

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA (IDP)  
– SÃO PAULO**

Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento

**LUIZ FELIPE DA SILVA LOBATO**

**EFEITOS DA REVISÃO CONTRATUAL POR VÍCIO NA LICITAÇÃO E O  
PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO**

**SÃO PAULO – SP**

**2020**

**LUIZ FELIPE DA SILVA LOBATO**

**EFEITOS DA REVISÃO CONTRATUAL POR VÍCIO NA LICITAÇÃO E O  
PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento da Comissão Julgadora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP – São Paulo, sob a orientação do Prof<sup>a</sup>. Doutora Juliana Abrusio.

São Paulo – SP

2020

Felipe da Silva Lobato, Luiz

Efeitos da Revisão Contratual por Vício na Licitação e o Pagamento de Indenização / Luiz Felipe da Silva Lobato. – São Paulo: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP – São Paulo, 2020.

95 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito). IDP – SP

Orientadora: Professora Doutora Juliana Abrusio

## BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

---

Presidente: Prof<sup>a</sup>. Dra. Juliana Abrusio

---

Primeiro(a) Avaliador(a): Prof<sup>a</sup>. Dra. Irene Patrícia Nohara

---

Segundo Avaliador: Prof. Dr. Atalá Correia

---

Observações

## RESUMO

O presente trabalho percorre o caminho da pesquisa bibliográfica, tendo como pretensão persecutória a problemática apresentada no dia a dia do operador do Direito que trabalha com Administração Pública. Nesta, muitas vezes, por causa de interferência externa ou não, o contrato administrativo é reputado nulo ou a administração adquire bens e serviços sem o devido procedimento licitatório. Note-se que, apesar de respeitado o procedimento licitatório, na grande maioria dos contratos firmados pelos entes estatais a exceção é o pagamento via procedimento licitatório, o que se torna nebuloso no campo fático-jurídico. Partindo das reflexões acerca do Princípio do não enriquecimento sem causa, por parte da Administração Pública, o trabalho visa a encontrar elementos que permitam compreender caminhos que tornem possível a concretização dos Direitos em favor do fornecedor/prestador de serviços e nesse mesmo compasso resguarde a Administração no que concerne a pagamentos indevidos. Para tanto, perquire-se a estrutura do processo administrativo e suas complexidades desde sua concepção (elaboração do edital) à sua adjudicação por parte do licitante, passando ainda, pela fase de execução contratual e suas consequências quando da decretação da nulidade contratual. Tal abordagem demonstra a relevância de se compreender o fenômeno jurídico da nulidade contratual no processo administrativo, por meio de uma ótica teórico-fática; de modo a se encontrar o equilíbrio entre os fenômenos jurídicos, nulidade e indenização de maneira integrativa. Essa compreensão permite identificar a aparente crise inerente à necessidade de concretização dos direitos em favor do credor perante o poder discricionário de anular seus atos que acobertam a Administração Pública. De sorte que, diante dessa provocação, pareça justificar a pretensão persecutória a proposta de um pensamento sistemático a fim de coibir o enriquecimento sem causa no ramo do direito administrativo, sem lesar a administração sendo apurada uma “justa indenização”. Nesse sentido, a proposta de uma concepção jurídico-fática tem o escopo de realizar uma abordagem integrativa pelo Direito, tomando como referência as lições do direito administrativo e normas constitucionais no que tange seus princípios, consubstanciada na expressão fato-valor-norma. Tem-se assim que, ao se estabelecer critérios que o integrem numa dimensão que torne possível a concretização dos Direitos em favor do credor e da Administração considerando-o como valor-fonte do Direito, urge a proposta consistente no pagamento via

procedimento indenizatório, como uma nova forma de enfrentar o problema. Some-se a isso a ideia de que os princípios norteadores do Direito, em especial do direito administrativo e constitucional, não se esgotam na hipótese normativa, sendo que, para acolá dela, se faz necessária uma dimensão que torne real o que nela fora estabelecido no início do contrato administrativo com o que de fato foi executado pelo particular. Assim, ao combinar a legislação licitatória com os princípios que regem a Administração, acredita-se ser possível encontrar um percurso, quiçá diferente, para o estabelecimento de uma resposta à problemática que se abate perante o Direito Administrativo construído a partir da concepção fático-jurídica.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Nulidade Contratual. Princípios do Direito. Indenização. Perdas e Danos. Ato Administrativo. Lei de Licitação. Princípio da Publicidade. Responsabilidade Civil.

## **ABSTRACT**

The present work leads the way of bibliographic research, having as a persecutory intention the problem presented in the daily life of the Law operator who works with Public Administration in which, often, because of external interference or not, the administrative contract is considered null or the administration purchases goods and services without the proper bidding procedure. It should be noted that, although the bidding procedure is respected, in the vast majority of contracts signed by state entities, the exception is payment via the bidding procedure, which becomes nebulous in the fact-legal field. Based on reflections on the principle of unjust enrichment on the part of the Public Administration, the work aims to find elements that allow understanding of ways that make possible the realization of the Rights in favor of the service provider / provider and in that same compass safeguard the Administration in the concerning undue payments. To do so, investigate the structure of the Administrative process and its complexities from its conception (preparation of the notice) to its adjudication by the bidder, also going through the contractual execution phase and its consequences when the contractual nullity is decreed. Such an approach demonstrates the relevance of understanding the legal phenomenon of contractual nullity in the administrative process through an academic-factual perspective in order to find the balance between legal phenomena, nullity and indemnity in an integrative way. This understanding makes it possible to identify the apparent crisis inherent to the need for the realization of Rights in favor of the creditor before the discretionary power to annul his acts that the Public Administration covers, so that in view of this provocation, the persecutory pretension seems to justify the proposal of a thought systematic in order to restrain unjust enrichment in the field of Administrative Law. In this sense, the proposal for a legal-factual conception has the scope of carrying out an integrative approach by Law, taking as a reference the lessons of Administrative Law and Constitutional Norms with regard to its principles, embodied in the expression fact-value-norm. Thus, when establishing criteria that integrate into a dimension that makes possible the realization of the Rights in favor of the Lender and the Administration, considering it as the source value of the Law, the proposal (payment via indemnity procedure) of a new way to face the problem is urgent. Added to this is the idea that the guiding principles of law, especially those of Administrative and Constitutional Law, are not limited to normative greatness, and beyond that, a dimension that makes real

