um segundo pressuposto para a perfeição da responsabilização da Administração, a ocorrência de um dano. Trabalha-se, então, com a ideia de que há um substrato lógico da relação de responsabilidade na existência de uma ação da Administração que causa um efeito danoso no patrimônio de alguém⁵⁵. Aperceba-se, então, que empregamos a palavra “dano” para aludir às consequências da lesão da esfera jurídica de alguém⁵⁶.

⁵³Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação *psicológica* e vida *anímica* próprias. Estas, só os seres físicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, *juridicamente* falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação de seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade. MELLO, 2021, p. 953.

⁵⁴[...] Com efeito, sempre que houver a atuação de um agente político, de um servidor estatal, de um particular em colaboração com a Administração, ou seja, de alguém em nome do Estado, configurado estará o primeiro pressuposto da responsabilização comissiva do Estado. Não há necessidade de que o agente esteja efetivamente no exercício da função pública; basta que ele a invoque expressa ou implicitamente como fundamento de sua conduta. MARTINS, 2008, p. 556-557.

⁵⁵Tal como Fernando Dias Menezes de Almeida, versamos a expressão patrimônio em sentido amplo, incluindo, assim, tanto o patrimônio moral como o patrimônio material. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dano. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito adminis-**

Não será qualquer dano que se reputará suficiente para se responsabilizar a Administração, é mister a presença de certas características⁵⁷. A primeira delas, como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, é que o dano corresponda a lesão a um direito do lesado. Assim assevera o preclaro jurista para diferenciar dano em direito de dano patrimonial e de dano econômico⁵⁸. Daí, para que se identifique um dano importa que este lese um bem jurídico que o ordenamento jurídico proteja, ou, como precisamente escreve Ricardo Marcondes Martins, “para que haja dano, deve haver a diminuição ou a supressão de um bem da esfera jurídica do administrado”⁵⁹.

Observe-se que a responsabilização, exigindo um dano a um direito, pressupõe um prejuízo contrário ao direito, isto é, um prejuízo antijurídico⁶⁰. Insista-se nisso: a ideia de dano já traz implícito o significado de resultado antijurídico. A situação que não se encarte na esfera de proteção constituída pelo sistema jurídico não é suficiente para a composição do pressuposto “dano”⁶¹.

trativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 399 e ss. (Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, v. 7).

⁵⁶Muitas vezes, entretanto, a palavra *dano* vem empregada para aludir não à lesão a um interesse juridicamente protegido, mas à consequência desta lesão, isto é, ao prejuízo. Tem-se, então, dois danos: dano-evento e dano-prejuízo. MARINO, Francisco Paulo de Crezzenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Orgs). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 655.

⁵⁷No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito. Donde, ante atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo – se assim nos podermos expressar; não que a conduta causadora o seja. MELLO, 2021, p. 964.

⁵⁸Não há confundir dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito. O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá. O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado. Logo, dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito. MELLO, 2021, p. 963-964.

⁵⁹MARTINS, 2008, p. 559.

⁶⁰Pela teoria tradicional, configurado um *dano*, a responsabilidade civil do Estado por atuação comissiva só é excluída se não estiver presente o *nexo causal*. Preliminarmente, exige-se um *dano*, e não mero *prejuízo*. Para que haja, do ponto de vista jurídico, um dano, deve ser afetado um bem jurídico do administrado, protegido pelo Direito. Enquanto *prejuízo* é uma mera perda econômica, material, a *lesão* ou *dano* é um conceito jurídico: Há um *prejuízo antijurídico* quando o titular do patrimônio (em sentido lato) afetado não tem o dever jurídico de suportar o prejuízo. MARTINS, 2015, p. 664-665.

⁶¹[...] mesmo os defensores de concepções objetivistas acabam concordando com a insuficiência da mera relação de causalidade objetiva entre uma ação ou omissão estatal e a consumação do dano. Assim, por exemplo, suponha-se que um agente policial, no exercício de legítima defesa, produza a morte de um delinquente. Houve ação estatal e houve dano, mas não há responsabilidade civil. A legítima defesa é causa excludente da responsabilidade civil porque a ação praticada pelo agente estatal é *jurídica* e os danos eventualmente gerados para o autor da agressão são lícitos. JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231.

Ainda, para ser indenizável importa que o dano seja *certo*, isto é, que seja possível e real, ainda que futuro, encartando-se nele “o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo)”⁶². Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, as características alinhadas acima seriam suficientes para caracterizar o dano apto a desencadear uma responsabilidade da Administração nas hipóteses de lesão por comportamentos ilícitos⁶³.

Às hipóteses em que se cogita de comportamentos estatais lícitos, todavia, segundo o aludido autor, também concorreriam à configuração do dano indenizável, demais de um agravo a esfera de direitos do lesado e da certeza do dano, a especialidade e a anormalidade do dano. Ser especial significa o contrário de geral e, em razão disso, dano especial é aquele que só aflige um indivíduo ou grupo de indivíduos⁶⁴. Daí o célebre administrativista concluir que corresponde o dano especial a um “agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certo indivíduos”⁶⁵.

De outra parte, anormal seria aquele dano que superasse os “agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social”⁶⁶. Pertinente crítica acerca dessa concepção quanto à anormalidade do dano se colhe em Ricardo Marcondes Martins⁶⁷, quando anota que o dano anormal não se confunde com o dano grave ou com o dano extenso⁶⁸. De fato, poderíamos reputar anormal o dano que foge à expectativa das pessoas que vivem em sociedade.

Não obstante o posicionamento deste admirável administrativista, parece-nos que a anormalidade, por uma forma ou por outra, resta inclusa na própria configuração do direito lesado⁶⁹. Demais disso, a aposição da característica da “anormalidade” para caracterizar o dano indenizável abriria margem para incluir noções metajurídicas⁷⁰ na definição do dano

⁶²MELLO, 2021, p. 965.

⁶³Tomando posição similar, anota sucintamente José Joaquim Gomes Canotilho: [...] Na responsabilidade dos entes públicos por danos emergentes de actos ilícitos não se condiciona o dever reparatório do Estado à verificação de um dano especial e grave. CANOTILHO, 2019, p. 159.

⁶⁴CANOTILHO, 2019, p. 160.

⁶⁵MELLO, 2019, p. 965.

⁶⁶MELLO, 2019, p. 965.

⁶⁷Ricardo Marcondes Martins estende a característica da anormalidade para se configurar o dano indenizável às hipóteses em que a Administração atua ilicitamente, filiando-se, assim, expressamente à primeira posição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Cf. MARTINS, 2008, p. 560.

⁶⁸MARTINS, 2008, p. 561.

⁶⁹Neste sentido, também registram Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem: A dita normalidade, em geral reputada também como característica essencial do dano indenizável (notadamente por ato ilícito), na realidade, está inclusa na própria configuração do direito lesado, pois só haverá anormalidade quando não estiver presente o dever de suportar e, portanto, há direito juridicamente protegido. GABARDO; HACHEM, 2010, p. 24-25.

⁷⁰[...] discordando-se aqui da doutrina tradicional, não se reconhece fazer sentido, em teoria do direito, o recurso ao conceito de “dano injusto”, ou “dano anormal”, a extrapolar um mínimo que toda a sociedade deve suportar

indenizável – ainda que, com sua inclusão, salientássemos “a importância, o peso que o sacrifício deverá ter para lhe ser atribuída importância indenizatória”⁷¹.

Em suma, em nossa concepção, para as hipóteses em que a Administração age ilícitamente, o dano para ser indenizável há de ser (i) antijurídico, isto é, deve se dirigir a lesar a esfera juridicamente protegida de alguém, e (ii) certo. De outra banda, nas hipóteses em que a Administração age licitamente o dano indenizável para se configurar indenizável deve ser (i) antijurídico, (ii) certo e (iii) especial.

4.1.3.3. *Nexo Causal*

Por fim, para que se impute responsabilidade à Administração nas hipóteses que tratamos de enfrentar, imprescindível que, no plano dos fatos, identifiquemos elementos fundamentais de uma relação de causalidade: uma ação causadora (como condição) e um efeito danoso (como consequência)⁷². A existência de um nexo causal entre a aludida ação e o efeito danoso é, então, elemento indispensável para que se cogite da imputação da responsabilidade à Administração.

