

FRAUDE À LICITAÇÃO POR CONTRATAÇÃO DIRETA, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Gassen Zaki Gebara¹

RESUMO: Do exame de ações de improbidade administrativa fundadas em fraude a licitações, foi possível constatar que, não raras vezes, essas ações vulneram não somente a lei de regência, como vários direitos individuais, notadamente a cláusula do devido processo legal, formal e substantivo e o direito à ampla defesa e ao contraditório, tudo sem intenção em esgotar as controvérsias que incidem sobre essa temática.

Palavras-chave: fraude licitação, improbidade, invalidade.

Abstract: Examination of administrative impropriety actions based on fraud the bids, it was found that, too often, those actions vulneram not only the law of conducting, as several individuals 'rights, notably the due process clause, formal and substantive and comprehensive defense and contradictory, all without intent on depleting controversies on this issue.

Keywords: fraud bidding, impropriety, nullity.

1. INTRODUÇÃO

É posição corrente na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, se a licitação é a regra, a dispensa e a inexigibilidade de licitação são exceções. Essa, aliás, a orientação que emana do próprio Estatuto licitatório, ao prever a dispensa no artigo 24 e a inexigibilidade, no artigo 25.

¹ Professor nos cursos de Direito da UFGD e da Unigran. Mestre em Direito Constitucional pela UnB

No que interessa ao desate da presente, dentre as hipóteses de dispensa de licitação, situa-se a emergência, estampada no inciso IV do artigo 24, ainda que não tenha sido essa a base legal específica utilizada pela administração pública.

O ponto marcante é que nessa hipótese o poder discricionário do administrador submerge eis que diante de um interesse público primário que se encontrava em risco sua faculdade para dispensar a licitação dá lugar ao dever jurídico [ato vinculado] de contratar diretamente.

Nesse exato sentido a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.²

Mais adiante prossegue o mesmo Autor:

Há que usar essa faculdade com o devido cuidado. Sobretudo se deve atentar que muitas vezes a emergência resulta não do imprevisível, mas da falta de providências tomadas no momento oportuno pelas unidades técnicas ou administrativas da empresa. Na prática, ocorre com frequência o adiamento de decisões, ou a falta de planejamento ou programação de atividades, de modo que, em um dado momento, a contratação passa a ser emergencial.

Se, por exemplo, falta uma peça essencial ao funcionamento de um determinado equipamento, utilizado diariamente, peça essa a ser adquirida em 24 (vinte e quatro) horas, temos que distinguir duas hipóteses: ou essa falta decorreu efetivamente de um imprevisto ou resultou de uma falha administrativa (por exemplo: o procedimento de compra da peça está a arrastar-se nos trâmites burocráticos, possivelmente até esquecido na gaveta de um servidor). Ambas as situações são emergenciais. Cabe, pois, a dispensa de licitação. Mas na segunda hipótese o responsável pela falha administrativa

² *Dispensa de licitação por emergência, in Revista Trimestral de Direito Público, Ed. Malheiros, 1993, Vol. I, pp. 186 e seguintes.*

deve ser responsabilizado. A não responsabilização, nessa hipótese, do servidor da empresa pode significar, na prática, estímulo à provocação proposital de situações emergenciais, com o objetivo de tornar dispensável a licitação, o que só prejuízos pode acarretar para a entidade.³

Como visto, com frequência há conflito [ainda que aparente] entre urgência de contratar e urgência de executar o contrato. Vale dizer: não basta assegurar a urgência em firmar o contrato, mas sim de contratar com urgência para, também com urgência, executar o objeto pretendido.

Não raro a Administração contrata com rapidez; não obstante o objeto da contratação é executado com lentidão. Para evitar esse descompasso, que é intolerável em todos os sentidos, é dever da Administração zelar no sentido de:

i) definir o prazo máximo [razoável] para a efetivação do objeto contratual, levando em conta os interesses públicos cotejados;

ii) averiguar se esse prazo pode ser cumprido mesmo quando realizada a licitação, sem descuidar do seguinte:

ii.1 de que a licitação é a regra; e,

ii.2 de que é necessariamente lenta, a qual decorre da própria rigidez formal [prazos legais para apresentação de farta documentação, laudos, além do tempo necessário para a administração analisar todo esse arcabouço jurídico e técnico, examinar eventuais incidentes procedimentais, como impugnações, recursos administrativos e medidas judiciais].