what was established therein is necessary at the beginning of the administrative contract with what was actually performed by the individual. Thus, when combining the bidding legislation with the Principles that govern the Administration, it is believed that it is possible to find a path, perhaps different, for the establishment of a response to a problem that falls before the administrative law built from the legal- factual.

**Keywords:** Public Administration. Contractual nullity. Principles of Law. Indemnity. Losses and damages. Administrative Act. Bidding Law. Principle of Advertising. Civil responsibility.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. CAPÍTULO I – PAGAMENTO VIA PROCEDIMENTO INDENIZATÓRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1. Previsão Legal do Pagamento por Indenização.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2. Do Princípio da Boa-fé como Requisito para Pagamento da Indenização.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3. LINDB e o Contrato Administrativo Defeituoso.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4. Lei nº 4.320/1964 no Procedimento Indenizatório.....</b>	<b>23</b>
<b>1.5. Distinção dos Vícios na Licitação e Vícios na Contratação e seus Efeitos na Indenização.....</b>	<b>25</b>
<b>1.6. Espécies de Vícios do Ato Administrativo.....</b>	<b>27</b>
<b>1.6.1. A Revogação e a Obrigação de Indenizar da Administração Pública.....</b>	<b>29</b>
<b>1.6.2. A Nulidade e a Obrigação de Indenizar da Administração Pública.....</b>	<b>33</b>
<b>1.7. Considerações à nova Lei de Licitação – Projeto de Lei nº 4.253/2020.....</b>	<b>35</b>
<b>2. CAPÍTULO II – Requisitos aplicáveis ao pagamento via procedimento indenizatório.....</b>	<b>41</b>
<b>2.1. Princípio da Publicidade no procedimento indenizatório.....</b>	<b>41</b>
<b>2.2. Forma de Publicação do Termo de Ajuste de Contas em Diário Oficial.....</b>	<b>43</b>
<b>2.3. Extrato da publicação e seus Requisitos Básicos.....</b>	<b>44</b>

2.4.	Princípio da Proporcionalidade no Procedimento Indenizatório...	45
2.5.	Falta de Licitação e Pagamento por indenização.....	47
2.6.	Ato Administrativo Ilegal e seus reflexos no Pagamento via Procedimento Indenizatório – Direito Comparado.....	48
2.7.	Apuração Prévia, Concomitante ou Posterior ao Pagamento da Indenização.....	50
2.8.	Abertura de Sindicância para Apuração de Responsabilidade.....	52
2.9.	Pagamento por Indenização e o Entendimento dos Tribunais.....	56
3.	<b>CAPÍTULO III – Responsabilidade Civil do Estado.....</b>	<b>64</b>
3.1.	Regime Jurídico da Ilícitude e Responsabilidade.....	64
3.2.	Efeitos da Invalidação do Contrato.....	69
3.2.1.	Da Boa-Fé do Particular e a Validade do Ato Administrativo.....	72
3.3.	Compensação dos danos causados a terceiros e do quantum indenizatório.....	75
3.4.	Do Enriquecimento sem Causa da Administração Pública.....	77
3.5.	Do Princípio da Ampla Defesa no Procedimento de Nulidade do Ato Administrativo.....	81
4.	<b>CAPÍTULO IV – Modelos utilizados para formalização do TAC – Termo de Ajuste de Contas.....</b>	<b>84</b>
4.1.	Modelo de Termo de Ajuste de Contas.....	84
4.2.	Modelo de despacho para encaminhamento à unidade responsável pelo pagamento do ente estatal.....	86
4.3.	Modelo de Extrato de Publicação de Termo de Ajuste de Contas...	87

4.4. Modelo de Parecer Jurídico em Procedimento Administrativo de pagamento de indenização.....	87
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	97

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca encontrar possíveis respostas para uma reflexão fático-jurídica sobre as questões que afligem o direito administrativo, tendo como referência a Lei de Licitação e demais princípios que regem a Administração Pública construídos a partir da concepção de que ninguém pode enriquecer ilícitamente.

A abordagem combina elementos de diversos ramos do direito, em especial do direito administrativo e constitucional, em que é sopesado a relação contratual mantida entre poder público e o particular, e ainda, qual será a melhor solução no caso de desfazimento do contrato administrativo decorrente de alguma irregularidade. O enfoque da pesquisa está fundamentado na necessidade de uma proposta que permita tornar concreto o que fora estabelecido, de maneira abstrata no ordenamento jurídico pátrio, corroborando assim para a concretização dos direitos contratuais, vedando, outrossim, o enriquecimento ilícito.

A inquietação se deu ao se identificar a aparente crise no que diz respeito ao desfazimento da relação contratual entre particular e Administração e à concretização dos direitos em favor do Poder Público.

Não se pode olvidar que pensar o Direito Administrativo disjungido dos demais ramos do Direito, implica num distanciamento substancial entre a realidade fática e a abstração normativa.