Fernando Dias Menezes de Almeida, atento que a comprovação do nexo causal é abordada pela doutrina jurídica em torno de “teorias”, a exemplo da teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequada, teoria da causalidade próxima e direta, entre outras⁷³, alerta para que não se conceba que os problemas acerca da imputação de responsabilidade se resolvem em abstrato:

Com todo respeito à relevância das contribuições que, ao longo dos tempos, gerações de autores que se dedicaram a esse debate trouxeram para a evolução da ciência do direito, parece a este autor que existe um problema intrínseco ao recurso de argumentação jurídica em torno desse uso da noção de “teorias” para a solução do problema.

Alguém que desavisadamente pretende travar contato com o assunto terá a sensação de ser possível, por uma prévia solução abstrata (mediante adesão a

dentro de qualquer convivência social, para justificar a responsabilidade do Estado. Essas são noções metajurídicas, que cabem em uma ponderação de política legislativa, ao se definirem os padrões de legalidade da ação estatal. Uma vez positivada a regra de direito, “dano” (*tout court*) é o que dela deriva como resultado ilícito. ALMEIDA, 2019, p. 400.

⁷¹CANOTILHO, 2019, p. 164.

⁷²ALMEIDA, 2019, p. 385.

⁷³[...] na prática, a grande questão por trás de qualquer litígio envolvendo responsabilidade – também a do Estado – é, antes de mais nada, a comprovação do nexo causal. A doutrina jurídica que aborda o tema da responsabilidade civil usa descrever o modo pelo qual os aplicadores do direito enfrentam essa questão, organizando os argumentos em tornos de “teorias”: “teoria da equivalência dos antecedentes”, “teoria da causalidade adequada”; “teoria da causalidade eficiente”; “teoria da causalidade próxima e direta”; “teoria da causalidade típica”, entre outras. ALMEIDA, 2019, p. 390.

uma das teorias), resolver-se, por antecipação, um problema que é eminentemente empírico.

Ora, sempre haverá um dado inegável, que é a impossibilidade material de se estabelecer, na realidade vivida pelo ser humano, “uma só” causa para “um só” efeito⁷⁴.

Assiste razão ao citado administrativista, no mundo dos fatos sempre haverá uma “cadeia infinitesimal, se é que não fractal, de causas e efeitos”⁷⁵ a dificultar discussões sobre causas simultâneas ou concausas. A aplicação da sanção – responsabilidade da Administração –, com efeito, se resolve, frente ao caso concreto, mediante uma seleção de causa(s) juridicamente relevante(s), que, compondo um suporte fático imputam-na ao responsável.

Não se tenha aqui como afirmado que um juízo quanto à causalidade de determinados acontecimentos não seja relevante para se imputar uma consequência jurídica. Isso porque, com razão afirma Ricardo Marcondes Martins, com a descrição de nexos causais nos suportes fáticos das normas, “a causalidade ingressa no mundo jurídico”⁷⁶. Neste sentido, o que a doutrina assinala como “excludentes de responsabilidade” – como a “causa da vítima”, a “causa de terceiro”, “caso fortuito” e “força maior” – referem-se evidentemente a situações em que o dano não é causado por atuação do Estado.

Alinhando-se esses pressupostos – a saber, (i) uma atuação da Administração; (ii) o dano indenizável; e (iii) onexo causal – poderíamos, então, deduzir um modelo para a responsabilização da Administração nas hipóteses assinaladas a seguir. A doutrina, porém, registra que o quadro estaria incompleto, faltando um pressuposto autônomo, consistente na imputação objetiva⁷⁷. Por ora, queremos simplesmente apontar esta divergência, para explorá-la topicamente quando da exposição de variáveis que podem se desenhar aos olhos do aplicador do Direito. Passemos, assim, ao exame do art. 149 da Lei Federal nº 13.144/2021.

4.2. A hipótese do art. 149 da Lei Federal nº 14.133/2021

O artigo 149 da Lei Federal nº 14.133/2021 estabelece que a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprova-

⁷⁴ALMEIDA, 2019, p. 390.

⁷⁵ALMEIDA, 2019, p. 390.

⁷⁶MARTINS, 2015, p. 660.

⁷⁷MARTINS, 2008, p. 567; MARTINS, 2015, p. 673.

dos, assertiva que vem acompanhada da excludente “desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa”⁷⁸.

Em cotejo que se faça com a redação da Lei Federal nº 8.666/1993, em cujo artigo 59 se rezava que a declaração de nulidade do contrato administrativo operava retroativamente (*ex nunc e ab initio*) para impedir seus efeitos jurídicos, se depreende que a novel legislação adota uma compreensão distinta quanto à pronúncia de invalidade das contratações públicas. Isso porque, na lei anterior, a princípio, toda nulidade do contrato desaguaria em sua invalidação com eficácia *ex tunc e ab initio*, ao passo que, na Lei Federal nº 14.133/2021, assim dispõe seu artigo 148, §2º, em complemento ao artigo 149, que a eficácia do ato de invalidação poderá ser modulada *pro futuro*⁷⁹, assim *in verbis*:

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§1.º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§2.º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar novas contratações, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez⁸⁰.

Por ocasião da menção a esses dispositivos, não custará rememorar que no capítulo anterior aludíamos à doutrina de que o dever de invalidar o ato administrativo viciado “pode se transmutar no dever de não invalidar, ora tão só por força do princípio da segurança jurídica, ora deste, aliado ao da boa-fé, quando em causa atos ampliativos de direitos”⁸¹.

O que realmente importa, na atual quadra deste trabalho, é apontar que o próprio legislador está a aumentar a complexidade das variáveis que a questão da invalidação enseja. Jacintho de Arruda Câmara e Carlos Ari Sundfeld escreviam, ainda com olhos no artigo 59 da

⁷⁸BRASIL. Presidência da República. Secretária-geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Artigo: 149.

⁷⁹A Lei 14.133/2021 adota orientação diversa. O reconhecimento da existência do vício na contratação impõe, como solução necessária inafastável, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos. Admite-se a preservação da licitação e do contrato, tal como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício. Isso significa que uma contratação eivada de vícios pode ter a sua execução preservada. A solução poderá ser acompanhada de medidas destinadas a eliminar os defeitos e os seus efeitos danosos. Se for o caso, caberá adotar providências de cunho compensatório, destinadas a suprimir vantagens ou benefícios indevidos. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1541.

⁸⁰ BRASIL. Presidência da República. Secretária-geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Artigo: 148.

⁸¹ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110; Cf. MARTINS, 2019;

Lei Federal nº 8.666/1993, que o problema da invalidação dos contratos administrativos, mesmo quando abordado abstratamente, não comporta resposta única, apontando que as características do vício, o momento em que seja declarada a invalidade e o próprio objeto do contrato como fatores poderiam influenciar os efeitos da desconformidade com o ordenamento jurídico⁸². O que diríamos, então, face à competência para se modular os efeitos da invalidação do contrato administrativo?

Não poderíamos deixar de manifestar que concorre à modulação dos efeitos da invalidação *pro futuro* uma outra solução ao se deparar a Administração com um vício no contrato administrativo, vez que ela também dispõe da competência para contratar por dispensa em casos emergenciais, consoante o artigo 75, inciso VIII da Lei Federal nº 14.133/2021. Tendo em conta que a contratação emergencial é um recurso já há muito utilizado no Brasil, é possível intuir que haverá uma preferência pela solução de contratar por emergência. Essa questão, todavia, é uma questão que se assinalará à sociologia jurídica. No campo normativo, o art. 148, §2º da Lei Federal nº 14.133/2021 não é de forma alguma desprezível.

Aliás, de forma similar, o Real Decreto Legislativo 2/2000, do ordenamento jurídico espanhol, possui dispositivo cuja redação em muito se aproxima do texto adotado por nosso legislador. Colhe-se no artigo 65, item 3 – em livre tradução – que se a declaração administrativa de nulidade de um contrato produzisse um grave transtorno ao serviço público, poderá se dispor no mesmo acordo a continuação dos efeitos daquele e sob suas mesmas cláusulas, até que se adotem medidas urgentes para evitar prejuízos”⁸³.

Para o dispositivo legal espanhol, admite-se que a Administração disponha no mesmo acordo de um ato para que continuem os efeitos daquele [contrato]. Se advém tal efeito de um ato administrativo que se insere no acordo, não nos parece que seus efeitos jurídicos tenham fonte contratual. A regra adotada pelo legislador brasileiro é diversa, a autoridade que declara a nulidade tem competência para modular *pro futuro* os efeitos da invalidação.