Na hipótese de a administração constatar que o cumprimento do prazo máximo estipulado para execução do objeto é conflitante com a realização de licitação, deve escolher, para contratação direta, licitante que reúna condições objetivas constantes de capacidade jurídica, além de atender aos requisitos de capacidade técnica e econômico-financeira compatibilizado com a complexidade

³ *Ob. pp. citadas.*

do objeto a executar. Esse processo de escolha, permeada por critérios isonômicos e transparentes, obviamente não há que ser confundido com a licitação propriamente dita.

Ao optar pela contratação direta, por dispensa de licitação, para uma contratação com alicerce na emergência, evidente que a Administração sujeita-se a, não atendido o prazo fixado, assistir o malogro de seu objetivo que é o de atender ao interesse público subjacente, a despeito da excepcionalidade das medidas adotadas.

Mas o risco deve ser ponderado e essa ponderação deve pautar-se o quanto possível na seguinte equação: o que é mais gravoso para o interesse público primário, isto é, para uma inadiável prestação de serviços públicos em áreas mais sensíveis ao interesse público, um procedimento licitatório dilatado, com possibilidade de recursos intermináveis, procrastinatórios ou uma justificada dispensa de licitação?

É certo que nessas situações extraordinárias o risco há que ser plenamente justificável, exposto com clareza e objetividade no procedimento licitatório instaurado pela administração pública.

A decisão administrativa ao não licitar somente não sai do trilho da legalidade se decorrente de uma valoração subjetiva da situação e do interesse social enredado. Quando a norma menciona “prejuízo”, o que deve ser decifrado em sentido aberto. Se, por exemplo, houver a necessidade de uma concorrência complexa, envolta em momento histórico excepcional que poderia ensejar a vulneração de interesse público primário, como: a educação, a saúde, o saneamento básico, a segurança pública. Nesses casos, a exceção converte-se necessariamente em regra impondo a contratação direta.

É apropriado também que o critério do que seja urgente não fique ao livre alvedrio da administração, ao contrário, deve ter como necessário suporte o interesse determinante da não realização da licitação que é o interesse público [interesse coletivo primário, na intuição de Renato Alessi] e não o da Administração [interesse público secundário, também na concepção do mesmo administrativista]⁴.

⁴ ALESSI, Renato. *Princípio de Direito Administrativo*, 3ª Ed. Milano, Gouffrè, vol. I, 1974, pp. 226 e ss.

Configurados os pressupostos para a contratação direta, com dispensa ou inexigibilidade, a Administração passa a ter o dever em contratar sem o prévio processo de licitação [inconfundível com procedimento licitatório, pena de comprometimento irreparável ao interesse público colimado.

É o interesse público relevante, revestido dos indissociáveis ingredientes [urgência + emergência], que exige a contratação sem processo de disputa entre interessados. Nesse prisma, dotado de claro senso de razoabilidade, a Administração está coibida em promover disputas entre eventuais interessados, pois se o fizesse estaria contrariando o interesse público primário tutelado com prioridade pelo ordenamento jurídico.

Por esses mesmos motivos, a posição estratificada no art. 3º, da Lei 8.666/93, acolhida pela doutrina [de que os objetivos mais vitais da licitação são os de evitar o arbítrio e o favoritismo na designação do contratante; e possibilitar contratos mais vantajosos para a Administração]⁵, merece relativização, explica-se adiante.

Os mais importantes objetivos almejados em uma licitação é o atendimento a interesse público primário na máxima urgência, presente a garantia da adequada execução do contrato administrativo. E eleger a proposta mais proveitosa para a administração não traduz que a mesma já alcançou o objetivo da licitação, eis que enquanto não houver contratação, o procedimento licitatório é suscetível de extinção, mediante revogação ou anulação. Ainda, a vantagem almejada não deve considerar apenas um dos contratantes, mas deve a satisfazer ambos. O princípio garantidor do equilíbrio entre os contratantes, desde a celebração até a final execução do objeto, também tem espaço garantido no direito administrativo.

2. DISPENSA/INEXIGIBILIDADE E FRAUDE À LICITAÇÃO

Os argumentos antes deduzidos autorizam concluir que não haverá fraude à licitação nas hipóteses em que a dispensa está alicerçada nas cautelas acima perfilhadas, isto é, quando decorrente do poder-dever da Administração em contratar em situação de urgência/emergência, para satisfazer o interesse público, atendendo aos reclamos do administrado.

⁵ DA SILVA, José Afonso, *Revista de Direito Público* n. 7, p. 53.

Está grafado na Constituição⁶, e na lei de regência, que a licitação é um procedimento administrativo onde se possibilita ampla e pública concorrência entre interessados. Se essa concorrência transgredir os princípios da legalidade e da isonomia, óbvio que se sujeita às sanções prescritas na própria Constituição⁷ no Estatuto Licitatório, sem prejuízo a outras conseqüências de natureza civil e penal cujo substrato é a fraude à licitação.