O que se procura é exatamente o liame entre o Direito da Administração Pública e do particular, capaz de tornar efetivo o pensamento sistemático e principiológico trazido na Carta Magna, construído a partir da concepção jurídica por meio do Princípio de que, na relação contratual não deve haver enriquecimento sem causa. Tal investida permite verificar que, para além da clássica proteção e supremacia do interesse público que se dá ao Estado, em detrimento do particular, nas relações contratuais, esse princípio não deve ser aplicado de maneira abstrata sob pena de causar grave distinção nas avenças implementadas pela Administração Pública, em detrimento do particular, causando fatalmente o enriquecimento ilícito e trazendo grave distorção na interpretação do Direito.

Nesse sentido, objetivando a construção formal da pesquisa, o trabalho será estruturado em quatro capítulos que – integrados – buscarão erigir sob os

fundamentos da complexidade e multidisciplinares áreas dos ramos jurídicos a estrutura do tema proposto.

Com esse fim, no primeiro capítulo, serão apresentadas reflexões de maneira a identificar conceitos fundamentais no que tange à delimitação do tema, estabelecendo critérios que conduzirão à estrutura do pensamento desenvolvido.

No segundo capítulo, serão desenvolvidas, a partir do viés da aplicação de princípios e legislação, ponderações sobre a forma que se deve fazer o pagamento quando se der o desfazimento do contrato administrativo. A primeira análise se dará quanto à aplicação de princípios nas relações contratuais em detrimento de normas que subjetivamente conferem obrigações à Administração e aos direitos dos particulares. A segunda, a ser investigada, corresponde à jurídico-normativa, de modo a evidenciar a forma em que deve ser realizada o pagamento indenizatório por meio do Direito e do Ordenamento Jurídico. A terceira, diz respeito à concepção jurídico-fática com o Princípio da Proporcionalidade consubstanciado na figura das decisões do Estado Democrático de Direito, que congrega em seu bojo a forma pela qual a sociedade se organiza juridicamente mediante a figura do Estado, a fim de tornar pleno os provimentos jurisdicionais e não diferenciar a Administração Pública em detrimento do particular.

No capítulo terceiro, o enfoque é direcionado à crise instaurada no que tange à concretização do Direito em favor do particular, destacando-se a problemática da efetividade e eficácia dos contratos administrativos e o que se deve fazer quando do seu desfazimento. A abordagem permite identificar a problematização do rompimento contratual, no sentido de se buscarem caminhos que tornem possível a concretização do Direito, conforme se verificará nos fatos-jurídicos.

No quarto capítulo, a atenção será dirigida à concretização da finalidade do Mestrado Profissional trazendo peças práticas visando auxiliar e trazer alternativas práticas à vida do operador do Direito.

Nesse derradeiro capítulo, buscar-se-á encontrar elementos que permitam o acesso a peças práticas a serem utilizadas na elaboração do procedimento indenizatório, tais como minuta de Parecer Jurídico, extrato para publicação e modelo de Termo de Ajuste de Contas.

Não obstante, tais reflexões permitirão compreender a importância da análise do desfazimento contratual de forma imparcial sem as premissas de que, a Administração deve imperar em detrimento do particular sob pena de causar grave dano nas relações contratuais e inviabilizar novas contratações, causando assim insegurança jurídica nas relações contratuais assumidas entre Administração e licitante/contratado.

Pretende-se, com efeito, buscar elementos que possam colaborar com a construção do conhecimento científico, especialmente no que tange a concretização dos Direitos nos casos de desfazimento da relação contratual realizada entre particular-Administração.

## 1. CAPÍTULO I – PAGAMENTO VIA PROCEDIMENTO INDENIZATÓRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 1.1. Previsão legal do pagamento por indenização

Primeiramente, importante destacar que o ente estatal está vinculado às suas compras ou à contratação de serviços ao procedimento licitatório. Essa é a lição da doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello:

ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.<sup>1</sup>

A obrigatoriedade da realização de licitação vem ao encontro de outro princípio constitucional que é o da legalidade, pelo qual compreende-se que a Administração somente deve fazer ou deixar de fazer o que a lei permite. Ao contrário do que ocorre com o particular, que pode “fazer” qualquer ato desde que não tenha norma impeditiva.

O procedimento licitatório, segundo as lições do doutrinador antes mencionado:

é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.<sup>2</sup>

O pagamento de indenização via procedimento administrativo decorre da falta de procedimento licitatório ou quando há procedimento licitatório e este foi declarado nulo em decorrência de alguma ilegalidade.

Assim leciona Marçal Justen Filho:

por outro lado, a Lei de Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) determina, no art. 59: ‘A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente,

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 537.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 537.

deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos'. Mas o parágrafo único estabelece: 'A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa'. A doutrina vem se manifestando no sentido da necessidade de respeitar os efeitos gerados por atos inválidos sobre a esfera de terceiros de boa-fé.<sup>3</sup>

Ainda, nesse prisma, o mesmo autor acrescenta:

esses são os princípios gerais que disciplinam o relacionamento entre a Administração e o particular. Mas existe solução específica no Direito brasileiro para o caso de contratações defeituosas. O legislador brasileiro efetivou opção clara pelas soluções compatíveis com um Estado democrático de Direito. Além de todas as determinações atinentes à responsabilização civil do Estado, consagrou-se a disciplina específica do parágrafo único, do art. 59, para a contratação administrativa inválida. Daí se segue que a invalidação, por nulidade absoluta, de qualquer ajuste de vontades entre administração e particular gerará efeitos retroativos, mas isso não significará o puro e simples desfazimento de atos. Será imperioso produzir a compensação patrimonial para o particular, sendo-lhe garantido o direito de haver tudo aquilo que pelo ajuste lhe fora assegurado e, ainda mais, a indenização por todos os prejuízos que houver sofrido.<sup>4</sup>

Nesse mesmo sentido, Jose dos Santos Carvalho Filho assegura:

O efeito da declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente (art. 59, do Estatuto). Cuida-se de regra consonante com o princípio de direito público segundo o qual a invalidação produz efeitos *ex tunc*. Não obstante, nos termos do art. 59, parágrafo único, do Estatuto, 'a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa'.<sup>5</sup>

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já decidiu:

Embora o Acórdão embargado tenha determinado a anulação da licitação e do contrato decorrente, permanece a obrigação da Administração em indenizar a empresa contratada pelos serviços executados até a sustação do contrato, consoante ao disposto no parágrafo único, do art. 59, da Lei 8.666/1993.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: dos Tribunais. 2016. p. 408.

