

# A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

*Ludmila Souza Sampaio<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho analisa quando e se deve ocorrer a preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados no âmbito dos contratos administrativos, além de como deve proceder esta manutenção. Nesta investigação, frisa-se a importância da ponderação dos princípios e regras que devem ser utilizadas, para garantir a estabilidade e a segurança jurídica do ordenamento que envolve o problema. Desse modo, buscou-se analisar, as formas de preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados, no âmbito dos contratos administrativos.

**Palavras-chave:** Atos administrativos. Vício. Contratos administrativos.

---

<sup>1</sup> Graduada pela Universidade Salvador. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

# 1 DO VÍCIO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS: CONSEQUÊNCIAS E MEIOS DE CORREÇÃO

É necessário que se faça a distinção entre ato viciado e ato inválido, e determinar o ponto comum que a falta de conformidade tem com o ordenamento jurídico.

Jacinto Arruda Câmara (2002, pág. 4) diferencia os dois institutos da seguinte forma:

O ato possui vício se não obedecer, se não se enquadrar às normas que lhe são superiores e lhe servem de fundamento de validade. A constatação de que um ato é portador de vício se dá por juízo. Já a invalidação é mais que um juízo verificador de adequação entre normas. É a manifestação normativa também, cujo propósito é a expulsão (retirada do sistema) de norma desconforme ao ordenamento.

O próprio ordenamento pode determinar que normas portadoras de vícios, permaneçam no sistema. Dessa forma, apesar de apresentarem vícios, alguns dos efeitos produzidos por elas, antes da retirada, sejam mantidos. Reside aqui a problemática a ser enfrentada: saber quando um ato produzido com vício deve ter seus efeitos mantidos. E mais, qual o meio de se promover a manutenção desses efeitos.

Em seus ensinamentos, Ricardo Martins (2008) traz que o ato administrativo pra ser viciado necessita existir, impondo assim a presença dos elementos e dos pressupostos de existência, além de ser norma existente no ordenamento jurídico, tem conteúdo e forma, um mínimo de eficácia social e seu editor apresenta a Administração Pública. Ato administrativo viciado então é norma jurídica existente no ordenamento.

Passando ao âmbito dos contratos, e nesse instituto utilizaremos os conceitos do Nobre Jurista Marçal Justen Filho, com intuito de esclarecer a matéria, observa-se que, quando houver vício na contratação, os atos anteriores, também, poderão não ser afetados. Eventualmente, poderão não ser afetados, renovando-se a contratação.

Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 241) afirma que existem cinco vícios que podem acometer o ato administrativo; Tais vícios encontram-se previstos

no artigo 2º da lei 4.717 de 29 de junho de 1965, que regulamenta a ação popular:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

O vício de competência, afirma Martins (2008), caracteriza-se, basicamente, por uma incongruência entre a conduta praticada e as atribuições do agente que a pratica. O vício de finalidade caracteriza-se por ato praticado visando interesse particular, deixando de buscar o interesse público ao qual está obrigado a perseguir. Já quanto à forma, o vício caracteriza-se pela prática do ato. Em relação ao motivo, a ilegalidade pode decorrer da inexistência do motivo apresentado, de incompatibilidade com a realidade fática observada ou da incongruência entre motivo alegado e o fim pretendido pelo agente público. Por último, os vícios inerentes ao elemento objeto, decorrem da prática de ato com conteúdo diverso daquele determinado ou autorizado pela lei<sup>2</sup>.

---

2

Também segue esse pensamento Carvalho filho (2011, p. 144-145).

Enfim, chama-se atenção para o fato de, no ordenamento jurídico pátrio, poder ser sujeito ativo da invalidação, tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública. Weida Zancaner (2008, p. 54) afirma que “o Poder Judiciário poderá invalidar os atos administrativos, no curso de uma lide, quando provocado ou de ofício, dependendo da reação do ordenamento jurídico com relação aos atos viciados”. Já a Administração Pública é sempre parte interessada, em relação a seus próprios atos, podendo, no exercício do poder de autotutela, invalidá-los de ofício ou quando provocada.<sup>3</sup>

Vale frisar que a doutrina se divide entre a defesa do dever de anular o ato eivado de vício de legalidade, fundamentando-se este dever no princípio da legalidade, e entre aqueles que acreditam que diante de uma situação de ilegalidade, a Administração Pública poderá optar pela invalidação do ato ou por sua manutenção, nestes casos fundamentando-se a decisão no princípio do interesse público (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, 2011).

Zancaner (1990) afirma que, a discricionariedade relativa ao ato de invalidação só poderia existir, caso houvesse uma norma jurídica expressa que concedesse a Administração Pública essa possibilidade, nesse sentido, ressalta que em relação à discricionariedade, resta evidente a necessidade de uma atuação subjetiva do administrador público, porém, essa atuação fundada em critérios subjetivos, deverá ser concedida ao agente público pela lei, não podendo ser entendida, portanto, como uma faculdade extralegal, anterior ou marginal ao Direito. Conclui então que a discricionariedade não se origina de uma omissão legal, pelo contrário, a mesma deve estar respaldada pela lei.