Partindo dessa premissa, no sentido de que a fraude, a improbidade, têm praticamente a mesma ossatura do tipo penal preconizado na Lei 8.666/93, a conclusão a que se chega é a de que se não houve efetiva disputa entre interessados impossível se cogitar em fraude à licitação, pois, não houve propriamente licitação para aquisição de bens, mercadorias ou contratação de serviços.

Registre-se, nesse ponto, que qualquer alegação de que matéria referente a ilícito penal não se aplica quando o ilícito por administrativo deve ser prontamente repelida. De fato, ainda que de modo minoritário, autores insistem em distinguir um e outro ilícito.

Nelson Hungria, em artigo titulado “ilícito administrativo e ilícito penal⁸ faz questão de evidenciar que na verdade, a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, em sua essência, é o dever jurídico. As leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas sobre o mesmo plano, sobre idêntico panorama jurídico. Assim, insiste-se que não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal.

A dissociação entre um e outro, prossegue o autor, atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra.

O ilícito administrativo é, pode-se dizer, partícula do todo “ilícito penal”.

⁶ Art. 37, XXI.

⁷ Art. 37, § 4º.

⁸ *Revista de Direito Administrativo, seleção histórica. Fundação Getúlio Vargas – Renovar, 1991, pp. 15 e seguintes.*

Pretender justificar um discrimen pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que Zanobini⁹ chama de ‘estéril especulação’, idêntica à demonstração da ‘quadratura do círculo’.

Feitos esses esclarecimentos, avança-se aduzindo que não havendo licitação ou concorrência entre lançadores a mesma perde sua base de fundamentação e existência. É compreender: se disputa ou concorrência não houve, seja por conta de inexigibilidade seja em face de dispensa, não há se falar em fraude à licitação eis que para sua existência imprescindível tenha havido a instauração de processo licitatório próprio para escolha da melhor proposta, nunca é demais reprimir.

Esse arremate é muito simples: se não houve disputa, reitere-se, não pode ter havido fraude. A essas hipóteses aplica-se o princípio da legalidade, segundo o qual a circunstância tida como improba deve estar previamente prevista em lei, não se admitindo interpretação extensiva.

Havendo suspeita de fraude à licitação imprescindível que haja pronunciamento, judicial ou administrativo, nesse sentido. Não se presume a fraude, tampouco se admite, por mera conjectura, que o contrato administrativo foi invalidado. Esse resultado deve ser obtido formalmente, por expressa decisão do poder público, conforme de alinhará no item seguinte.

3. FRAUDE À LICITAÇÃO E NECESSIDADE DE PROVOCAÇÃO PARA PRONUNCIAMENTO JUDICIAL PARA INVALIDAÇÃO

A Lei Processual Civil impõe ao julgador alguns limites quanto à sua atuação para dirimir conflitos de interesses, sejam de ordem privada, sejam especialmente de ordem pública, afira-se:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

(...)

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, **o pedido formulado pelo autor**. Nos casos de

⁹ ZANOBINI, Guido. *Curso de direito administrativo, volume I*, Milão: A. Giuffrè Editore, 1958, p. 208.

extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

(...)

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Esses artigos expressam o princípio da congruência [da adstrição ou da correlação)] e são corolários da garantia da ampla defesa e do contraditório. Com costumeira precisão Pontes de Miranda, ainda que sob a égide da lei processual então vigente, explicou didaticamente esse aspecto processual, aduzindo que “se o autor pediu x , não pode o juiz condenar a prestar $x + y$ o demandado. Ou condena a x , ou a $x-y$, ou não condena. Mesmo que no plano do direito material o autor tivesse direito a $x+y$, ou a $x+y+z$, a sentença somente poderia ser a x ou a menos do que x . Não importa se, na análise das “quaestiones facti” e na análise das “quaestiones iuris”, o juiz deixou de perceber que o direito do outro era a $x+y$, ou a $x+z$ ¹⁰”.

É compreender que o autor da ação civil por improbidade deverá demonstrar a existência de fraude à licitação e requerer especificamente o pronunciamento judicial nesse sentido, obviamente se antes não houve decisão administrativa. Se não houve pedido e demonstração de fraude não poderá haver pronunciamento judicial de invalidação de ato administrativo, eis que nesse caso a respectiva decisão extravasaria dos limites do pedido formulado pelo autor [ultra petita], ou, tampouco, fora do pedido [extra petita], ou seja, pronunciar-se sobre o que sequer foi seu objeto.