<sup>4</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1242.

<sup>5</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Atlas 2016. p. 225.

<sup>6</sup> Acórdão nº 2.240/2006, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. TCU.



A jurisprudência pretoriana do STJ corrobora com esse entendimento:

...verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a nulidade do contrato administrativo não obsta o dever de a Administração Pública indenizar o contratado pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito. (RESP 1.707.944/SC, decisão monocrática, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16.11.2017, DJE 23.11.2017).

Inobstante, o parágrafo único do artigo 59, deve ser interpretado conjuntamente com os preceitos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). É cabível admitir a preservação de contrato administrativo defeituoso, adotando-se medidas de compensação para eliminar benefícios ou vantagens injustas.

Portanto, verificamos que há duas possibilidades: primeira, aquisição de serviços e produtos sem procedimento licitatório; segunda, nulidade da licitação; estas geram direito ao particular de receber valores do ente estatal desde que preenchidos os demais requisitos que passaremos a abordar.

## **1.2. Do Princípio da Boa-Fé como Requisito para Pagamento da Indenização**

As relações contratuais são regidas por vários princípios; dentre eles destaca-se o princípio da boa-fé devido à sua ampla aplicação, pois também prestigia a probidade, a honestidade e a correição nos atos jurídicos.

O Código Civil brasileiro assim consagra o princípio da boa-fé:

Art.113º Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

A doutrina de Cezar Peluso fala sobre o tema:

Trata-se de regra de interpretação que milita a favor da segurança das relações jurídicas. A manifestação da vontade não subsiste apenas sobre si mesma, pois subentende-se que a ela estão agregadas as consequências jurídicas decorrentes, ainda que as partes delas queiram afastar-se. Também isso compreende o dever de colaboração das partes, a fim de que o negócio jurídico produza os efeitos que lhe são próprios, não podendo uma das partes impedir ou dificultar a ação da outra no cumprimento de suas obrigações, ou seja, devem as partes agir com lealdade e confiança.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado.13ª ed. São Paulo: Manole Jurídico. 2019. p. 90.

O diploma pátrio ainda traz em seus dispositivos a obrigação do respeito ao princípio da boa-fé ao longo da execução do pacto:

Art. 422º Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva – localizado no campo do direito das obrigações – é objeto de nosso enfoque. Trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio. Nessa vereda, leia-se os ensinamentos do autor por último mencionado:

O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico, ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correição, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. Assim, é possível aferir alguns pressupostos da boa-fé objetiva, quais sejam: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.<sup>8</sup>

Ainda, conforme se posicionou o Ministro Herman Benjamin, “o direito, como emana do texto, está condicionado a não ter o contratado contribuído para o vício gerador da invalidação. Se concorreu, agindo de má-fé, a Administração não tem o dever de indenizar”.<sup>9</sup>

A respeito, impende trazer a baila as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

O que não se admite é que a Administração tenha recebido parte do objeto do contrato e, ainda assim, não queira indenizar o contratado: seria forma de enriquecimento sem causa do Poder Público, ou seja, estaria ele a locupletar-se de sua própria torpeza.<sup>10</sup>

Nesse diapasão é assevera-se que a boa-fé do terceiro caracteriza-se quando não convergiu, por seu comportamento, para a materialização do vício ou quando não

---

<sup>8</sup> PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado. 13ª ed. São Paulo: Manole Jurídico. 2019. p. 441.

<sup>9</sup> STJ, AgRg no REsp nº 1.394.161, Relator: ministro HERMAN BENJAMIN, Julgado em 08.10.2013. No caso, o contratado agiu de má-fé ao colaborar para indevida dispensa de licitação.

<sup>10</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 225.

teve ciência nem tinha condições de conhecer sua existência. Nesse caminho as palavras de Marçal Justen Filho:

O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática da irregularidade. Verificado o defeito, ainda que para ele não tenha concorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla.<sup>11</sup>

A doutrina de Flávio Tartuce, por sua vez, discorre sobre a boa-fé nas relações contratuais, *in litteris*:

Além da relação com esses deveres anexos, decorrentes de construção doutrinária, o Código Civil de 2002, em três dos seus dispositivos, apresenta três funções importantes da boa-fé objetiva. 1.º) Função de interpretação (art. 113, do CC) – eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé. Essa função de interpretação, repise-se, também parece estar presente no novo CPC, no seu art. 489, § 3º, devendo o julgador ser guiado pela boa-fé das partes ao proferir sua decisão. 2.º) Função de controle (art. 187, do CC) – uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito ('Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exerce manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes'). Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado nº. 37 do CF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187, do CC, adotou o critério objetivo-finalístico. Dessa forma, a quebra ou desrespeito a boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado nº. 24 ou pelo Enunciado nº.37, ambos da I Jornada de Direito Civil. Não se olvide que o abuso de direito também pode estar configurado em sede de autonomia privada, pela presença de cláusulas abusivas; ou mesmo no âmbito processual. 3.º) Função de integração (art. 422, do CC) – segundo o qual: 'Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé'. Relativamente a aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado nº. 25 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, 'o art. 422, do Código Civil, não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual'. Nos termos do Enunciado nº. 170 da III Jornada, 'a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato'. Apesar de serem parecidos, os enunciados têm conteúdo diversos, pois o primeiro é dirigido ao Juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. p.1246-1247. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 9ª ed. São Paulo: Método. p. 546-547.