Carvalho Filho (2011), entretanto, acredita que nem sempre o dever de invalidar se faz presente, como nem sempre o agente público pode atuar discricionariamente, optando pela invalidação ou manutenção do ato irregular. Continua seu pensamento, afirmando que, a regra geral deve ser que diante de um ato viciado, a Administração deve proceder à invalidação, com o objetivo de restaurar a legalidade inerente ao sistema jurídico como um todo, todavia reconhece a possibilidade de que, em determinados casos concretos cercados de circunstâncias especiais, possa a Administração Pública manter o ato inválido. Desse modo, na hipótese em que comporte a manutenção do ato, tal atuação não decorre do exercício de um poder discricionário, mas sim,

---

3 José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 145) compartilha do mesmo entendimento.

por ser esta a única conduta juridicamente aceitável para alcançar a satisfação do interesse público, nesta hipótese, quando houver manutenção do ato, a sua invalidação em prol do princípio da legalidade seria menos importante do que o atendimento aos princípios da segurança jurídica e do interesse público.

As formas de correção segundo Martins (2008, p. 274) ocorrerá “com a edição pelo Estado de um ato jurídico: se efetuada pela Administração, pela edição de um ato administrativo; se efetuada pelo Judiciário, pela edição de um ato jurisdicional”.

Martins (2008, p. 262-263) afirma não haver “[...] qualquer impossibilidade jurídica de que o ato administrativo viciado incida e gere os efeitos previstos em seu consequente, ou seja, não há impossibilidade de que o ato administrativo viciado seja dotado de eficácia normativa e de eficácia jurídica”.

Veremos a seguir as hipóteses de correção dos vícios.

## 2 ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO VICIADO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1 ANÁLISE LEGISLATIVA E DOUTRINÁRIA

Não se podem deixar de lado os princípios de direito administrativo, quando se falar da preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. Para saber se os efeitos de um ato viciado devem ou não ser preservados, há que se recorrer aos princípios de direito, ponderando-os, sempre que necessário, para a obtenção de solução mais adequada a cada caso.

Todo ato administrativo somente é juridicamente válido, se posto nos termos da lei. Daí se extrai os seus requisitos ou elementos de validade. Estes, por sua vez, encontram fundamento no regime jurídico de direito administrativo, o qual se conforma a partir de princípios jurídicos inseridos no sistema, de forma explícita ou implícita.

Os princípios, enquanto normas jurídicas podem estar expressos ou implícitos no ordenamento jurídico. Os expressos se constituem, como

aqueles que estão dispostos explicitamente no ordenamento jurídico, que foram inseridos expressamente. Por conseguinte, os implícitos, em decorrência da sua não previsão expressa, é aquele deduzido através do complexo normativo do ordenamento jurídico posto, como também dos princípios gerais do direito.

Desta forma, fica fácil conceber que, para a existência de um princípio, como também o seu reconhecimento, não é necessário sua previsão expressa em sede constitucional. Cabe mencionar como exemplo, o princípio da eficiência, que antes mesmo de possuir status constitucional, já regia a administração pública, mesmo que de forma implícita.

Assim sendo, imperioso se faz a análise dos princípios de direito administrativo, para aferir a validade jurídica do ato que declara ou constitui a manifestação de um ato inválido no sistema. Câmara (2002, p.7) colaciona que:

Invocando os princípios gerais do direito, e não só a “estrita legalidade”, chega-se à conclusão de que, em muitos casos, a observância dos preceitos maiores do ordenamento está na preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados, e não em sua desconstituição. Busca-se atender, com essa diretriz, princípios como o da segurança jurídica e o da boa-fé do administrado.

Neste sentido, a doutrina brasileira foi criando, ao longo dos anos, um entendimento moldado sobre a prevalência do princípio da legalidade, quanto ao controle dos atos administrativos. Caso afrontasse o conceito da estrita legalidade, a nulidade seria sua única saída, anulando todos os efeitos, sem se preocupar com as futuras consequências. Zancaner (1990) afirma ser defeso ao administrador e a Administração Pública agir apenas *secundum legem*.

É importante registrar que a legalidade, (princípio sob o qual deve sempre reger não só os atos, mas também os contratos administrativos), dá garantia ao administrado de como deve ser o seu comportamento e também o comportamento do Estado. Não se pode tirar da mente que, a legalidade é o principal fim a ser buscado pelo princípio da segurança jurídica.

A doutrina é pacífica em afirmar que, na verdade, com a posituação do direito e a adoção do princípio da legalidade da Administração, tem a busca da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, como finalidades a ser alcançadas.

No entanto, a ponderação do sistema jurídico entre princípio e normas é o que deve moldar o controle dos atos administrativos. Câmara (2002, p. 17 e 18) diz ainda que:

Ao preservar os efeitos de atos administrativos viciados a Administração também agiria em conformidade com o direito, ou seja, com a legalidade, se tomada em sentido lato. Para dizer de outro modo, a legalidade (sentido amplo), tanto poderia ser atingida desconstituindo os efeitos dos atos administrativos viciados, como os preservando. A atitude da Administração deveria ser adequada ao Direito (legalidade em sentido amplo) e não só a legalidade em sentido estrito.