Importante esse registro pois, comumente tramitam ações civis por improbidade decorrente de suposta fraude à licitação sem o prévio e necessário pronunciamento do poder público no sentido de invalidar o processo licitatório e, em decorrência, o próprio contrato administrativo. Se, como se averbou, o processo ou o procedimento específico não foi formalmente invalidado, com a publicação do ato administrativo respectivo, ele continua a transitar incólume no

¹⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil. Ed. Forense, 1974, p. 95.*

sistema jurídico pois não se presume a invalidação, essa exige expressa e motivada manifestação da autoridade administrativa competente.

Implica entender que antes do reconhecimento formal de exigência de fraude, imperativa a protocolar invalidação do processo licitatório, sempre motivadamente. Sem essa solenidade não há como dizer que esse processo foi repellido do ambiente jurídico no qual habitava, o que desautoriza sentença condenando o agente político por crime de improbidade pois tal viria a desbordar de limites autorizados pela lei instrumental, como acima demonstrado. Sentença *extra petita* é nula, invariavelmente nula.

Por isso imprescindível que o autor da ação civil pública por improbidade, em geral o Ministério Público, invista primeiro no sentido de perseguir a invalidação do processo licitatório e dos respectivos contratos administrativos, reivindicando o provimento jurisdicional. Não é possível estabelecer-se um atalho nesse campo tão sensível pois o pronunciamento judicial reclama cautela máxima exatamente por conta das conseqüências gravosas que dela pode advir.

Nesse ponto, acode trazer à colação a lição de José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci¹¹:

Reflexão sobre as razões determinantes da vedação ao julgamento ultra ou extra petita revela a existência de intenso nexos entre os princípios da correlação e do contraditório. Embora imposta pela lei ordinária, não pela Constituição, a adstrição encontra fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O motivo pelo qual o legislador processual não permite ao juiz decidir fora dos limites objetivos fixados na inicial, ou legitimamente ampliados, é exatamente a integridade desses princípios. Se o ponto de fato, não suscitado pelo autor, mas percebido de ofício pelo juiz, não se tornou questão, impossível levá-lo em conta na sentença, pois a seu respeito o contraditório não se efetivou.

Não obstante à base da adstrição estejam também aspectos concernentes à técnica processual, como a necessidade de estabilização da demanda mediante preclusões, evitando retorno a situações consolidadas e possibilitando o desenvolvimento do processo, dúvida não há de que o contraditório constitui o principal motivo do limite imposto pelo sistema processual. A

¹¹ *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (Questões Polêmicas)*, 2002, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 34/35.

finalidade é evitar que a parte seja surpreendida com o exame de fundamentos fáticos ou pretensões não submetidos ao debate, à ampla defesa. Mas pode ocorrer que, indevidamente, com violação às regras técnicas sobre preclusão e estabilização da demanda, elemento objetivo seja introduzido no processo após o momento próprio. Se atentarmos para a razão maior da vedação, lícito será afirmar que, se a matéria foi submetida ao contraditório e à ampla defesa, concedendo-se às partes todas as oportunidades para produzir prova a respeito, o vício concernente à técnica processual não constitui óbice à participação. Assegurou-se a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Nessa medida, o vício decorrente da violação de regra técnica, consistente na adstrição do provimento à demanda, pode ser relevado. Isso porque restou preservado o escopo desejado pelo legislador ao enunciá-la. A exposição minuciosa dos fatos e a formulação precisa da pretensão permitem ao réu saber exatamente o que deve apresentar como matéria de defesa. O que mais importa, pois, é que o pedido e a causa de pedir sejam submetidos ao devido processo legal, ainda que sua introdução não tenha observado as exigências legais.

Nessa vereda, o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente:

- [...] 1. Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento *citra*, *extra* ou *ultra* *petita*.
2. O provimento judicial está adstrito, não somente ao pedido formulado pela parte na inicial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela nossa legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na petição inicial.
3. Incide em vício de nulidade por julgamento *extra* *petita* a decisão que julga procedente o pedido com base em fato diverso daquele narrado pelo autor na inicial como fundamento do seu pedido.¹²

Imagine-se que os procedimentos licitatórios para dispensa e inexigibilidade tenham passado íntegros por todas as fases exigidas pela lei de regência; que não foram atacados por procedimentos específicos [impugnações, recursos administrativos e até mandado de segurança]; se aqueles que têm o ônus de fiscalizar, inclusive qualquer cidadão e, em especial, o Ministério Público,

¹² RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.755 - RJ (2009/0239120-0). Documento: 969336 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: Página 1 de 14. 26/05/2010

quedaram-se inertes, como se pode sustentar juridicamente que houve ato de improbidade por suposta fraude à licitação?