⁸²Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato administrativo com vício de origem e a divisão de responsabilidades. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* (Orgs.). **Responsabilidade do estado**: estudos em homenagem ao professor Edmir Netto de Araújo. São Paulo: LibersArs, 2021.

⁸³Art. 65. Efectos de la declaración de nulidad. 1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. 2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias. 3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio. GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Real Decreto Legislativo**, de 16 de jun. 2/2000.

A solução legislativa disposta no artigo 148, §2º da Lei Federal nº 14.133/2021 já é conhecida e estudada pela doutrina, não sem que se tenha instaurado controvérsia, como se vê:

[...] até bem pouco tempo a doutrina era pacífica a respeito dos efeitos *ex tunc* e *ab initio* da invalidação do ato administrativo. Recentemente houve uma sensível alteração desse quadro: juristas de escol passaram a admitir a invalidação irretroativa. Dentre eles, surgiram duas posições: para alguns a invalidação irretroativa dá-se em circunstâncias excepcionais, aferíveis no caso concreto, para outros a irretroatividade da invalidação dá-se sempre que o ato for ampliativo de direito e houver boa-fé do beneficiado.

Posições definitivas, independentes do caso concreto, foram, na maioria das vezes, afastadas nesta exposição: elas estabelecem uma hierarquia rígida dos valores acolhidos pelo ordenamento (*supra*, Capítulo VIII-5.6.3) e, assim, contrariam o pluralismo político (*supra*, Capítulo VIII-5.6.1) e a relatividade própria dos valores (*supra*, Capítulo VIII-5.6.2).

[...]

Diante dos princípios envolvidos, a ponderação pode determinar a invalidação retroativa ou irretroativa: a boa-fé do administrado, a confiança legítima, a instituição de várias situações jurídicas, a ampliação da esfera jurídica do administrado, o decurso de longo período de tempo, são fortes razões *prima facie* em favor da invalidação irretroativa; a má-fé do administrado, a restrição de sua esfera jurídica, a não-geração de efeitos, o decurso de curto período de tempo, são fortes razões *prima facie* em favor da invalidação retroativa⁸⁴.

Observe-se, todavia, que a hipótese de a Administração aplicar essa modulação com eficácia *pro futuro*, a obrigação de pagar ao particular contratado decorre de um contrato, não se desenlaçando a responsabilidade extracontratual da Administração.

Dada a devida atenção às inovações legislativas, da Lei Federal nº 14.133/2021, perceberemos que a invalidação do contrato com efeitos *ex tunc* será, antes de tudo, um passo imprescindível à perfeição da hipótese de fato de uma obrigação de restituir a própria coisa prestada à Administração em razão da contratação, como se depreende do §1º do artigo 148 do aludido diploma.

Não se desenhando possível a restituição, como na maioria das hipóteses em que as prestações não têm natureza real⁸⁵, e desenlaçando-se os pressupostos da responsabilidade objetiva da Administração, incidirá a responsabilidade-sanção.

⁸⁴MARTINS, 2008, p. 419-420.

⁸⁵Como regra, admite-se a restituição de bens equivalentes – aqui deduzidos notadamente os fungíveis e duráveis.

4.2.1. Variáveis projetáveis

O problema da invalidação de contratos administrativos, ainda que tratado de forma abstrata, não comportará resposta única⁸⁶. Há uma série de variáveis que dão aos contratos administrativos notas de distinção entre si, notadamente no plano dos fatos⁸⁷. Neste sentido, podemos nos deparar com contratos já cumpridos, bem como em vias de cumprimento ou que sequer as obrigações sejam exigíveis. No que toca à responsabilização, também, um contrato cujo vício decorra de conduta da Administração parece merecer um tratamento normativo distinto daquele em que há uma fraude em que o contraente particular seja partícipe.

Antes de tudo, não sobeja ressaltar que, como aduzíamos, o contrato administrativo, após ser invalidado, deixa de ser norma jurídica, passando a ser objeto de incidência de outras normas – dentre elas, o art. 149 da Lei Federal nº 14.133/2021. Assinale-se que o primeiro pressuposto da responsabilidade da Administração, com efeito, se aperfeiçoa com a edição do próprio contrato administrativo inválido, e não propriamente com o ato de invalidação como poderia se imaginar, assim dizendo, a edição do contrato administrativo consiste na atuação positiva da Administração⁸⁸. E ainda que se cogite que o dano (indenizável) decorra do ato de invalidação, “a correção é um efeito do vício, e, conseqüentemente, os danos causados pela correção – efeitos do efeito – também, em última análise, decorrem do vício”⁸⁹.

Com efeito, as diversas variáveis que podemos projetar constituirão características não do contrato administrativo-norma, mas do fato jurídico alvejado pelo art. 149 da Lei Federal nº 14.133/2021. Assim, só falamos em variáveis dos contratos administrativos para denotar aquelas que afetam o fato histórico alvo de incidência de uma norma jurídica.

Afigurando-se impraticável esboçar toda riqueza de situações que os problemas do mundo dos fatos poderiam suscitar, a doutrina – parece-nos, pioneiramente no Brasil, por Jacintho de Arruda Câmara⁹⁰ - preocupou-se em enfrentar situações-problema, tomando por base uma série de variáveis que podem afetar os contratos inválidos.

⁸⁶Neste sentido, CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato administrativo com vício de origem e a divisão de responsabilidades. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* **Responsabilidade do estado**: estudos em homenagem ao professor Edmir Netto de Araujo. São Paulo: Libers Ars, 2021, p. 65-79.

⁸⁷[...] Distinguem-se no plano dos fatos, pois no plano normativo se equivalem: todos são normas inválidas. CÂMARA, 2019, p. 401.

⁸⁸[...] Um dos pressupostos da existência do ato administrativo – importante lembrar – é a edição pela Administração (supra, Capítulo V-2.3): todo ato administrativo, por definição, é editado por um agente público. Na edição de um ato administrativo inválido, portanto, está presente o primeiro pressuposto. A edição do ato inválido consiste numa atuação positiva do Estado; a responsabilização é, pois, indiscutivelmente objetiva, independe da perquirição da culpa do agente. MARTINS, 2008, p. 558.

⁸⁹MARTINS, 2008, p. 556.

⁹⁰CÂMARA, 1999, p. 160-180.

Elenca-se, dessarte, três variáveis que, afetando um contrato inválido, podem influir no resultado que o direito imputa ao caso em espécie, a saber: (i) o momento da invalidação; (ii) quem deu causa à invalidação; e (iii) a natureza do objeto do contrato inválido⁹¹.

O primeiro fator, o momento da invalidação, de fato é decisivo na determinação dos efeitos que a invalidação do contrato administrativo poderá ensejar. Isso porque, o objeto da invalidação poderá variar de acordo como o momento em que se edita o ato de invalidação, como registra Jacintho de Arruda Câmara:

Um dos fatores mais importantes na determinação dos efeitos que a invalidação irá produzir diz respeito ao momento de sua ocorrência. Tanto é que, de acordo com o momento em que ocorra, seu objeto será o contrato em si (a), apenas os seus efeitos (b) ou o contrato juntamente com os efeitos já produzidos (c). Isto é, o próprio objeto da invalidação varia de acordo com o momento em que ele se processa.⁹²

Quer dizer, o grau de eficácia fática decursiva do contrato poderá ter efeitos na composição da indenização⁹³. A exemplo, um contrato de obra pública que tenha sido objeto de invalidação antes que se emitisse a ordem de serviço, a invalidação atingirá o contrato, inibindo-lhe os efeitos; ou, imagine-se um contrato da mesma espécie com execução em curso, a invalidação atingirá o contrato e seus efeitos; ou, ainda, pressuponha-se um contrato cujas obrigações já foram adimplidas pelo particular, a invalidação atingirá seus efeitos somente. É dizer, o adimplemento das prestações tem o condão de alterar a extensão do dano indenizável.

Consoante o segundo fator, importará perquirir também quem deu causa à invalidade da contratação. Não havendo culpa o contraente particular a regra é o desenlace da responsabilização da Administração nos moldes do artigo 149 da Lei Federal nº 14.133/2021, ao passo que, havendo má-fé do contraente particular, em regra, será excluída a responsabilidade da Administração.