Há de se considerar que se o ato administrativo se baseia na lei, perderá sentido o ato quando lhe falta esta base legal e, é aí que vem a baila a importância dos princípios que buscam sanar, suprir a tal ilegalidade, em prol do interesse da coletividade.

Constatado o vício, o passo seguinte a ser dado é a verificação de que os efeitos do ato devem ou não ser preservados, extrapola a aferição circunscrita à legalidade.

A segurança jurídica, por sua vez, deve ser entendida como uma finalidade, uma meta a ser alcançada, assim, a preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados, assim como a desconstituição destes, por intermédio da invalidação, teria por fim preservar a segurança jurídica.

Afirma Bandeira de Mello (2007, p. 119) que: “a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano”.

Quanto à segurança jurídica Câmara (2002, p.12) afirma:

Parte da atuação administrativa se volta precipuamente para garantir, para dar segurança – contornos de certeza – a uma dada situação que lhe é posta. Sempre que o Estado age, traz consigo a presunção de que o faz legitimamente (de acordo com a lei e buscando um fim de interesse público). Significa dizer apenas que, num primeiro momento, goza de uma presunção de legitimidade, presunção que admite prova em contrário.

Embora, salienta Câmara (2002, p.15), seja verdade que:

O princípio da segurança não atua sempre no sentido de preservar os efeitos dos atos administrativos viciados. Num sistema de direito positivo, a segurança jurídica está garantida com a observância da lei, o que, nos casos em que não fosse possível convalidar, implicaria a invalidação do ato viciado, provocando a desconstituição dos efeitos produzidos por ele.

O problema da preservação ou não dos efeitos produzidos por atos viciados estabeleceria, em resumo, o seguinte conflito: prevalecerá a legalidade – que implica a desconstituição dos efeitos do ato viciado – ou a presunção de legalidade usufruída pelo ato viciado, fundamentadora de uma série de efeitos que podem estar protegidos por normas jurídicas que determinem sua preservação.

Resta então, no caso concreto, analisar o que melhor representa a segurança jurídica, quando preservado ou não os efeitos dos atos viciados, ou desconstituindo.

É de suma importância a análise do princípio da boa-fé. A boa-fé se constitui no princípio em que se presume que as partes que firmam ou participam de um ato, são indivíduos com atuação, de acordo com determinados padrões de lisura, honestidade e correção, em que se protege a legítima confiança da outra parte envolvida na relação jurídica, ou seja, crê-se na veracidade do quanto firmado entre as partes. Câmara (2002, p. 19) diz ser “este princípio geral do direito, juntamente com o princípio da segurança jurídica, um binômio protetor dos efeitos produzidos por atos administrativos viciados. É assim, quando se prescreve o dever de a Administração convalidar seus atos viciados, toda vez que estes atos a comportem”.

Também, assevera Câmara (2002) que é por observância e respeito ao princípio da boa-fé, que são estabilizados os efeitos daqueles atos viciados que não comportam a convalidação, nem muito menos foram atingidos pela prescrição ou decadência.

Há situações em que, ao revogar atos administrativos, é imposto à Administração, o dever de indenizar os administrados de boa-fé prejudicados pelo ato revogatório. Câmara (2002, p.19) diz:

O princípio da proteção à boa-fé dos administrados exige que, um dano causado em virtude da confiança que se teve num ato da Administração

seja indenizado, mesmo que a desconstituição dos efeitos do ato tenha sido produzida em atenção ao interesse público.

A boa-fé do administrado é necessária, para que possa acontecer a preservação dos efeitos do ato administrativo viciado, mas, é importante que não se perca de vista que, não é suficiente para que se chegue a esta conclusão, e que caso haja má-fé por parte do beneficiário do ato, a situação se transforma e o direito determinará ao administrador a desconstituição dos efeitos produzidos.

O superior interesse coletivo faz com que a preservação dos atos não se sobreponha a este interesse, nem aqueles amparados pela legalidade.

O interesse público, de forma implícita, permeia vários dispositivos constitucionais, pois, todas as ações adotadas pelo gestor público devem ter como motivação e fundamento o interesse da coletividade. Apesar da expressão “interesse público” ser um termo juridicamente indeterminado, não torna impossível de se chegar a um conceito de tal expressão.

A doutrina majoritária defende a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado<sup>4</sup>. No entanto, este entendimento não é pacífico, alguns doutrinadores afirmam que não existe uma prevalência entre o interesse público sobre o interesse individual<sup>5</sup>. Para os que seguem o segundo entendimento, o que pode acontecer é que, em determinadas situações conflitantes, serão sopesados os interesses e, em alguns momentos, prevalecerá o interesse da coletividade e em outros o interesse privado.

Parte da doutrina propõe uma reconstrução do princípio, a fim de colocá-lo dentro do contexto constitucional, para que não haja manipulação ou desvirtuamento em prol do autoritarismo de certas autoridades administrativas, pois o problema não se encontra no princípio, e sim na sua aplicação.