A presunção é madrasta da verdade e cúmplice da iniquidade. Por isso somente com a declaração, administrativa ou judicial, de que houve irregularidade, nulidade, anulabilidade, invalidade do processo licitatório e dos contratos administrativos, garantido o devido processo legal aos envolvidos, é que se poderia alinhar um conclusão jurídica legítima. Sem essas formalidades qualquer alegação de improbidade por fraude, não passa de leviandade, intolerável em um Estado Democrático de Direito.

Historie-se outra vez: a matéria sobre a invalidade do contrato administrativo há que ser tratava especificamente, às claras, sem atalhos ou desvios que denotem manipulação intolerável ao devido processo legal formal.

Nesse panorama, cumpre dizer que se o Autor da ação de improbidade não requerer especificamente a declaração de invalidação dos atos administrativos envolvidos no caso concreto, o Julgador não poderá enfrentar essas questões, salvo se assegurar aos interessados manifestação específica sobre a matéria, pena de nulidade da sentença. Não de diga, como de praxe, que o órgão jurisdicional poderia manifestar-se nesses casos sob o manto justificador do “poder geral de cautela”.

O exercício do poder geral de cautela não há que ser ilimitado, incontido na ordem posta; não pode servir de instrumento aniquilador a direitos fundamentais; deve ser utilizado com temperamento em casos em que, comprovadamente, não haja redução a tais direitos. O poder geral de cautela não justifica supressão de fases processuais, não há que servir de escudo para arbitrariedades ou abuso de poder.

Se o Autor nada alegou quanto à invalidação, se não houve declaração judicial nesse sentido e se os atos administrativos e contratos dele decorrentes não foram invalidados ou rescindidos formalmente em sede administrativa eles continuarão intactos juridicamente. Essa é uma constatação irrefutável, pois pensar em sentido oposto seria menosprezo não só à ordem constitucional vigente, como às leis que regem essas matérias, notadamente o Estatuto Licitatório e a Lei de Improbidade Administrativa.

Nessa parte algumas outras considerações são da mais alta importância: quando a administração pública instaura procedimentos administrativos para a dispensa e inexigibilidades, deve fazê-lo com estreita observância aos comandos normativos emanados do Estatuto Licitatório, nos termos já averbados. Superadas as fases próprias, interna e externa, houve a publicação do resultado, a elaboração do respectivo contrato administrativo que também foi devidamente publicado.

Com as publicações dos respectivos atos administrativos, a exemplo das decisões pelas contratações diretas e dos próprios contratos, todos eles ganham vida jurídica, eles nascem juridicamente. Ato administrativo levado a cabo com base na lei e devidamente publicado, então, é válido pois milita em seu favor a presunção de legitimidade que somente se esvazia através de formal manifestação do poder público em sentido contrário. Nesse sentido o cenário representado na Lei 8.666/93, especificamente em seu art. 2º, parágrafo único que “*para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*”.

A tese sufragada, como se observa, não é semântica. Se o ato administrativo é uma espécie de norma peculiar, pois produzido mediante o atendimento aos ditames legais, como demonstrado acima, interpretados pelo administrador, a noção de ato administrativo perfeito refere-se ao processo administrativo, que diz respeito à produção dessa norma

Na quadra do início do procedimento licitatório, da abertura de procedimento próprio para dispensa ou inexigibilidade, tem-se um ato administrativo perfeito, o que autoriza afirmar que, nesse momento, passa a existir um ato administrativo inaugural solene. Nesse campo de inteligência perfeição e existência chegam a confundir-se juridicamente. O ato administrativo que não é perfeito é um ato administrativo que não existe. E um ato administrativo que não existe não é um ato administrativo.

José Paulo Cavalcanti, objurga a significação de negócio jurídico inexistente, ao afirmar que “[...] ninguém negará que o negócio que não foi

concluído não existe; mas para declarar essa evidência não seria necessário construir nenhuma teoria”¹³. Nesse mesmo rumo a advertência de Domenico Barbero ao enfatizar que “[...] será, então, inexistente o negócio não concluído: o que é lapaliciano, como também é inexistente a casa não construída, a pessoa não concebida, a cambial não subscrita”.¹⁴

Na trilha de Hans Kelsen,¹⁵ pode-se dizer que é redundante a expressão “ato administrativo válido”. De fato, o ato administrativo existe ou não existe: ou há ato administrativo ou simplesmente não há. Ato administrativo que não consegue aperfeiçoar-se juridicamente, ou cujo processo de produção não se ultimou como deveria, não existe. Logo, não há se falar em ato administrativo imperfeito, assim como não se pode presumir um ato administrativo inexistente.