Por último, a natureza da prestação contratada influirá de forma determinante para a perfeição do suporte fático que engaja a responsabilização da Administração, vez que, em sendo possível “o retorno à situação fática anterior”, nos termos do artigo 148, §1º da Lei Federal nº 14.133/2021, o Direito imputa favoravelmente ao contraente particular uma obrigação de restituir e, pois, exclui ou reduz a extensão da responsabilidade.

⁹¹CÂMARA, 2019, p. 402-404.

⁹²CÂMARA, 2019, p. 402.

⁹³A doutrina, com efeito, não é uníssona quanto a essa variação do alvo da invalidação. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 366 e ss.

É a partir da combinação dessas variáveis que Jacintho Arruda Câmara desenvolve um método de formulação dos problemas consoante “situações problema”. Assim, procede-se a uma combinação do fator “momento da invalidação” com os dois outros para se delinear um panorama amplo apto a abarcar diversos problemas afetos ao tema.

4.2.1.1. Invalidação de contratos não executados

Neste primeiro conjunto inserimos as situações em que o contrato administrativo é alvejado pela invalidação antes de adquirir eficácia fática. O objeto da invalidação é, nesta senda, o próprio contrato administrativo. Em tal hipótese, sequer se põe a questão da reversibilidade dos efeitos – o retorno à situação fática anterior, do art. 148 da Lei Federal nº 14.133/2021 – quanto menos questionamentos acerca de benefícios auferidos pela Administração em razão do contrato.

Não se deduz daí que estaríamos a pré-excluir qualquer dano indenizável de tal situação. Está fora de cogitação imaginar que a invalidação de um contrato, ainda que não executado, não teria qualquer consequência financeira para quem se predispôs a prestar à Administração. Os particulares, em regra, empenham tempo e capital para participar de certames públicos, assumem compromissos de múltiplas espécies. Em tais situações, invalidado o contrato administrativo e identificado um dano indenizável (crê-se, pelo, calculado pelo interesse negativo), a variável que importará para se assinalar a responsabilização será a medida de culpabilidade atribuída à Administração e ao contraente privado.

Nessas hipóteses, de fato, há uma redução das variáveis do problema. Primeiramente, se há culpa exclusiva da Administração, dano indenizável e nexos causal, imputar-se-á a responsabilidade. Em uma segunda hipótese, assumindo-se a culpa exclusiva do contraente particular, exclui-se o nexos causal, impossibilitando a imputação da responsabilidade à Administração.

Por fim, os casos de culpa concorrente no campo das contratações públicas não prescindem da consideração de que não se pode atribuir ao particular o mesmo dever de resguardar a conformidade dos contratos⁹⁴, nem é de se exigir do particular contraente que se insurja

⁹⁴Justifica o tratamento diferenciado um sem-número de pressupostos de validade que permeiam essas espécies de contratos, derivados exclusivamente da função administrativa realizada. De fato, boa parte dos pressupostos de validade dos contratos administrativos é decorrência de deveres atribuídos à Administração; a ela, exclusivamente, cabe zelar por sua obediência, sendo, em muitos casos, praticamente impossível ao contratado verificar sua obediência. Não seria justo – nem aceitável do ponto de vista jurídico – repartir com o administrado a responsabilidade por vícios de tal natureza, sem norma expressa que assim determinasse. CÂMARA, 2019, p. 406.

contra qualquer vício, vez que os atos administrativos se presumem legítimos⁹⁵. A conclusão de Jacintho de Arruda Câmara é procedente, só há culpa concorrente do contraente particular quando se está falando em conluio entre ele e a Administração, razão pela qual identificam-se as soluções das hipóteses de culpa exclusiva do contraente e culpa concorrente: não se desenlaça a responsabilidade da Administração⁹⁶.

4.2.1.2. *Invalidação de contratos executados*

O problema da invalidação dos contratos administrativos ganha maior complexidade quando esses têm a execução iniciada. Tudo aquilo que se produzir como eficácia no mundo dos fatos passa a integrar uma cadeia histórica que não há invalidação que possa apagar⁹⁷. Sucede que se cria uma nova situação, “agora também há de se ter em conta os efeitos concretos que esse contrato produziu”⁹⁸.

Verificando-se um benefício auferido pela Administração em razão da execução do contrato administrativo invalidado, passa-se a esquadrihar quem dera causa à invalidação para se constatar se se trata da perfeição do suporte fático da responsabilização.

Nos casos em que a culpa calha sobre a Administração exclusivamente, precederá a toda consideração quanto ao engajamento da responsabilidade da Administração a apreciação quanto à possibilidade de retorno à situação fática anterior, a teor do artigo 148, §1º da Lei Federal nº 14.133/2021. Sendo possível a restituição da prestação, a invalidação terá como consectário a exclusão ou a redução do dano indenizável, que – existindo – será calculado

⁹⁵[...] Com maior razão, os beneficiários de boa-fé, de decisões, atos e contratos administrativos – que, consoante o ordenamento jurídico em vigor, se presumem legais e válidos exatamente porque expedidos e celebrados pela Administração Pública, por cuja validade responde – têm direitos a serem respeitados. E alguns desses direitos são impostergáveis, não comportando meras providências de ordem indenizatória como se àqueles pudessem servir de sucedâneo. CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. Declaração de nulidade dos contratos administrativos e de suspensão do pagamento de obras executadas e entregues: (im)possibilidade jurídica. In: CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 135.

⁹⁶CÂMARA, 2019, p. 408.

⁹⁷[...] Mas o que foi produzido, *ato* ou *efeito*, integra uma cadeia histórica que não há revogação ou invalidação que possa apagar. FERRAZ, Sergio. Extinção dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 231, p. 47–66, 2003.

⁹⁸CÂMARA, 2019, p. 408.

pelo interesse negativo⁹⁹. Não sendo possível restituir, *a priori* será caso de responsabilização da Administração, calculando-se o dano indenizável pelo interesse positivo¹⁰⁰.

O cenário mudará quando a invalidade se dá por culpa do contraente particular. Se nas hipóteses em que os contratos administrativos sem eficácia fática a culpa do contraente particular exclui a responsabilidade da Administração, naquelas em que os contratos administrativos dispõem de eficácia fática, a culpa também excluirá a responsabilização da Administração¹⁰¹. Idêntica conclusão é a de Jacintho Arruda Câmara, elide-se a responsabilidade pelo dano, todavia, ressalta o eminente professor que o princípio da proibição do enriquecimento sem causa poderá reclamar solução diversa:

Ao se falar dos contratos invalidados antes da execução do contrato, deixou-se marcado o entendimento segundo o qual a culpa do ex-contratado da invalidação, seja exclusiva ou concorrente, elide a obrigação de o Estado ressarcir o particular.

A assertiva, no entanto, não vale para os casos em que a invalidação atinge contrato já executado. É certo que a responsabilidade patrimonial continua excluída em virtude de culpa do administrado. Todavia, algumas circunstâncias de índole fática podem fazer com que incida espécie de norma diferente daquela: o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

A redação do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 parece excluir a obrigação de indenizar para qualquer caso em que haja culpa do ex-contratado na invalidação da avença. Isso afastaria a obrigação do Estado inclusive nos casos em que se mostre a existência de culpa concorrente.

A conclusão é correta para a aplicação da responsabilidade patrimonial. Deveras, a culpa da vítima é tida como excludente da responsabilidade, sem maior contestação. Porém, a situação é outra quando se está em discussão a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa¹⁰².

Justifica-se o aludido autor, quando, então, voltava-se à redação do artigo 59 da Lei Federal nº 8.666/1993¹⁰³, que assim será porque a lei não trouxe – sequer implícita – uma sanção pelo seu comportamento culposo. Sob tal aspecto, a razão lhe assiste, reza o artigo 5º,

⁹⁹[...] Assim, quando se tratar de compra e venda de imóvel, a devolução do imóvel nas mesmas condições em que foi entregue à Administração limitará a indenização a ser paga ao usufruto perdido pelo particular durante o tempo em que o imóvel tenha ficado na posse do Poder Público. CÂMARA, 2019, p. 409.

¹⁰⁰Esse é o caso de contrato de prestação de serviços. Não tendo como reverter a situação provocada pela sua execução, a solução é indenizar pelos serviços prestados, resultado que, no plano da realidade social, aproxima os efeitos do contrato inválido dos que se atingiriam caso o contrato fosse válido. CÂMARA, 2019, p. 409.