Segundo a posição de Odete Medauar (2003), o interesse público, em regra, prevalece sobre o privado, mas em algumas situações o inverso também pode ocorrer. Nessas situações, o ônus probatório é maior para aquele que

4 Dentre os doutrinadores que sustentam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estão Celso Antonio Bandeira de Melo, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros.

5 Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, dentre outros.

defende o particular e somente ocorreria supremacia do interesse privado por um motivo muito superior.

Apesar dos posicionamentos diversos, segue-se a doutrina que optou por preservar os atos, sempre que possível, ou seus efeitos, em regra, quando estes não ferirem o princípio embaixador do Estado Democrático de Direito, qual seja, a legalidade, pois, é ele que deve nortear todo o ordenamento jurídico.

Percebe-se ainda que se deve ponderar, sempre que necessário, os outros princípios como, os da boa-fé e segurança jurídica e principalmente o interesse público, tendo em vista que esse não pode ser suprimido sequer pela legalidade – em sentido estrito.

Outro princípio que é importante ser lembrado é o trazido a baila por Daniel Sarmento (2000), é o princípio da razoabilidade, que segundo ele, na Europa ligou-se fundamentalmente à ideia de Estado Democrático de Direito, buscando a proteção das liberdades individuais, não somente entre particulares, mas destes em face do poder público.

Afirma ainda Sarmento (2000) que, a ponderação de interesses sofre restrições pela doutrina, no tocante ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador ou pelo aplicador do direito.

Assim, o núcleo essencial traduz o limite dos limites, protegido contra qualquer espécie de restrição, que não poderá ser violado, sob o risco de atingir os direitos fundamentais em sua própria essência, como gênero, e não mais como mera espécie.

O princípio da necessidade determina que o administrador, para alcançar o objetivo perseguido, deve optar pela medida menos gravosa ao administrado. A atuação do poder público deve ter como premissa, o interesse público, mas de forma que tenha mínima ingerência nos direitos fundamentais do cidadão. Se várias opções se apresentam ao administrador para que atue, deve sempre prevalecer aquela que cause menor impacto nos interesses e direitos da coletividade.

O princípio da adequação, que na realidade é muito mais um princípio em si mesmo, do que uma vertente da Razoabilidade, pois preconiza que o atuar do Poder Público, quer de forma legiferante ou em mero ato de gestão, deve ser eficaz a alcançar os fins que o inspiraram. O fundamento da norma

deve ser o reflexo do ato. Isto nada mais é que uma vertente da Teoria dos Motivos Determinantes, que baliza o Ato Administrativo.

Assim, mesmo que se tenha como exceção, os casos em que a manutenção da legalidade é mais maléfica do que a preservação do ato administrativo, mesmo assim, não há presunção absoluta, haverá a relativização do princípio da legalidade, pro seu conceito lato, ponderando os outros princípios interessantes para a Administração.

Adentrando na preservação dos efeitos dos atos produzidos com vício, considera-se que esta pode ocorrer de dois modos: através da convalidação dos atos administrativos ou pelo que se chama de estabilização dos efeitos dos atos administrativos viciados.

Alguns conceitos precisam ser esclarecidos para que se entenda, mais facilmente, como e do que decorre a convalidação.

Ato que cumpriu todos os requisitos é considerado ato válido. Se há um vício, um defeito, este pode ser sanável (que tem conserto), ou insanável (que não tem conserto). O vício sanável é possível em competência e em forma, se o vício é sanável ele é anulável, tem conserto, é passível de convalidação.

Há defeitos que são considerados de mera irregularidade. Ele tem defeito de padronização. Ele é válido, não precisa ser corrigido, mas tem um defeito. O defeito que aceita conserto é anulável, tem defeito sanável quando tem um vício de competência ou de forma. Não é todo defeito de competência e de forma que é sanável – depende de cada ato, se é ou não sanável.

Mera irregularidade, não deixa de existir, é defeito, mas esse defeito não compromete o ato. O ato que não tem defeito e que preenche todos os requisitos é o ato válido. Perfeito é ciclo de formação e não sinônimo de impecável. Agora, encontramos atos administrativos que possuem defeitos tão graves, que eles são chamados de atos inexistentes. Conduta criminosa é um defeito gravíssimo. Esse ato não produz efeito algum.

O conserto do defeito sanável se chama convalidação. Ato anulável está sujeito à convalidação. Tem defeito sanável na competência e na forma. Quem tinha que praticar o ato era o chefe da repartição, mas quem fez foi o subalterno. O chefe convalida. Vai continuar sendo o mesmo ato. Corrigindo o vício, ele continua sendo a mesma coisa, sem vício.

Não confundir convalidação com conversão ou sanatória. Se o ato tem um defeito e este é insanável, não tem conserto, ele será anulado. A posição majoritária da doutrina diz que a convalidação e a anulação são deveres do administrador, que deve sempre buscar a legalidade.