Se os contratos administrativos foram produzidos com apoio em comandos estatutários, com suas publicações, ainda que por resumo, eles ganham vida jurídica. Perdem-na exclusivamente em duas situações:

i) se a própria autoridade administrativa competente revogá-los ou invalidá-los, sempre através de decisão motivada, precedida da ampla defesa e do contraditório; ou,

ii) se o órgão jurisdicional desconstituí-los, por decisão proferida em um processo formal, solene, também antecedida da garantia à ampla defesa e ao contraditório. Desnecessária a invocação de oráculos para se chegar a esse desiderato, tamanha a obviedade do que se afirma.

Axiomático que essa desconstituição por outro ato administrativo não é definitiva pois pode ser reformada por uma decisão judicial que repristine sua validade, isso por imperativo do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹⁶.

Dáí ser inadmissível no direito administrativo, a invalidação de ofício desatrelada de um processo formal. A tão só afirmação de que um ato é nulo de pleno direito não traduz a realidade jurídica, pois enquanto o ato administrativo

¹³ CAVALCANTI, José Paulo. *Tridimensionalidade e outros erros*, Recife, edição do autor, 1984, pp. 14-15.

¹⁴ *Sistema Institucional*, vol. I, nº 295, p. 455.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, trad. de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 216.

¹⁶ Art. 5º, XXXV.

não for regularmente atacado formal e solenemente pela autoridade competente mantém-se aceso juridicamente sob as vestes da validade. Demais disso, a distinção feita por alguns administrativistas, entre atos anuláveis e atos nulos, com nítida influência do direito privado, não faz sentido no campo do direito administrativo.

Juan Alfonso Santamaria Pastor escreve que a nulidade e a anulabilidade não são “modos de ser” do ato. Acrescenta:

*Sólo forzando el sentido de las palabras puede hablarse de actos nulos o anulables ...en la realidad jurídica, la nulidad no se produce nunca de modo automático, porque la nulidad no es un hecho, una realidad, sino una calificación que debe hacerse valer en el procedimiento correspondiente para que sea efectiva.*¹⁷

Antônio Carlos Cintra do Amaral, sobre esse tema, escreveu:

Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade. Se dessa apreciação resulta sua manutenção no mundo jurídico (admitimos aqui a hipótese de decisão judicial com força de coisa julgada), são válidos. Se dela resulta sua eliminação, são inválidos.

Antes da anulação, afirmar-se que há ato administrativo inválido é mera questão de opinião. Isso não quer dizer, porém, que à ciência do direito não caiba indagar sobre a validade de um ato administrativo. Se o intérprete constata que: a) foi ele produzido por um órgão competente; b) existiu o pressuposto de fato correspondente à hipótese legal e houve correta subsunção daquele a esta; c) foram cumpridas as formalidades legais; e d) o conteúdo corresponde à solução de aplicação contida na moldura legal, descreve-o como ato válido. Caso contrário, descreve-o como inválido. Emite, assim, uma opinião científica. De um ponto de vista jurídico, porém, não há atos inválidos, senão os assim qualificados por decisão judicial passada em julgado.

Há dois momentos distintos: o momento do conhecimento e o da produção normativa. O cientista do direito, conhecendo a realidade jurídica, pode descrever o ato como válido ou inválido, conforme ou desconforme com a ordem legal. Essa é exatamente sua função. Mas o ordenamento jurídico confere a um órgão especialmente qualificado a competência para decidir se um ato é

¹⁷ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *A nulidade de pleno direito dos atos administrativos*, 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 93 e 169.

válido ou não. Essa decisão tem força normativa... “Por outro lado, ao descrever a realidade jurídica, o cientista do direito pode dizer que o ato é inválido. Isso significa dizer que existe, no ordenamento jurídico, uma norma que manda anulá-lo. Porque, como vimos, a anulação é uma sanção, aplicável à hipótese de ato produzido em desconformidade com a ordem legal. Essa norma – que pode, em certos casos, ser expressa – é descrita pela seguinte proposição: ‘Se um ato administrativo é produzido em desconformidade com a ordem legal, deve ser anulado’.¹⁸

Não implica compreender que o seja, mas que deva ser. A invalidade não é, nas palavras de Santamaria Pastor um ‘modo de ser’ dos atos jurídicos, mas “*un puro presupuesto catalizador de la reacción sancionadora del ordenamiento contra los efectos potenciales o reales del acto no ajustado a la norma*”¹⁹.