Diante disso, deve-se realizar a restrição da proteção jurídica para situações ilícitas ocasionadas entre Administração Pública e particular quando estiverem em conluio para fraudar a norma legal. Assim, não é justo aplicar ao caso real o tratamento privado preciosamente reservado para um acordo adequado. Ainda, não se poderia inovar o tema da responsabilidade civil da Administração aquele agente que tivesse obrado de modo reprovável para trapacear a legislação e produzir situação concreta comparável como ilícita.

Nesse sentido julgado do Superior Tribunal de Justiça:

2. Se o Poder Público, embora obrigado a contratar formalmente, opta por não fazê-lo, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato verbal, porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). 3. Por isso, na ausência de contrato formal entre as partes – e, portanto, de ato jurídico perfeito que preservaria a aplicação a lei a celebração do instrumento –, deve prevalecer o princípio do não enriquecimento ilícito. Se o acórdão recorrido confirma a execução do contrato e a realização da obra pelo recorrido, entendo que deve ser realizado o pagamento devido ao recorrente. 4. Inclusive, neste sentido, é de observar que mesmo eventual declaração de nulidade do contrato firmado não seria capaz de excluir a indenização devida, a teor do que dispõe o art. 59 da Lei n. 8.666/93 (REsp 1.111.083/GO, 2ª T., rel. Min Mauro Campbell Marques, j. em 26.11.2013, DJe de 06.12.2013).

Superada a análise da doutrina da contratação do Poder Público e da boa-fé contratual, torna-se necessário adentrar nas contribuições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que podem ser aplicadas à temática.

### **1.3. LINDB e o Contrato Administrativo Defeituoso**

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) sofreu diversas alterações desde sua entrada em vigor no mundo jurídico. Dentre essas mudanças, uma das mais significativas para o Direito Administrativo, foi a realizada por meio da Lei nº13.655/2018 visando apaziguar diversas celeumas que atormentavam os operadores do Direito. Assim, estabeleceu luz a um tema há muito debatido, dando segurança jurídica nas relações jurídicas implementadas entre Administração Pública

– Licitante / particular, em especial às relações contratuais advindas de procedimento licitatório.

Durante muito tempo, a interpretação da legislação preconizou que o contrato administrativo nulo teria efeito *ex tunc* o que, por si só, extinguiria a eficácia do termo no mundo jurídico.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União já possuía o entendimento de realizar a modulação dos efeitos da declaração de nulidade contratual. Nesse sentido comenta a doutrina de Marçal Justen Filho:

(...) havendo viabilidade técnica, econômica e jurídica, considera-se adequado dar continuidade à obra pública, apesar de detectados indícios de irregularidade por Tribunal de Contas Estadual, ante o estágio avançado de execução do empreendimento.<sup>13</sup>

Com o advento da Lei nº 13.655/2018, os efeitos da nulidade contratual podem ser modulados visando melhor aproveitamento dos recursos públicos. Nas palavras do doutrinador antes mencionado:

Mas o parágrafo único do art. 59 deve ser interpretado de modo conjunto com as regras da LINDB. É cabível admitir a preservação de contrato administrativo defeituoso, adotando-se medidas de compensação para eliminar benefícios ou vantagens injustas.<sup>14</sup>

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 59, deve ser explicada de maneira a interagir com as previsões introduzidas posteriormente pelas alterações que se deram a LINDB, que incluiu novos conceitos ao Decreto-lei nº 4.657/1942. O reconhecimento da existência de vício na contratação, seja no procedimento licitatório ou após a vigência contratual, não impõe necessariamente o desfazimento do vínculo contratual operando efeitos retroativos desde a data do ato administrativo maculado. Passou-se então a admitir a continuidade do contrato com pequenos ajustes, assim operando a

---

<sup>13</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1245.

<sup>14</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1242.

modulação dos efeitos da decretação do ato viciado. Inobstante a ilegalidade encontrada pode-se dizer que uma contratação eivada de vícios pode ter a sua execução continuada devido à aplicação do interesse público (interesse que não devemos confundir com direitos e obrigações dos pactuantes Contratante Administração e Contratada “Licitante”).

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

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

As regras entabuladas entre Administração e particular sempre foram paternalistas ao Estado o que causava graves transtornos nas relações contratuais; inclusive, encarecendo a execução de serviços e venda de produtos devido ao risco do negócio com quem se relacionava com a Administração Pública. A saída encontrada pelo legislador foi instituir alternativas destinadas a suprimir os defeitos e seus efeitos danosos. Em situações fáticas, caberá ao intérprete da norma adotar providências de cunho compensatório, objetivando acabar com vantagens ou benefícios indevidos.

Nesse sentido a doutrina de Marçal Justen Filho:

A determinação contida no art. 59 da Lei 8.666/1993 refletia uma concepção jurídica vigente no passado, que adotava o pressuposto radical de que a nulidade se constituía em obstáculo à produção de efeitos jurídicos. Essa concepção já deixara de ser praticada a propósito do vício jurídico mais grave, que é a inconstitucionalidade. Durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade produzia efeitos retroativos necessários, eis que um ato inconstitucional era considerado como inexistente. Mas a Lei 9.868/1999 admitiu a modulação dos efeitos da pronuncia de inconstitucionalidade.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1234.