Quando o ato administrativo tem um defeito sanável, teremos, após a convalidação, um ato administrativo que continua sendo o mesmo, mas corrigido.

Há que se ter cautela, pois quando envolver ato que cause prejuízo a terceiros ou que tenha sido produzido de má-fé essa regra não se aplicará. Nessa esteira, afirma Di Pietro (2000, p. 203): “não poderá convalidar um ato que cause prejuízo a terceiros ou que tenha sido produzido de má-fé”.

Há divergência doutrinária quanto à discricionariedade e vinculação da convalidação. Aqueles que acreditam ser a convalidação um ato discricionário fundamentam na dependência de decisão da administração, no caso concreto, ao administrador, que é dada a tarefa de aferir a manutenção ou não de um ato administrativo viciado, neste diapasão, merece ser destacado o artigo 55 da Lei nº 9.784, de Janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), que diz: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Dessa maneira Di Pietro (2000, p. 203) diz:

Cabe a Administração, diante do caso concreto, verificar o que atende melhor ao interesse público: a convalidação, para assegurar validade aos efeitos produzidos, ou a declaração de nulidade, quando os efeitos produzidos sejam contrários ao interesse público.

Para Zancaner, (1990, pág. 66): “a convalidação é um dever e não mera faculdade”, mas o dever de convalidar, nos casos de vício, só ocorrerá quando se tratar de ato vinculado, nada obstante que o agente competente convalide, quando possível, o ato discricionário.

A convalidação tem como pressuposto, resguardar os efeitos produzidos pelos atos viciados, desta forma, constatando o vício, o mais importante a ser ponderado é o interesse coletivo.

Por outro lado afirma ainda, Mello (2007, p.453):

Há vícios que pouco ou quase nada afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito. É o caso dos defeitos de competência nos atos de conteúdo vinculado. Ao particular é quase indiferente seu autor e ao interesse publico importa pouco esta autoria, pois as regras de competência estão postas, neste caso, em razão de objetivos de organização técnico-administrativa e não em atenção ao bem jurídico a ser atendido.

Regis Oliveira (2007) afirma que, se há nulidade de um ato, é difícil admitir que o ato posterior dê validade ao precedente. Não se pode falar em convalidação, já que o ato não possuía força de ser fonte emanadora de efeitos – qualidade jurídica. O que ocorre é o enquadramento jurídico posterior a alguns efeitos do ato, porque as consequências dele, poderiam se validamente emitido, ser admitidas pelo sistema.

Importante que se tenha em mente que, quando se trata de convalidação, ocorre à preservação da legalidade da atividade administrativa, na medida em que se corrige o vício que maculou o ato. Convalidando, se conserva a legalidade da atividade administrativa e se preservam os efeitos do ato produzido com vício. Sua razão de ser é preservar os efeitos do ato produzido com vício (tanto jurídicos quanto os fáticos) (CÂMARA, 2002).

Esclarece ainda Oliveira (2007, p.148) sobre a função da convalidação:

O que o ato denominado saneador ou convalidador perpetra é o refazimento do anterior, dando-lhe, então, condições de validade, no campo jurídico. E a eficácia será, agora, retroativa, de modo a validar alguns efeitos da ação anterior. Não poderá validar o próprio ato.

Dois podem ser os sujeitos produtores do ato convalidador: a administração mesma (quando produz um segundo ato administrativo, com fim de corrigir o primeiro praticado com vício); ou o particular afetado pelo ato viciado (quando a manifestação deste era um pressuposto legal para a expedição de ato administrativo anterior, que fora editado com violação desta exigência).

Zancaner (1990) afirma ainda que, todas as vezes que a Administração Pública puder convalidar um ato, dos que se encadeiam no procedimento, deverá fazê-lo, entretanto, fica vedado fazê-lo no decorrer ou após o procedimento, se essa convalidação gerar um desvirtuamento da finalidade, razão sob o qual o procedimento foi instaurado.

É necessário que essa convalidação atenda a dois pré-requisitos básicos: Primeiro que o ato convalidado possa ser produzido sem vício – não se pode convalidar um ato quando a sua repetição importe, necessariamente, a repetição do vício que macula. Não se poderá convalidar pela impossibilidade de corrigir seus vícios; segundo que não tenha havido impugnação ao ato viciado – além de atender ao princípio da legalidade, a convalidação atende ao princípio da segurança jurídica, são preservadas situações de fato e de direito, já estabelecidas com base em um ato da administração, portador de vício de legalidade. Preservando o ato, ou melhor, seus efeitos, está se dando segurança, na forma de estabilidade das relações.

A partir do momento em que o ato viciado sofre a impugnação, o princípio da segurança jurídica muda de lado – não está mais a determinar a preservação dos seus efeitos do ato viciado, ao contrário, pugna por desconstituí-los.

A confiança que se tem nos atos administrativos, por derivarem do Estado e gozarem de presunção de legitimidade, é sobreposta pela confiança que se tem na lei, amparada pela garantia constitucional de que não serão criados direitos nem obrigações, senão em virtude de lei. O mesmo fundamento que sustenta a convalidação, veda sua aplicação para os atos que já tenham sofrido impugnação.