¹⁰¹No que se refere à incidência da responsabilidade patrimonial do Estado, parece possível concluir que esta prescinde da análise axiológica da intenção do ex-contratado; a simples culpa, como critério de identificação do agente causador do dano, é elemento suficiente para aferir sua aplicabilidade ou não. Havendo culpa do ex-contratado na invalidade, mesmo que este tenha agido de boa-fé, é de se excluir a incidência da responsabilidade patrimonial do Estado, em virtude da ausência denexo causal entre o comportamento da Administração e o dano provocado (haja vista ter sido culpa do ex-contratado a causadora do evento danoso, da invalidade contratual). CÂMARA, 2019, p. 418-419.

¹⁰²CÂMARA, 2019, p. 410.

¹⁰³Com o mesmo teor do texto do artigo 149 da Lei Federal nº 14.133/2021.

inciso XXXIX da Constituição Federal que não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal.

Jacinto de Arruda Câmara à época que redigia o supratranscrito argumento, afastava a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa nas hipóteses em que o contraente particular agia de má-fé, “por ausência de requisito subjetivo ou axiológico da incidência do princípio”¹⁰⁴. Para ele, então, a culpa desqualificada do particular não tinha o condão de prejudicar a incidência do princípio do enriquecimento sem causa, porém, a culpa qualificada sim.

Recentemente, este importante autor sobre o tema, em trabalho conjunto com Carlos Ari Sundfeld, parece ter adotado novo posicionamento, o que reclama sua transcrição a seguir:

A preservação, pelo particular, do valor integral dos serviços também é compatível, do valor integral dos serviços também é compatível com o parágrafo único, do art. 59, da lei 8.666, de 1993. A ressalva “contanto que (a nulidade) não lhe seja imputável”, do final do parágrafo, condiciona apenas o pagamento da indenização “pelos prejuízos regularmente comprovados”. A ressalva se refere à indenização *por outros prejuízos*, mas não afeta o pagamento ao contratado, isto é, a restituição a ele do *valor de mercado do que houver executado até a data em que for declarada a invalidade*.

[...]

Eventual responsabilidade do contratado pela invalidade de origem não afasta o direito à restituição pelo proveito que tiver gerado ao contratante. A ressalva que afasta a indenização nos casos de imputação da nulidade ao contratado é aplicável somente para “outros prejuízos”.

A esse fundamento extraído da lei própria sobre contratações públicas, soma-se a proibição de enriquecimento sem causa do Código Civil, de aplicação supletiva aos contratos administrativos (Art. 54, *caput*, da lei 8.666, de 1993). O art. 884 do Código Civil estabelece, como razão suficiente de restituir, a transferência patrimonial sem causa jurídica. Basta que alguém tenha enriquecido à custa de outrem para suscitar a obrigação de indenizar.

[...]

No direito brasileiro, celebrar, de má-fé, contratos administrativos com vícios de legalidade, além de autorizar, em tese, sua invalidação, também é causa de aplicação de graves sanções previstas em lei. Mas não há norma alguma que, para esses casos, imponha a redução do valor da compensação a ser paga pelo que já tiver sido executado¹⁰⁵.

¹⁰⁴CÂMARA, 2019, p. 418.

¹⁰⁵CÂMARA, Jacinto de Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato administrativo com vício de origem e a divisão de responsabilidades. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella *et al.* (Orgs.). **Responsabilidade do estado: estudos em homenagem ao professor Edmir Netto de Araújo**. São Paulo: LibersArs, 2021, p. 73-74.

Parece-nos acertada essa posição de Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sundfeld. A obrigação que enseja a proibição do enriquecimento ilícito é autônoma¹⁰⁶ ao instituto da responsabilidade civil da Administração, exprime-se propriamente como uma fonte de obrigação, de cunho objetivo, demais de se inscrever em capítulo próprio do livro das obrigações do Código Civil de 2002. Essa posição, sem dúvida, é objeto de pertinente controvérsia.

4.2.2.A controvérsia em torno do “empobrecido de má-fé”

Relevante posicionamento em sentido contrário se colhe em Ricardo Marcondes Martins, quem, ao enfrentar essa questão, expressou sua tentativa de construir uma teoria da imputação da responsabilidade para o campo do Direito Administrativo¹⁰⁷. Para esse jurista a responsabilidade da Administração só se engaja quando, além da conduta, do dano e do nexo causal, também concorrer à composição de seu suporte fático um pressuposto autônomo, consistente na “imputação objetiva”.

O aludido professor, aderindo a uma posição de Eduardo García de Enterría, aduz que a causa de imputação¹⁰⁸ para as hipóteses em que há atuação comissiva da Administração seria o princípio do enriquecimento ilícito:

A reparação do dano causado pela atuação comissiva do Estado é a este imputada – segundo García de Enterría – em quatro hipóteses distintas, chamadas pelo notável administrativista espanhol de “causas de imputação”: (1) realização lícita; (2) risco criado; (3) enriquecimento sem causa; (4) realização lícita.
[...]

¹⁰⁶Dizê-la autônoma implica dizê-la não subsidiária à responsabilização. Uma é dever outra é sanção. Não se confundirão no direito brasileiro porque há um pressuposto negativo a integrar o suporte fático da obrigação de restituir decursiva da regra da proibição do enriquecimento sem causa insculpido no artigo 886 do Código Civil de 2002.

¹⁰⁷Em relação ao direito administrativo a diferenciação é mais acentuada. Como regra geral – regra, essa, cada vez mais enfraquecida, mas ainda hoje mantida, -, a responsabilidade civil no direito privado é *subjetiva*. A regra é oposta no direito administrativo: pelos atos comissivos a responsabilidade estatal *independe de culpa*. Estender uma teoria desenvolvida para um sistema assentado no princípio da responsabilidade subjetiva a um sistema assentado no princípio da responsabilidade objetiva é, por óbvio, acentuadamente problemático. No presente momento histórico tornou-se inquestionável que a responsabilidade civil do Estado por atuação comissiva não pressupõe apenas a conduta, o dano e o nexo causal. A imputação objetiva é um *pressuposto autônomo* de toda responsabilização, seja *civil*, seja *penal*, seja *administrativa*. Sem embargo, não é possível estender ao direito privado e, com mais razão, ao direito administrativo a teoria penal da imputação objetiva. Exige-se a elaboração de uma teoria própria, enfim, para a responsabilidade civil – e, mais especificamente, para a responsabilidade civil do Estado. MARTINS, 2015, p. 673.

¹⁰⁸Llamamos causas de imputación a aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone. En este sentido la imputación es un concepto jurídico y no físico. ENTERRÍA, Eduardo García. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, 2ª reimpr. Madri: Civitas, 2006, p. 199, *apud* MARTINS, 2015, p. 674.

A terceira causa de imputação do dever de reparar o dano por atuação comissiva da Administração decorre do princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Diferentemente das outras três hipóteses, a imputação não se apoia na relação causal entre a produção do dano e a atividade do sujeito imputado, mas no benefício resultante ao imputado do fato do dano sofrido pelo prejudicado. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea”. Por força desse princípio que veda o enriquecimento sem causa, o administrado que trabalhou irregularmente para a Administração deve, apesar da irregularidade, ser indenizado¹⁰⁹.

Coerentemente, Ricardo Marcondes Martins, tendo fincado a causa de imputação no princípio da proibição de enriquecimento sem causa, dirige crítica à posição que defende que mesmo diante da má-fé do contraente privado excluirá a imputação, mas não a excluirá quando há enriquecimento sem causa da Administração¹¹⁰.

É nessa quadra que se encontram as mais significativas divergências. Enquanto para uns a proibição do enriquecimento sem causa é um princípio, um postulado geral de direito autônomo¹¹¹, para outros é tomado como fundamento, como causa de imputação da responsabilização da Administração. Demais disso, os autores também desenvolvem concepções distintas quanto à natureza dos pressupostos do “princípio da proibição do enriquecimento sem causa”¹¹². Em conclusão Ricardo Marcondes Martins, conforme suas premissas, assevera:

¹⁰⁹MARTINS, 2015, p. 674-677.