Assim, a Lei nº 13.655/2018 introduziu expressamente, no ordenamento jurídico, a “modulação” dos efeitos e a ponderação que deve ser realizada pela Administração no caso de desfazimento da relação contratual:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A jurisprudência já vinha corroborando com essa alteração:

1. “A regra de que a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos, comporta temperamento no sentido de que sejam declinados os motivos ensejadores da declaração e faculte aos atingidos pelo ato a produção de defesa. Neste sentido a jurisprudência do STF (RE 108.182-1).

2. Indispensável, então, para anulação do ato o reconhecimento de que (i) tenha ele causado lesão a Administração, (ii) sua convalidação não seja viável juridicamente e (iii) não tenha servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência” (REsp 56.017/RJ, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 02.06.1997, DJ de 23.06.1997).

“Entendo que o interesse público estará melhor atendido caso se autorize, de forma excepcional, a continuidade do contrato relativamente ao item 2 do Pregão Presencial 11/2013. Tal medida, a meu ver, pode ser justificada a partir das seguintes verificações: 1. o mercado de fabricação de cisternas encontra-se duopolizado pelas empresas (...) Ltda e (...) Ltda, ambas fabricantes de produtos plásticos, o que, por si só, já acarreta a redução de competitividade no certame; 2. a premência na necessidade da contratação, tendo em vista o regime hidrológico da região em que as cisternas objeto da contratação serão instaladas (...) 3. Diversamente do asseverado pela unidade técnica, entendo que a anulação do contrato e a realização de novo procedimento licitatório teria sim grandes chances de resultar em elevação dos preços já contratados, haja vista a composição dos custos do objeto da licitação. (...) e 4. Por fim, reputo, ainda, que a declaração de nulidade da licitação e do contrato correspondente deve levar em consideração o custo das indenizações as empresas que tiverem os seus contratos anulados, o qual, certamente, não limitará ao que tiver sido efetivamente executado, mas também aos custos relacionados com as despesas indiretas envolvidas na mobilização das empresas contratadas para execução dos objetos contratados. (Acórdão 2.789/2013, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

Destaca-se que tal alteração veio ao encontro à necessidade de se aperfeiçoar e adequar entendimento, inobstante a esse importante regramento positivado na legislação. O que muito já vinha sendo adotado pelas Cortes administrativistas como o Tribunal de Contas.

Assim, em que pese a decretação da nulidade do contrato administrativo, os efeitos dessa decisão podem ser modulados para melhor solução da celeuma jurídica não desprezando em especial o pagamento pela execução contratual já implementada.

#### **1.4. Lei nº 4.320/1964 no procedimento indenizatório**

Como reflexão inaugural, do presente tópico, trazemos à baila a legislação de regência no que concerne ao orçamento público que prevê o empenho da despesa sendo de responsabilidade da autoridade competente pela gestão contratual – ordenador da despesa. E ainda, que não haverá despesa sem que haja prévio empenho no orçamento público.

Vejamos o que fala a Lei nº 4.320/1964:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

§ 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.

§ 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

§ 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.

Importante ressaltar que o procedimento indenizatório tem as características de um contrato administrativo e que, todas as regras aplicáveis àquele devem ser seguidas neste. Claro que tais regras jurídicas são aplicadas para que se tenha o



mínimo de segurança jurídica na relação contratual e para que se adeque o procedimento às formalidades que se impõe à Administração.

Nesse sentido os ensinamentos de Augustinho Vicente Paludo:

A programação orçamentária e financeira consiste na compatibilização do fluxo dos pagamentos com o fluxo dos recebimentos, visando ao ajuste da despesa fixada às novas projeções de resultados e da arrecadação. Nota de Empenho: conforme consta na Lei n 24.320/1964, art. 60, § 12, em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da Nota de Empenho. A "Nota de Empenho" corresponde a um documento emitido e impresso no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), que somente pode ocorrer após o "empenho da despesa". O "empenho da despesa" é, portanto, indispensável, mas a "Nota de Empenho" poderá excepcionalmente ser dispensada. Após essa explicação, é fácil compreender o que diz o art. 61 da referida Lei: "Para cada 'empenho' será extraído um documento denominado 'Nota de Empenho', que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria."<sup>16</sup>

Por essa razão, se revela imprescindível a aplicação da legislação orçamentária no que se refere ao procedimento indenizatório. Assim se faz necessário o respeito às normas de Direito Público quanto à efetivação da despesa.

Impende lembrar que o processo de indenização nada mais é do que uma despesa com rubrica orçamentária própria e deve constar na prestação de contas aos órgãos de controle em conjunto com todas as demais despesas realizadas pela Administração.

### **1.5. Distinção dos Vícios na Licitação e Vícios na Contratação e seus efeitos na indenização**

A legislação de regência e princípios do direito administrativo devem ser interpretados de maneira diversa do Direito Privado devido às suas características e peculiaridades nas quais as relações jurídicas são implementadas.

Importante destacar que, com essa renovação na legislação quanto aos vícios que acometerem a licitação (fase procedimental e contratual) devem ser analisadas,

---

<sup>16</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. Orçamento público, administração financeira e orçamentária e LRF I. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2017. p. 242.

objetivando causar menor dano ao interesse público que deveria ser atingido com a contratação do serviço ou entrega do produto, sem desprezar o licitante / contratante na modulação dos efeitos da rescisão contratual.