Traz então uma regra, Câmara (2002, p.14):

[...] não podendo convalidar, a Administração deve invalidar o ato administrativo, desconstituído seus efeitos retroativamente. Este é o meio que resta para preservar a legalidade, na impossibilidade de convalidar o ato. Esta regra, no entanto, é neutralizada em determinadas situações por outras normas jurídicas, ou por princípios gerais do direito.

Observa-se, desse modo, que com a convalidação, ficam assegurados os princípios da legalidade, além dos da segurança jurídica e da boa-fé.

Ainda observa-se que, o objetivo desse instituto é aproveitar, sempre que possível, os efeitos já produzidos do ato administrativo.

A conversão ou sanatória do ato é a transformação de um ato solene, que não preenchia os requisitos, em um ato mais simples (que não exija essa condição solene), em que os requisitos são observados, com objetivo de aproveitar o que já foi feito pela administração. Também é uma forma de tentar salvar o ato.

Martins (2008, p. 275) afirma que a conversão, “é uma das modalidades de sanatória do ato, pois de algum modo o aproveita, salvando-o”. Continua “o ato convertedor, tal como o convalidante, retira o ato inválido do sistema e toma para si os efeitos produzidos por ele; há o aproveitamento dos efeitos do ato inválido para o outro ato”.

Ainda para Martins (2008) a conversão, diferentemente do ato convalidante, tem conteúdo diferente do ato inválido.

O ato de conversão, para Martins (2008, p. 276) “tem necessariamente efeitos *ex nunc*, consistiria numa invalidação seguida da edição de um novo ato administrativo”.

Mello (2007, p. 454) diz em seus ensinamentos que:

Um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado, é que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, outros indiretamente. Interferem com a ordem e a estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Se o ato tem defeito, à gente tenta salvar, primeiro por convalidação, depois por conversão, não sendo possível, a saída agora é a anulação, já que não conseguiu salvá-lo. Em algumas situações, a anulação causa mais prejuízos do que a manutenção do ato, dessa forma, é preciso avaliar se o dever de legalidade existe, mas não é um princípio absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa que, o princípio da legalidade apesar de importante não é absoluto, quando a conduta de anulação causar mais prejuízos que sua manutenção, a administração

jurídica deve mitigar o princípio da legalidade frente a outros princípios. Diz Câmara (2002, p.9):

Na estabilização, o ato administrativo permanece como foi praticado, ou seja, ostentando um vício. Não há qualquer ação, seja da Administração, seja de algum particular interessado, no sentido de corrigir o vício que macula o ato. Entretanto, os efeitos por ele produzidos permanecem válidos, imunes a qualquer tentativa de desconstituí-los.

Na convalidação conserta-se o defeito, o ato torna-se válido e continua sendo o mesmo ato, só que válido. Na conversão, se tem outro ato, transforma o mais rigoroso num ato mais simples, no entanto, não sendo possível convalidar, nem converter, a saída é a anulação do ato. A anulação é exercício do princípio da legalidade. Anular é fazer controle de legalidade pela Administração. Continua Câmara (2002, p.9):

Sobre os efeitos de ato seja ele viciado ou não incidem normas jurídicas que os preservam. Preservam os efeitos efetivamente produzidos pelo ato viciado, não o ato em si, que é desconsiderado, torna-se importante apenas na geração de outros efeitos, como por exemplo, a possível punição de um agente responsável pela prática do ato, ou da indenização de um terceiro prejudicado com a manutenção dos efeitos de um ato viciado em um contrato administrativo.

Anulação, então, pode ser vista conforme Antônio Carlos Cintra do Amaral (2001, p. 11): “uma sanção, aplicável às hipóteses de ato produzido em desconformidade com a ordem legal”. Continua Amaral (2001, p. 15) lecionando que, “enquanto não anulados – e desde que possam ser produzidos validamente – os atos administrativos podem ser convalidados, evitando-se, com isso a atuação da sanção (anulação)”.

Fernanda Marinela (2010, p. 289-290) assevera que:

O instituto da estabilização dos efeitos surge da necessidade de se preservar diversos princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a confiança e a boa fé, que são subprincípios do Estado de Direito. Lembrando que um Estado de Direito é aquele que politicamente organizado e que obedece às suas próprias leis. Assim, o princípio da legalidade está no cerne desse regime, entretanto, não pode ser aplicado

como norma absoluta, sendo indispensável sua ponderação face aos demais princípios do ordenamento jurídico.

Analisando o caso concreto, se a anulação do ato ilegal causar mais prejuízos do que a sua manutenção, é melhor manter o ato, o que se denomina estabilização dos efeitos do ato. Este entendimento tem crescido na doutrina e jurisprudência no Brasil. Esta corrente surge da necessidade de se preservar diversos princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a confiança, a boa fé, etc. Zancaner (1990, p. 59) alerta:

Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio, alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos, posteriores à constituição da relação inválida, aliadas ao tempo, pode transformar o contexto em que esta se originou de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar à segurança jurídica e à boa-fé.