¹¹⁰[...] ainda que o contratado tenha concorrido, dolosamente ou de má-fé, para a invalidação do contrato, terá direito ao ressarcimento das prestações já efetuadas que não puderem ser restituídas, com fundamento no postulado da proibição do enriquecimento sem causa. A aplicação desse instituto, como mencionado, prescinde do exame do estado subjetivo ou axiológico das partes envolvidas: seu suporte fático é eminentemente objetivo. LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

¹¹¹Es ésta una institución íntimamente relacionada con el principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa. La figura de los cuasicontratos administrativos trata de responder jurídicamente al problema que plantean determinados supuestos en los que hay una actuación de un administrado de buena fe, que: - redunde en beneficio del interés público, - sin que dicha actuación esté amparada en un título jurídico válido, - y en las que media un previo asentimiento tácito o expreso de la Administración. En estos casos, quien há enriquecido a la Administración no puede reclamar nada en virtud de un contrato porque no hay tal contrato (o no es válido). Muchas veces tampoco puede reclamar en virtud de la responsabilidad patrimonial de la Administración porque no se dan los requisitos para ello que vimos en la lección 9. La solución es reconocer una específica fuente de obligaciones administrativas basadas precisamente en el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento: se genera en la Administración una obligación de restituir su enriquecimiento con el límite máximo del correlativo empobrecimiento del administrado. Éste exigirá tal restitución mediante el ejercicio de una específica acción (la llamada *actio in rem verso*), cuyo plazo de prescripción es, según el Tribunal Supremo (así STS de 27 de enero de 2003), el general establecido para las obligaciones administrativas que no tienen un plazo especial y que actualmente es de cuatro años (art. 25 LGP). PUIG, Manuel Rebollo; JURADO, Diego J. Vera. **Derecho Administrativo**, Tomo II – régimen jurídico básico y control de la Administración. 3ª ed. España: Tecnos, 2018, p. 414.

¹¹²Neste sentido, há divergência entre a posição de LOBÃO, 2008, p. 115 e de MELLO, 2021, p. 609.

Em relação aos contratos administrativos vem ganhando força na doutrina brasileira a admissibilidade de uma exceção a essa regra. Passou-se a defender que, mesmo diante da má-fé do administrado (*rectius*, mesmo tendo ele contribuído para o vício), por força da proibição do enriquecimento ilícito, ele deve ser ressarcido dos benefícios que sua atuação proporcionou à Administração. Quer dizer: a participação do vício exclui a imputação, mas não a exclui quando há enriquecimento sem causa da Administração. A Administração deve ressarcir o administrado apenas e tão-somente da vantagem que ela aferiu.

Há, porém, uma *exceção da exceção*. Entre duas interpretações possíveis, o intérprete, em decorrência da missão institucional da disciplina, deve escolher a mais desfavorável à *corrupção*. Por certo, o direito administrativo é um conjunto normativo que tem a magna missão de impedir a corrupção. Impedir que o corrupto tenha prejuízo é, por óbvio, facilitar e até estimular a desonestidade. Logo, no caso de *conluio* com a Administração, a imputação é excluída mesmo em relação aos *benefícios* auferidos pelo Poder Público. Noutras palavras: a participação na produção do vício exclui a imputação mesmo na hipótese de enriquecimento sem causa da Administração quando o vício decorra de corrupção, vale dizer, de um conluio entre o administrado e os agentes administrativos¹¹³.

Como se vê, as posições dos autores que se debruçaram sobre o tema são, primeiramente, coerentes com suas premissas. Quem discorda na aludida exceção da exceção realmente de forma alguma se contradisse. As divergências se encontrarão, realmente, nas premissas que cada aplicador do direito assumir. Importará, contudo, fazermos uma remissão à evolução que o tema obteve paralelamente às inovações legislativas no curso de seu desenvolvimento.

Tratando-se de obras monográficas, a que reputamos pioneira é a de Jacintho de Aruda Câmara, quem encontrou enorme desafio de construir uma noção acerca do “princípio do enriquecimento sem causa” antes do Código Civil de 2002¹¹⁴, daí dar-lhe o enquadramento dogmático típico de um princípio geral de direito, chegando a atribuir àquela característica própria daquela espécie, a saber: a subsidiariedade, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

De outra parte, Marcelo Meireles Lobão, quem também dedicou um estudo monográfico ao tema, não obstante tenha registrada que o Código Civil de 2002 dispõe de norma para regular a proibição do enriquecimento sem causa, ainda assim o enquadra como um postulado, e, pois, subsidiário¹¹⁵.

¹¹³MARTINS, 2015, p. 680.

¹¹⁴Neste sentido, o autor, em 1999, anotava que o legislador do Código Civil de 1916 “não faz uma única menção expressa ao princípio do não enriquecimento sem causa”. CÂMARA, 1999, p. 95.

¹¹⁵Sucedee, porém, que a figura do enriquecimento sem causa se espraia por âmbitos particulares do Direito, já disciplinados por outras normas jurídicas de caráter mais restrito. Isso se deve a que esse instituto é de caráter basilar, constituindo princípio geral de Direito, o qual decorre da própria noção de Direito como instituto de distribuição de justiça. [...] Em consequência, dado que o instituto da responsabilidade exaure a relevância dos

Não se olvide ainda o entendimento de André Luiz Freire, cuja monografia, ainda dedicada a temática mais ampla, compreende o enriquecimento sem causa como um princípio de aplicação subsidiária, destacando também a dificuldade em se localizar a culpa do particular na formação de um vício em contratações públicas¹¹⁶.

O caminho de desenvolvimento do tema na doutrina administrativista brasileira, logo se vê, ainda apresenta resquícios da concepção de “princípio geral de direito” para dar um enquadramento dogmática à figura da proibição do enriquecimento sem causa. Como dizíamos, se tal modo de encarar o tema da proibição do enriquecimento sem causa não era passível de grandes controvérsias no passado, vez que o Código Civil de 1916, por influência de Clóvis Bevilacqua¹¹⁷, não disciplinava o instituto, com sua previsão no vigente Código Civil, é preciso reavaliar o rigor dessas posições.

Para nós, à luz do Código civil de 2002, a proibição do enriquecimento sem causa assume papel autônomo de fonte das obrigações¹¹⁸ e é acolhido pelo legislador brasileiro sob a estrutura normativa de uma regra. Não se fala em restituir o indevidamente auferido na melhor medida possível, mas que se restitua – na medida correta, tal é o mandamento do artigo 884 do vigente Código Civil.

Podemos distinguir esse instituto também por sua função, que é restitutória, e não reparatória como calha à responsabilidade¹¹⁹, daí que não podemos falar propriamente em “ressarcimento” do contraente particular “empobrecido de má-fé” e, pois, em sanção (responsabilização) da Administração em tais hipóteses – o que, de fato, se constatará no plano concreto é

casos que suscitam o conflito aparente das regras, conclui-se que o enriquecimento indevido é meramente subsidiário. LOBÃO, 2008, p. 74-75.

¹¹⁶Como se pode perceber, a aplicação *autônoma* do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ao caso dos contratos inválidos é menos frequente. A regra será a incidência do princípio da responsabilidade objetiva da Administração. Isso se deve, primeiramente, ao caráter subsidiário do princípio da proibição ao locupletamento indevido. Em segundo lugar, tendo em vista o dever jurídico da Administração de zelar pela legalidade da contratação, há uma certa dificuldade em se localizar a culpa do particular na formação do vício. Frise-se que não se está afirmando ser rara a aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa. Apenas se assevera a sua menor incidência *direta* à situação dos contratos inválidos, se comparada com a responsabilidade objetiva. FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166.

¹¹⁷NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102-106.

¹¹⁸A análise funcional das categorias de obrigações tratadas pelo diploma brasileiro torna possível, então, a sua sistematização em torno de três principais regimes (negocial, reparatório e restitutivo), vinculados às respectivas fontes imediatas. SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 88.

¹¹⁹Registre-se, ainda, que duas expressões geram dúvidas particularmente acentuadas no presente esforço de precisão conceitual – o *ressarcimento* e o *reembolso*. Ambas as expressões são utilizadas pela legislação e pela civilística pátrias em referência a obrigações das mais variadas conotações funcionais. Assim, como visto, ambos os termos ora são utilizados em alusão a obrigações relacionadas ao cumprimento de um programa negocial (*função executória*), ora em alusão a obrigações vocacionadas à reparação de um dano injusto (*função reparatória*), ora, por fim, em alusão a obrigações direcionadas à remoção de um enriquecimento injustificado (*função restitutória*). SILVA, 2022, p. 236.

a perfeição do suporte fático de uma obrigação de restituir, que se vetoriza pela restauração do patrimônio do particular contraente ao estado em que estaria acaso não ocorrida a contratação.