O vício na licitação acarreta, em princípio, a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato administrativo (se chegou a ser pactuado), conforme dispõe o art. 49, § 2º. Deverá refazer-se a licitação, integral ou parcialmente, se essa solução não produzir efeitos danosos insuportáveis ou superiores aos benefícios potencialmente dela derivados. Essa é a determinação proveniente dos arts. 20 e 21 da LINDB (com redação da Lei 13.655/2018). Por outro lado, o vício na contratação não implica, de modo necessário, a invalidação do próprio procedimento licitatório. Como regra, deverão ser aproveitados, renovando-se a contratação, sempre ressalvado o cabimento de uma avaliação sobre a conveniência da solução. Se evidenciado que o resultado da licitação não é mais conveniente, caberá promover a revogação dela – solução jurídica inconfundível com a anulação do contrato.<sup>17</sup>

Importante destacar ainda que, em alguns casos de mera irregularidade ou anulabilidade, não há a necessidade de instauração de procedimento indenizatório; e sim, cabe a Administração providenciar o saneamento do procedimento.

O art. 59 não se aplica as irregularidades nem a anulabilidade. Quando o defeito envolver mera irregularidade ou apenas o interesse privado, a pronúncia do vício se delimita ao necessário para restabelecer o interesse lesado. Assim, por exemplo, suponha-se que o contrato tenha consignado valor inferior ao da proposta. Trata-se de mera irregularidade, sanável a qualquer tempo (ainda que exija a renovação dos procedimentos formais impostos por lei).<sup>18</sup>

Dessa forma, os efeitos do desfazimento da relação contratual geram consequências divergentes a depender do momento no qual será realizado o distrato. Se for durante procedimento licitatório, todos os atos administrativos serão nulificados sem prejuízo de eventuais indenizações que se fizer necessário ao particular. Assim, quando a fase licitatória tiver avançando para a contratual cabe à Administração Pública ponderar a conveniência e a oportunidade do desfazimento contratual.

---

<sup>17</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1234.

<sup>18</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1235.

Há de se destacar que o objeto da nulidade traz no ensejo das licitações especialidades não usuais ao Direito Administrativo. Os preceitos fazem obedecer ao rumo tanto na Administração Pública como dos particulares contratados. Dessa forma, a verificação dos vícios dos atos feitos no andamento dos procedimentos licitatórios não abrange aplicação imediata dos princípios.

De igual modo, a doutrina divide a validade dos atos jurídicos em 03 (três) divisões na esfera normativa. A primeira divisão trata da formação e validade dos atos que devem ser disciplinados pelo Direito Administrativo. Nesse ponto se deparam os atos internos da administração na licitação. Consideram-se o edital e o parecer jurídico (dentre outros) enquanto atos administrativos. Assim, a legitimidade do edital depende do implemento das normas gerais sobre atos administrativos.

Na segunda divisão, a legitimidade dos atos é disciplinada pelo Direito Privado. Nesse ponto se deparam os atos internos dos licitantes. Consideram-se, regularidade fiscal ou os atestados de capacidade técnica para constituir condições para que o licitante se habilite à licitação.

A terceira divisão está intrinsecamente ligada à licitação. Consideram-se todos os atos pertencentes ao procedimento licitatório. Dessa forma, analisam-se os documentos de habilitação e as formalidades do edital em respeito às normas licitatórias.

Conforme sinteticamente apresentado, pode-se verificar se os mesmos atos serão submetidos a distintas denominações jurídicas, logo que se observe sua consonância com as normas gerais ou com as regras específicas. Para sua legalidade, os atos feitos nos procedimentos licitatórios precisarão estar em consonância com as normas gerais do Direito, bem como com as específicas do procedimento licitatório.

Nesse sentido é que caminha a teoria das nulidades na licitação, na qual se vê a natureza e potencialidade dos vícios que acometeram o ato administrativo perante especificamente as regras sobre licitações. Inobstante a isso, essa regra não se propõe a determinar a legalidade dos atos administrativos perante as regras do Direito Privado. No caso do ato, praticado no curso da licitação, é inválido perante as regras

comuns, e a alternativa será pelas mesmas regras. Dessa forma, é oportuno evocar os preceitos aplicados no Direito Administrativo acerca do desvio de finalidade e abuso do poder para examinar os atos praticados no curso da licitação.

### **1.6. Espécies de Vícios do Ato Administrativo**

O ato administrativo pode ser retirado do mundo jurídico quando constatada a sua ilegalidade. No caso do procedimento licitatório, a Administração Pública realiza diversos atos até o exaurimento da relação com a licitante / contratado para prestação/entrega do serviço e/ou produto.

Importante esclarecer que, o conceito de negócio jurídico é diferente do aplicado no direito privado, devendo ser levado em conta diversos outros fatores antes de simplesmente realizar a rescisão contratual, conforme verificamos na Jurisprudência de nossos Tribunais e acompanhando esse raciocínio o legislador inovou com a entrada em vigor da LINDB.

Segundo a doutrina de Irene Nohara, temos alguns posicionamentos sobre o tema, senão vejamos:

1. o de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual o vício acarreta sempre a nulidade do ato, não havendo como se falar em anulabilidade; 2. o de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que defende a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis; 3. o de Seabra Fagundes, que propugna uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; diferenciando totalmente a concepção adotada no Direito Administrativo entre nulos e anuláveis daquela encontrada no Código Civil; e 4. a do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, que aceita o posicionamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, mas acrescenta ainda a classificação uma terceira categoria: a dos atos inexistentes.<sup>19</sup>

Ainda nesse diapasão nas lições da autora mencionada:

Diante do exposto, defendemos que é plenamente plausível, a partir de concepções pós-positivistas, diferenciar nulidade, para as graves

---

<sup>19</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 220.