Os efeitos dos atos viciados, então, são acolhidos pelo ordenamento, mesmo tendo sido produzidos por meio inadequados.

Numa breve análise, Maria Helena Diniz (2008) trata da prescrição, conceituando como extinção de uma pretensão em virtude da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo, trazendo por fim os requisitos dessa prescrição, sua forma aquisitiva ou extintiva das normas gerais sobre a prescrição e seus prazos. Encerra tratando da decadência, que nada mais é do que a extinção do direito potestativo pela inação de seu titular, que deixa escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para seu exercício, explicitando seus prazos decadenciais, como se da sua argüição e distinguindo didaticamente a prescrição da decadência.

Após certo lapso temporal, a sentença torna-se imutável, mesmo que tenha sido constituída em desacordo com a lei, isso é uma estabilização de uma situação. Com os atos administrativos também acontece essa estabilização,

é dado ao administrador o dever de invalidar os atos que são produzidos em desacordo com a lei e não seja suscetível a convalidação, observando sempre o lapso temporal em que isso pode ser feito.

Para os atos que admitem convalidação, é dado um prazo para que se proceda à invalidação, cinco anos conforme Câmara (2002), por analogia ao Dec. 20.910/32 e Lei nº 4.717/65, e de vinte anos para a invalidação dos atos que não comportam convalidação. Entretanto, como desde o Código de 2002 o maior prazo do Código Civil é de 10 anos, entendemos que se deve seguir a mesma linha de raciocínio.

Dessa forma, percebemos que o princípio da segurança jurídica foi acolhido juridicamente, antes de transcorrer o tempo marcado a solução é uma – desconstituição dos efeitos do ato viciado através da invalidação –; após o transcurso do prazo, outra – a preservação dos efeitos, dada a impossibilidade de se invalidar. Conforme assevera Câmara (2002, p.16):

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

A maioria da doutrina, entretanto, trata da estabilização, como fruto da decadência.<sup>6</sup>

Carlos Horbach (2007, p. 83-84), por sua vez, diz que a segurança jurídica é tão importante nas relações, que o decurso do tempo é fator de manutenção dos atos inválidos. Assim, em razão da estabilização fixa-se “prazos decadenciais para que a administração promova a invalidação de seus atos eivados de irregularidades, fazendo que permaneçam produzindo efeitos como se não fossem viciados”.

Conforme assevera Zancaner (1990, p.75):

[...] podemos concluir que no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em

6 Nesse sentido, Zancaner e Horbach tratam de decadência.

se tratando de atos inconvalidáveis, devido ao fato de a Administração Pública *não precisar valer-se da ação*, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercer o seu poder de invalidar, características essa da decadência, em oposição à prescrição.

Assim, muito embora a doutrina tenha utilizado o prazo prescricional como forma de sanção do atos inválidos, este consiste em prazo decadencial, para poder surtir os efeitos em razão dos quais é invocado.

Em síntese, tem-se que é possível juridicamente preservar os efeitos dos atos administrativos viciados, quando estiverem presentes as possibilidades da convalidação, estabilização além da ponderação dos princípios observando aqui sempre a legalidade (sentido lato), segurança jurídica, boa-fé, além do superior interesse público.

Estas conclusões, além de se ampararem na análise doutrinária e legislativa, notadamente na teoria da ponderação de princípios consoante demonstrado supra, fundamentam-se em decisões dos tribunais.

## 2.2 (IM)POSSIBILIDADE DA PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O ato administrativo possui na doutrina diversos conceitos, entretanto como afirma Horbach (2007) é possível extrair de todos pontos em comum como, a manifestação de vontade normativa da Administração Pública, derivada de um poder fruto de um regime de direito público, cujos efeitos modificam a realidade dos administrados.

Observa-se também que o ato administrativo pode ser: perfeito, válido e eficaz. O ato é válido, quando nele se contém todos os requisitos legais, ou seja, quando todas as condições de validade foram atendidas, ou, ainda, quando foi praticado conforme o ordenamento jurídico. Será, considerado eficaz, o ato quando se encontra em estado atual de produtividade de seus efeitos, ou seja, quando nada impede a eclosão dos efeitos que possui intrinsecamente. Não mais depende de qualquer manifestação, ou de solução ulterior. É imediata a deflagração dos seus efeitos

Por sua vez, o ato será considerado inválido, quando o ato antes considerado válido, foi praticado em desconformidade entre este ato praticado e as normas

reguladoras (empregando assim no sentido lato, abrangendo as nulidades e anulabilidades).

Sem observância da questão da validade, os atos administrativos podem produzir efeitos jurídicos, enquanto permanecerem no sistema, entretanto, a invalidação produz, em regra, efeitos *ex tunc*, ou seja retroagem até o momento em que foi praticado.

Neste caso, deve-se observar que apesar dos atos da administração não poderem ir de encontro ao princípio da legalidade, deve haver a ponderação dos princípios, pois não pode, por exemplo, em prol do princípio da legalidade, suprimir o interesse público.