Diga-se, com escora nas noções da teoria pura do direito, florescida das lições de Hans Kelsen, que a produção de um ato administrativo em conformidade com a ordem legal é um comportamento que impede a aplicação da sanção [nulidade ou anulação]. Anular um ato administrativo frutificado em contraste com o ordenamento jurídico vigente é o comportamento que se demanda da administração, inclusive no uso de seu poder de autotutela [sumulado pelo STF – súmulas 346 e 473²⁰], eis que detém essa competência constitucional. Essa competência, contudo, não há que ser conjugada como se fosse um mandato em branco conferido pelo Estado, é dizer: só será legítima se respeitar os procedimentos previstos nesse mesmo ordenamento jurídico, no qual o devido processo legal e o direito de defesa devem ser sempre preservados. Anular um ato sem o respeito às normas de procedimento é um nada jurídico, mais ofende do que resolve.

Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt confirma a autotutela, especificamente em certame licitatório [incluindo-se, por certo, os procedimentos para dispensa e inexigibilidade], dilucida que “caberá a autoridade competente

¹⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, pp. 61/62.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 163.

²⁰ Súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Súmula 473: “A Administração pode anular seus próprios atos quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

efetuar um controle de todo o processo, verificando, por meio do seu poder de autotutela, a legalidade dos atos praticados e a permanência dos motivos que levaram ao desenvolvimento da licitação”²¹.

Weida Zancaner²² é igualmente esclarecedora ao deduzir de modo didático que: I - sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressaltando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário; II — sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado **já esteja estabilizada** pelo Direito. Em tal **caso, já não mais haverá situação jurídica inválida** ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Essa estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito “prescricional”, para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável²³.

Celso Antônio Bandeira de Mello é ainda mais incisivo:

Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto o convalidando. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui.

²¹ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 3ª edição, 2008, pp. 147/148.

²² *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 3a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 218.

²³ *Obra e página citadas.*

Acresce que também o princípio da boa-fé — sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade — concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé. Sendo certo, pois, **que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas**, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que **não há, aí, opção livre entre tais alternativas**. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação. Acresce que discricionariedade decorre de lei, e não há lei alguma que confira ao administrador livre eleição entre convalidar ou invalidar²⁴.

Diante das premissas aqui expostas, não há como deixar de se resignar sobre a inexistência de distinção entre atos nulos e anuláveis. Todos os atos administrativos são válidos, podendo, quando exercidos em desconformidade com a ordem legal, vir a ser anulados, sempre mediante a garantia do *due process of law*.

De tudo pode-se concluir que os atos administrativos válidos só perderão essa molduragem jurídica se forem replicados com sucesso em um processo próprio. Se não houver, em sede de processo administrativo ou judicial, decisão de invalidação não se pode falar em ato administrativo inválido. Nesse ponto cumpre realçar: se em uma ação de improbidade baseada em alegação de fraude a licitação não houve expresse pronunciamento estatal de que o procedimento respectivo e o atos dele decorrentes foram declarados inválidos, não poderá o judiciário deferir a pretensão senão após enfrentar especificamente essas questões. Em respeito à cláusula do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, o juiz que suprimir essa fase atuária de modo arbitrário e abusivo o que acoimará sua sentença de nulidade por flagrante inconstitucionalidade.

Mônica Toscano Simões recomenda cautela à administração no enfrentamento de ato administrativo inválido ao ponderar que

[...]não deve a administração proceder, de imediato, à invalidação

²⁴ Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, São Paulo, Malheiros editores, 2010, p. 476.

do ato. Com efeito, entre a constatação do vício e a invalidação do ato deve transcorrer o chamado procedimento administrativo invalidador, ao fim do qual poderá ser emitido ato invalidador. Quer-se com isto dizer que a invalidação de atos administrativos, mesmo quando pronunciada pela administração pública, deve observar o devido processo legal, sob pena de ofensa frontal ao sistema constitucional brasileiro[...]Não se pode admitir que a administração invalide atos – os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade – sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativo a chance de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos.²⁵

Clarissa Sampaio Silva não destoa desse pensamento ao deduzir que “[...] a invalidação já não pode ser vista como ato único, decisão one shot, mas como resultado de um procedimento cujos participantes devem ser aqueles diretamente atingidos por dada medida”.²⁶

O Supremo Tribunal Federal, desde há muito, tem encampado essa linha de pensamento, como se infere do Recurso Extraordinário 158.543-RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

“ATO ADMINISTRATIVO-REPERCUSSÕES-PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular.”²⁷

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se abordou, ainda que em terreno brando e estreito desse artigo, é de extremo relevo considerar que no Estado Democrático de Direito em que se

²⁵ *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*, Malheiros editores, 2004, pp. 160/162.