Por outro lado, têm razão Marcelo Meireles Lobão¹²⁰ ao aduzir que a proibição do enriquecimento sem causa prescinde da análise do estado subjetivo ou axiológico das partes envolvidos, visto que seu suporte fático é eminentemente objetivo. A “justa causa” a que o artigo 884 se reporta, com efeito, se associa à ideia de “justo título”, para significar um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento¹²¹. Assim, a conclusão vem retilínea, invalidado o contrato do contraente empobrecido de má-fé fulmina-se o “justo título” desenlaçando-se não a sanção à Administração, mas a instituição da obrigação de restituir tudo aquilo e somente aquilo que foi objeto de enriquecimento.

Perceba-se, dessarte, a importância de visitarmos essa hipótese. Na exceção da exceção é possível identificar a razão de divergência entre posições coerentes, e, cremos, encontram-se nas premissas mesmo.

Neste sentido, com todas as reverências que merece a posição de Ricardo Marcondes Martins, entendemos, em divergência, que o instituto da proibição do enriquecimento sem causa não se prestará como causa de imputação de responsabilidade à Administração. Para nós, o fundamento de imputação da responsabilidade da Administração nas hipóteses levantas será o princípio da igualdade, mas, tal como aduzíamos, a causa da imputação se encartará na própria noção de dano antijurídico.

Nas hipóteses sob exame, portanto, a responsabilização da Administração só se engajará quando houver uma atuação positiva da Administração, consistente na enunciação de um contrato administrativo inválido, em razão do qual ao particular contraente se gravou um dano indenizável, sem que esse tenha concorrido com culpa à consumação do vício invalidado. Assim dizendo, as hipóteses em que se cogita de “ressarcimento” do particular empobrecido de má-fé não tratam propriamente de indenização – da imputação de responsabilidade então –, mas da perfeição do suporte fático de uma obrigação de restituir com fundamento no Código Civil de 2002.

¹²⁰LOBÃO, 2008, p. 115.

¹²¹[...] abrindo mão de um exame mais apurado e rigoroso do conceito jurídico de causa, pode-se aplicar, sem excessivo rigor, a ideia de um título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 390.

5. CONCLUSÕES

Alinham-se abaixo, de forma sintética, as considerações conclusivas estabelecidas a partir das principais ideias desenvolvidas extraídas do trabalho.

Sob o ponto de vista semântico, o termo “contrato” comporta, no mínimo, quatro significados: (i) o ato ou proceder de contratar; (ii) a norma criada pelo contrato-enunciação; (iii) o documento normativo; (iv) o veículo introdutor de normas. O termo, então, enseja uma ambiguidade polissêmica, que enriquece o discurso jurídico sobre a matéria.

Para os fins desta dissertação, versamo-lo, como regra, para significar o veículo introdutor, e, quando pertinente, procedemos com uma especificação ou com uma substituição para também versá-lo nos outros sentidos. Para nós, contrato administrativo em sentido estrito é um veículo introdutor de normas resultante de uma enunciação bilateral de um ente da Administração e de um particular, que, na própria enunciação, equacionam interesses contrapostos um ao outro.

Em suma, contrato administrativo é norma, apta, pois, a ser analisada sob os planos da existência, da validade e da eficácia. Será existente o contrato administrativo quando se perfizer uma enunciação bilateral, isto é, quando a Administração ajustar consensualmente com o particular contraente a edição de uma norma jurídica. Existente, poderá o contrato administrativo ser eficaz, independente de violar o Direito. A validade é um *plus* à existência que não necessariamente afetará a eficácia do contrato administrativo. Antes que uma entidade competente edite um ato de invalidação de um contrato administrativo, seja o contrato administrativo inválido como o meramente viciado existirá no mundo jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro só o Poder Judiciário e a Administração são competentes para invalidar contratos administrativos. Decorrerá de tal competência o ônus de indicar de modo expresso as consequências fáticas e jurídicas da invalidação do contrato administrativo, garantindo-se, ademais, a ampla defesa e o contraditório, instruindo-se o processo (judicial ou administrativo) com material suficiente para a ponderação.

Editada a invalidação, o contrato administrativo-norma, deixa de existir, e, pois, cessam seus efeitos deônticos, normativos e jurídicos. O Direito, contudo, por outras normas, chamam o fato histórico – sua eficácia fática – ao mundo jurídico para engajar ou não da responsabilidade do Estado.

Responsabilidade, no campo da Teoria Geral do Direito, é o resultado de uma imputação, é uma sanção. E enunciação de um contrato administrativo, que vem a ser alvejado por

uma invalidação, não se coaduna com a hipótese de uma omissão do Estado – em tal hipótese, portanto, está-se tratando de responsabilização extracontratual do Estado por ato.

Nos casos sob exame, só se engajará a responsabilidade do Estado por atos da Administração quando houver uma atuação positiva da Administração, consistente na enunciação de um contrato administrativo inválido, em razão do qual ao particular contraente se gravou um dano indenizável, sem que essa tenha concorrido com culpa à consumação do vício invalidado. A ideia de dano, notadamente nos casos de responsabilização do Estado nessas hipóteses, indica um prejuízo antijurídico, e, pois uma imputação predisposta pelo ordenamento jurídico, cuja causa – implícita à própria ideia de dano – é o princípio da igualdade.

O problema da invalidação dos contratos administrativos enseja, na prática, enorme número de variáveis, não comportando, por isso, resposta única. A doutrina, todavia, já desenvolveu um método para abordá-lo a partir da construção de “situações-problema” a partir da combinação de variáveis, a saber: (i) o momento da invalidação; (ii) quem deu causa; e (iii) a natureza do objeto do contrato invalidado.

Nas situações-problema em que o contrato administrativo é alvejado antes de iniciada sua execução, há uma redução de variáveis do problema. Se houver culpa exclusiva da Administração, dano indenizável e nexos causal, imputar-se-á a responsabilidade ao Estado. Assumindo-se, contudo, culpa exclusiva ou concorrente do particular contraente, exclui-se a responsabilidade.

O cenário se altera nas hipóteses em que o contrato administrativo é alvejado depois de iniciada sua execução. Nos casos em que a culpa calha sobre a Administração exclusivamente, precederá a toda consideração quanto ao engajamento da responsabilidade da Administração a apreciação quanto à possibilidade de retorno à situação fática anterior. Sendo possível a restituição da prestação, a invalidação terá como consectário a exclusão ou a redução do dano indenizável, que – existindo - será calculado pelo interesse negativo. Não sendo possível restituir, *a priori* será caso de responsabilização da Administração, calculando-se o dano indenizável pelo interesse positivo. A culpa, em tais hipóteses, concorrente ou exclusiva do particular excluirá a responsabilidade do Estado.

Não há controvérsia na doutrina quanto à última assertiva, a culpa do contraente particular na consumação do vício do contrato administrativo enseja a exclusão da responsabilidade do Estado.

Subjaz, contudo, controvérsia quanto à incidência da proibição do enriquecimento ilícito nessas hipóteses. Em geral, a doutrina trata a proibição do enriquecimento ilícito como

um princípio geral de direito, atribuindo-lhe características típicas daquele enquadramento dogmático, a exemplo da subsidiariedade Paralelamente, relevante posição aduz que a proibição do enriquecimento sem causa é, com efeito, um princípio que esteia uma causa de imputação da responsabilidade do Estado, e, em razão disso, nos casos em que o contraente particular em conluio consuma o vício, não haveria qualquer razão jurídica para ressarcir o particular mesmo nas hipóteses em que se alega a proibição do enriquecimento sem causa.

O caminho de desenvolvimento do tema na doutrina brasileira apresenta resquícios da concepção de “princípio geral de direito” para dar um enquadramento dogmática à figura da proibição do enriquecimento sem causa. Para nós, o legislador do Código Civil de 2002 lhe atribuiu a estrutura de uma regra. Não se fala em restituir o indevidamente auferido na melhor medida possível, mas que se restitua – na medida correta, tal é o mandamento do artigo 884 do vigente Código Civil.

Nas hipóteses sob exame, portanto, a responsabilização da Administração só se engajará quando houver uma atuação positiva da Administração, consistente na enunciação de um contrato administrativo inválido, em razão do qual ao particular contraente se gravou um dano indenizável, sem que esse tenha concorrido com culpa à consumação do vício invalidado. Assim dizendo, as hipóteses em que se cogita de “ressarcimento” do particular empobrecido de má-fé não tratam propriamente de indenização, da imputação de responsabilidade então – mas da perfeição do suporte fático de uma obrigação de restituir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, João Leitão de. Da prescrição em direito administrativo. **Revista da Consultoria Geral/Estado do Rio Grande do Sul**, v. 3, n. 6, p. 15-39, 1973.