Há casos em que a invalidação do ato gerará mais prejuízos à administração do que a manutenção dos efeitos desse ato. É aí que se devem observar as hipóteses de convalidação, estabilização, prescrição e decadência.

O artigo 50, inciso VIII da lei 9784/99, traz que a anulação, revogação, suspensão ou convalidação dos atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos.

Desse modo, é importante que se frise que a doutrina afirma que a convalidação deve ser regra, pois, conforme expõe Zancaner (1990), o Administrador Público está obrigado a invalidar determinado ato irregular, a menos que seja possível a sua convalidação, neste caso a sua prática será obrigatória.

Ainda nesse sentido, não se poder perder de vista os princípios da boa-fé, segurança jurídica e interesse público, os atos que possuírem defeitos que podem ser sanados, poderão ser convalidados (artigo 55 da lei 9784/99):

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Importante que se tenha em mente, que no âmbito dos contratos administrativos a teoria da preservação dos atos administrativos viciados também se aplica, ou seja, quando houver um vício na contratação, os atos anteriores também poderão não ser afetados. Eventualmente, poderão não ser afetados, renovando-se a contratação. Nesse sentido, Justen Filho (2010, p. 740) afirma que “a invalidação do contrato administrativo depende da natureza do vício que o inquina”.

Por fim, afirma ainda Justen Filho (2010), que a invalidação nos contratos administrativos, deverá colocar as partes na exata condição em que se encontravam antes, não podendo causar prejuízo a terceiros, assim, conforme explicitado deve-se optar, em regra, pela convalidação, mas não sendo possível, se estiver o administrado de boa-fé e não tendo concorrido de alguma forma para o ato viciado, não seria justo que suportasse o prejuízo que não deu causa. Deverão, dessa forma, serem indenizadas as despesas efetuadas, assim como deverão ser respeitados os efeitos patrimoniais passados a relação atingida.

Dessa forma, no âmbito dos contratos administrativos leva-se a cabo a opinião sustentada por Zancaner (1990) concluindo que diante da prática de um ato administrativo viciado no âmbito de um contrato administrativo, a autoridade competente, verificando a possibilidade de restaurar a legalidade por meio da convalidação, estará obrigada adotar tal medida, preservando a segurança jurídica e o interesse público.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconformidade dos atos administrativos com a lei significa um vício de legalidade. Este vício, dependendo do caso concreto, pode gerar a invalidação (quando o ato sai do sistema devido a ilegalidade). Em regra, os atos administrativos viciados produzem efeitos, e os procedimentos que geram a preservação dos efeitos (causas e meios), dos atos administrativos viciados, variam.

A manutenção ou a preservação dos atos administrativos podem ocorrer através da convalidação, estabilização ou prescrição/decadência do ato administrativo viciado. No primeiro caso, a ilegalidade é superada pelo ato convalidador, que regressa com a intenção de corrigir o vício que maculou o ato. Assim, são preservados tanto os efeitos fáticos do ato, quanto os jurídicos.

Chega-se assim na segunda hipótese, pois, mesmo que não ocorra à correção do vício que macula o ato, seus efeitos podem ser protegidos por meio do que se chama “estabilização dos efeitos dos atos administrativos viciados”.

Assim, os efeitos fáticos, produzidos por um ato viciado que não são suscetíveis, por sua própria natureza, podem sofrer desconstituição – isso ocorre quando a chega-se a prescrição/decadência.

Finalmente, esta teoria se aplica aos contratos administrativos que são espécies de atos administrativos diferenciando-se fundamentalmente destes pela sua bilateralidade, sendo então um ajuste entre a Administração e terceiro, seguindo em regra, o regime de direi público, tendo como objetivo a consecução do interesse público, da mesma forma que aplica-se ao ato administrativo pois a doutrina optou por preservar os atos, sempre que possível, ou seus efeitos, em regra, quando estes não ferirem o princípio embasador do Estado Democrático de Direito, qual seja, a legalidade, ponderando, sempre que necessário, os outros princípios como, os da boa-fé e segurança jurídica. No entanto, mesmo que se tenha, como exceção, os casos em que a manutenção da legalidade é mais maléfica do que a preservação do ato administrativo, mesmo assim, não há presunção absoluta, haverá a relativização do princípio da legalidade pro seu conceito lato, ponderando os outros princípios interessantes para a Administração.

A ponderação dos princípios da segurança jurídica e o da proteção à boa-fé dos administrados, em face da legalidade estrita, servem de fundamento para que ocorra a preservação dos efeitos.

Por fim, ficou esclarecido que não pode a Administração ir contra o princípio da legalidade, mas, não é admitido pelo sistema que, o princípio do superior interesse público seja suprimido por aquele, trazendo então, como solução, a interpretação da legalidade em sentido lato.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Validade e Invalidade do Ato Administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-ANTONIO-CARLOS-CINTRA-AMARAL.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-ANTONIO-CARLOS-CINTRA-AMARAL.pdf)>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **A Preservação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº14, julho/agosto, 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf)>. Acesso em 13 de março de 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das Nulidades do Ato Administrativo**

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**.  
Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.