²⁶ *Limites à invalidação dos atos administrativos*, Max Limonad, 2001, p. 142.

²⁷ *RTJ*, vol. 00156-03, p. 1042

vive [isso não pode ser ficcional, pois fruto de conquistas históricas] é tempo de se superar esse verdadeiro fetiche pela ação de improbidade, que não raras vezes é utilizada banalmente, servindo de palco para resolução de questões próprias de processos administrativos ou de ações judiciais menos ruinosas aos direitos de personalidade dos supostos envolvidos.

Ao escolher essa via judicial a impressão que dá aos menos atentos é que em seu leito dispensam-se a proteção de direitos individuais, que esse procedimento judicial pode ser abreviados, que exigências legais ficam relativizadas e não pára por aí.

Especificamente quanto a suposta fraude a licitação, não é incomum pedido de cautelares totalmente infundadas, antes mesmo de superada a fase primária de cognição, sempre sob o pretexto de que essas medidas, que vão desde prisão, afastamento de cargos eletivos até bloqueio de bens, fundam-se na estrofe bem decorada declamada pelo autor da ação de improbidade: *para evitar risco de lesão ao erário*.

De igual, ainda que não haja pronunciamento administrativo de invalidade do ato/contrato administrativo, em geral o autor da ação civil por improbidade sequer investe nesse campo e, o que mais amedronta, na maioria das vezes há provimento jurisdicional pela procedência da ação, cujas conseqüências são severas a vários direitos individuais e sem que tenha havido a necessária garantia do devido processo legal formal, especificamente: não se trava discussão sobre essa invalidação.

A utilização dessa via pelo Ministério Público, quase sempre precedida de ruidoso inquérito policial, tem sido alimento farto para saciar a voracidade da mídia em vender a baixo custo a honra e a imagem das pessoas. Isso deve ser, democraticamente, contido sob pena de se resumir as investigações e as ações em uma só: ação de improbidade. A contenção não há que estar na censura à mídia, nem na restrição à liberdade de manifestação [liberdade de imprensa], mas sobretudo na poderabilidade que deve ser melhor conjugada pelo Órgão Ministerial.

É exigência constitucional que qualquer sentença que condene o agente público por improbidade tenha como baldrame os direitos fundamentais, que não seja destemperada ou desproporcional; é necessário que o poder judiciário exija mais do Ministério Público sempre que houver acusação de fraude, de corrupção, de malversação de dinheiro público.

Quanto propõe a ação civil, o Ministério Público não pode ter nenhum favor processual além dos expressamente estampados na Constituição e nas leis próprias. Por isso mesmo, ao mesmo tempo em que merecem todos os aplausos os honrosos trabalhos desempenhados do Ministério Público como tutor da ordem constitucional [e isso tem ocorrido com grande freqüência e enriquece sobremaneira a democracia e o Estado de Direito], deve-se exigir que o mesmo Órgão cuide para não destoar de suas funções institucionais atraído pelo fulgor [quase irresistível] da vaidade e da arbitrariedade cuja resultante é invariavelmente o abuso de poder e o desrespeito aos direitos fundamentais.

Na democracia, no estado de direito, nesse mundo irremediavelmente globalizado os operadores do direito têm que aprender a não viverem apenas de aplausos efusivos, ou com as honrarias do sucesso; a história [e a própria Constituição] exige que todos experimentem eticamente a convivência harmônica e tolerante entre esses aplausos e os apupos que devem ser ainda mais efusivos quando a arrogância pretender irradiar-se em tom mais elevado do que os direitos fundamentais.

5. REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Princípio de Direito Administrativo**. V. 1. 3. ed. Milano: Gouffrè, 1974.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Extinção do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (Questões Polêmicas)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAVALCANTI, José Paulo. **Tridimensionalidade e outros erros**. Recife: edição do autor, 1984.

SILVA, José Afonso da. Licitações. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, n. 7, pp. 53 a 59, 1969.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo, seleção histórica**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: Renovar, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1974, p. 95.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. **A nulidade de pleno direito dos atos administrativos**. 2. ed., Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1975.

SAMPAIO SILVA, Clarissa. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SIMÕES, Mônica Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANOBINI, Guido. **Curso de direito administrativo**. v.1, Milão: A. Giuffrè Editore, 1958.