ALBERTO, Marco Antônio Moraes. Regime de direito público, instrumentos formais e elementos essenciais do contrato administrativo. Lei n. 14.133/2021, art. 89 a 95. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; PICCELLI, Roberto Ricomini. **Lei de licitações e contratos comentada – lei nº 14.133/2021 – Vol. II: art. 40 ao 123**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

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

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, v. 7).

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

AURÉLIO, Bruno. **Atos ampliativos de direitos: revogação e invalidação**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação do direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente**. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. (Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, v. 5).

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, [S. l.], v. 203, p. 131–140, 1996.

BENAVIDES, José Luis. **El contrato estatal**: entre el derecho público y el derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: GUERRA, Alexandre *et al.* (Orgs.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**. Indaiatuba: Foco, 2021.

BEZNOS, Clovis. A responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. PIRES, Fernanda Ivo (org.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação**. 2ª ed. rev. ampl. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BEZNOS, Clovis. Responsabilidade extracontratual do estado: a responsabilidade exclusivamente regressiva do agente público em face do princípio da impessoalidade. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (ORGs.). **Direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ**: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica**: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Presidência da República. Secretária-geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Artigo: 149.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. **Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado**. 2. ed. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2021.

BULYGIN, Eugenio. Sobre las normas de competencia. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo – A invalidação de contratos não pode contrariar o interesse público. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et al* (Orgs.). **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites. In. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de contas da união no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato administrativo com vício de origem e a divisão de responsabilidades. In: DI PIETRO (et al). **Responsabilidade do estado: estudos em homenagem ao professor Edmir Netto de Araujo**. São Paulo: Libers Ars, 2021.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. Universo dos Contratos Públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto de Arruda (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 6: licitação e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. Declaração de nulidade dos contratos administrativos e de suspensão do pagamento de obras executadas e entregues: (im)possibilidade jurídica. In: CAMMAROSANO, Márcio; HUMBERT, Georges Louis Hage. **Direito público: estudos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A responsabilidade do estado por actos lícitos**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 11ª ed., ver. E atual. São Paulo: Noeses, 2021.

CASSAGNE, Juan Carlos. La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos. In: CASSAGNE, Juan Carlos; ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Orgs.). **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and legal indeterminacy. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Org.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. **Contratos público: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro**. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2 – Parte Geral: Negócio jurídico. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. 1ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**, v. VIII – responsabilidade em direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da *et al.* (Orgs.). **Lei da liberdade econômica anotada: lei nº 13.874/2019, v. 1 e 2**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Anulação do contrato administrativo. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações públicas**: homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* (Orgs.). **Responsabilidade do estado**: estudos em homenagem ao professor Edmir Netto de Araújo. São Paulo: LibersArs, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOURADO, Guilherme Afonso. Comentários ao capítulo XI (“das nulidades dos contratos”) da nova lei de contratações públicas. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; PICCELLI, Roberto Ricomini. **Lei de licitações e contratos comentada – lei nº 14.133/2021** – Vol. III: art. 124 ao 194. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. t. I – La règle de droit, le problème de l'État. 2^a ed. Paris : Ancieene Librarie Fontemoing & Cie. 1921.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa**. 2^a ed. Madrid: Civitas, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I. 18^a ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa**, 2^a reim. Madri: Civitas, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5ª ed. Barueri: Atlas, 2021.

FERRAZ, Sergio. **A justa indenização na desapropriação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FERRAZ, Sergio. Extinção dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 47–66, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público no Brasil. *Res Publica – Revista de la Asociación Iberoamericana del Derecho Administrativo*, a. 2, n. 4, jan./abr. 2006.

FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello *et al.* (Orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**: supremacia do interesse público “versus” igualdade. São Paulo: Malheiros, 2011.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Real Decreto Legislativo**, de 16 de jun. 2/2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREIMAS, Algirdas Julien; COURTÉS, Joseph. **Dicionário de semiótica**. São Paulo: Cultrix, 1979.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ato Administrativo I: Perfeição, Validade e Eficácia. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). **Tratado de direito administrativo**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JÈZE, Gaston. **Les Contrats Administratifs**: de l'État, des départements, des communes et des établissements publics. 5ª ed. Paris : Marcel Giard Librairie-Editeur, 1932.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador?. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. 1.548. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans. La Théorie juridique de la Convention. **Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**, n. 1-4 (10 année). Paris: Recueil Sirey, 1940.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2008.

KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. **La enunciación**: de la subjetividad en el lenguaje. 3ª ed. Buenos Aires: Edicial.

KLINGHOFFER, Hans. Direito público e direito privado (resumo da teoria de Hans Kelsen). **Revista Forense – RF**, v. 89, n. 39, p. 395-399, jan./mar. 1942.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LAUBADÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**. T. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

LIMA, Ruy Cirne. **Preparação à dogmática jurídica**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1958.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINO, Francisco Paulo de Crezzenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Orgs.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018** (lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et al.* (Orgs.). **Comentários à lei de liberdade econômica: lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Classificação dos Atos Administrativos. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Orgs.). **Tratado de Direito Administrativo**, v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Liberdade das Formas no Direito Administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de *et al.* (Orgs.). **Direito Administrativo e Liberdade**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do Ato Administrativo à luz das alterações da LINDB. In: VALIATI, Thiago Pires *et al.* (Orgs.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 22, p. 228-258, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. **Revista CEJ**, v. 8, n. 27, p. 110-120, 7 dez. 2004.

MAYER, Otto Von. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 4ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Contrato Administrativo. **Revista dos Tribunais – RT**, v. 562, n. [S/n.], a. 71, p. 37-38, São Paulo, 1982.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. I – Introdução. 3ª ed., 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Buenos Aires: EJE, 1979.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo I – ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I – pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo IV – validade, nulidade, anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo – XXXVIII – direito das obrigações: negócios jurídicos bilaterais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Vera. **Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A inadimplência da administração pública e suas consequências: ensaio sobre a moralidade política e administrativa nos contratos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 47, p. 21-38, 1994.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 72, jan./mar. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviços público**: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB). 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

MOUSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Tratado de direito administrativo**: licitação e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, v. 6).

ORTIZ, Gaspar Ariño. El Enigma del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública – RAP**, n. 172, Madrid, jan./abr., 2007.

PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 5ª ed. Espanha: Thomson Reuters, 2009.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad del estado y del funcionario público**. Tomo I – caracterización general. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2016.

PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, [S. l.], v. 63, p. 16-29, 1961.

PUIG, Manuel Rebollo; JURADO, Diego J. Vera. **Derecho Administrativo**, Tomo II – régimen jurídico básico y control de la Administración. 3ª ed. Espanha: Tecnos, 2018.

REISDORFER, Guilherme F. Dias; ROSSITO, Isabella. Comentários ao capítulo XI: nulidade dos contratos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; PICCELLI, Roberto Ricomini. **Lei de licitações e contratos comentada – lei nº 14.133/2021** – Vol. III: art. 124 ao 194. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

ROSILHO, André. **Licitação no brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROSILHO, André. **Tribunal de contas da união: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SAADI, M.; SANTOS NETO, R. D. dos. Estabilização de efeitos de contratos administrativos inválidos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo: Thomson Reuters, v. 3, n. 9, p. 157–179, 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe *et al.* (Orgs.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SCHRAMM, Fernanda Santos; ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg. Consequências da anulação dos atos e contratos administrativos sob a perspectiva da LINDB. In: VALIATI, Thiago Pires *et al.* (Orgs.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, [S. l.], v. 202, p. 19-41, 1995.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, [S. 1.], v. 237, p. 271–316, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com a relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, [S. 1.], v. 204, p. 21–31, 1996.

SILVA, Clóvis do Couto. **Princípios fundamentais da responsabilidade civil em direito brasileiro e comparado**. Trad. Fernanda Escobar Bins. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2022.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Os contratos de concessão e sua anulação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, jul./ago./set., 2006.

VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

ZANCANER, Carolina; SARAI, Leandro. Capítulo XI: Da nulidade dos contratos. In: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. Vol. I – Principi Generali. 8ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1958.