ilegalidades, que não admitem convalidação, de anulabilidade, na qual, em face de uma irregularidade menor, o intérprete pode sanear um ato que produz efeitos que merecem ser preservados. Concordamos, portanto com Seabra Fagundes, no sentido da necessidade de se diferenciarem os conceitos de nulidade e anulabilidade do direito privado da noção adotada pelo direito público, mas entendemos que a anulabilidade englobaria as irregularidades. Ademais, um argumento relevante que separa o regime jurídico administrativo do regime dos atos anuláveis no direito privado é o de que a autotutela administrativa não depende de provocação, pode ser exercida de ofício pela Administração Pública, não havendo, pois, necessidade de o Poder Público depender de provocação particular para anular atos irregulares.<sup>20</sup>

Em complemento, destaca-se a lição do doutrinador Marçal Justen Filho:

O art. 59 consagrara uma concepção tradicional do direito privado. No direito privado, afirma-se que o ato nulo não produz efeitos, o que só pode ser admitido se interpretado no sentido de que uma vez revelada a ocorrência de nulidade, deve repor-se a situação no estado anterior. Para esse fim, deverão ser desfeitas todas as alterações fundadas na existência do ato – alterações essas cuja manutenção dependeria da validade do ato. Como a declaração de nulidade opera retroativamente (*ex tunc*), todos os eventos ocorridos após e em função do ato viciado deverão ser desfeitos. Mas há dificuldades na aplicação desses princípios ao direito público, inclusive porque a questão da nulidade do ato administrativo tem de ser harmonizada com os princípios norteadores da responsabilidade civil do Estado.<sup>21</sup>

Depreende-se da lição elencada que diferenciar as espécies distintas de vícios que comprometem os atos e contratos administrativos é tarefa árdua e causa diversos debates doutrinários. Diante do exposto, há situações de nulidade, de anulabilidade e de irregularidade.

As teorias de anulabilidade verificam quando a lei transgredida protege o interesse privado – ora licitante ou contratado. Quanto à anulabilidade está amarrada à oportuna manifestação do particular / Administração interessado. A nulidade configura-se quando se transgrida a lei que protege os interesses fundamentais. O escoamento do prazo não elimina a distorção, sem que daí seja possível verificar a necessidade de desfazimento do ato jurídico.

Importante destacar, em que pese os diversos entendimentos quanto aos efeitos da “nulidade” do procedimento licitatório ou do contrato administrativo. Mister se faz esclarecer que, em qualquer das situações, perfaz ainda a necessidade de

---

<sup>20</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 222.

<sup>21</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1235.

indenização ao particular quando prestar serviço ou fornecer produtos à Administração Pública, restando apurar a responsabilidade ao agente responsável que deu causa à ilegalidade.

### **1.6.1. A Revogação e a Obrigação de Indenizar da Administração Pública**

Nessa sequência lógica concluímos que, a revogação implica a existência de atos administrativos válidos dentro do procedimento licitatório. Apesar de que ainda não se pode assinalar como justos e perfeitos, nem tenham causado direito adquirido. A revogação ocasiona o dever de reparar os efeitos lesivos sofridos pelos contratados em virtude do desfazimento dos atos administrativos. Nesse diapasão, tais circunstâncias são os perímetros antagônicos à revogação dos atos administrativos, e também, podem restringir os casos de cabimento de direito à indenização. Os casos de prejuízo seriam aqueles nos quais existissem situação jurídica consolidada, justamente em que a revogação não é admitida.

Verifica-se, assim, a relação de nexos de causalidade entre a revogação e a lesão ao patrimônio do particular. A Administração Pública está obrigada a reparar os danos ocasionados aos licitantes pelos próprios prejuízos sofridos, quando o evento que conduziu à revogação for imputável a ela. Notadamente, quando se constatar atuação culposa dos agentes públicos, será palpável a responsabilização desses, nos mesmos moldes em que passaria no direito privado.

Nesse sentido teor do acórdão:

O art. 49 da Lei n. 8.666/1993 estabelece que (...) esse dispositivo deve ser interpretado, conforme a Constituição, de modo a não impedir a revogação de licitação para, motivadamente, atender, conforme demonstrado no caso, ao princípio da eficiência. Não se vai exigir que determinada licitação seja mantida a qualquer custo, mesmo em face da mudança, no meio do processo, da política administrativa, com o intuito de melhor atender ao interesse público. O que o dispositivo legal evita é o desvio de finalidade ou, mesmo, a mera arbitrariedade do administrador público, caracterizados pela revogação de licitação para atender interesse privado ou, mesmo sem o desvio de finalidade, por motivos desproporcionais a gravidade do ato. (...) Licita, nesses termos, a revogação da licitação, deve-se perguntar se o ato teria, mesmo assim, gerado obrigação de indenizar, sabido que atos lícitos também

podem empenhar a responsabilidade objetiva do Estado. A mudança de orientação, que resultou na revogação da licitação, foi ato de planejamento que, se não feriu direito subjetivo, pelo menos frustrou uma expectativa legítima da empresa. A responsabilidade por danos decorrentes da confiança em promessas do Estado, manifestadas em planos e programas (no caso, um edital de licitação), é objeto de estudo de Almiro do Couto e Silva, concluindo que, 'conquanto possa sempre o Estado alterar seus planos, há situações, contudo, em que a modificação causa tal prejuízo aos particulares e desmente de forma tão acentuada as promessas firmemente feitas pelo Poder Público que importaria grave lesão à Justiça material não reconhecer direito à indenização (...), há situações em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança (...) Decisivo para concluir-se se os atos do Estado geram mera expectativa ou se deram causa a direito subjetivo é saber se as promessas foram realmente firmes, precisas e concretas (...). Cuidando-se de aplicação de princípio genérico, como é o da boa-fé, que não comporta incidência imediata, não é possível ultrapassar, como diretriz para sua realização concreta, os limites estabelecidos pelos requisitos ainda muito abstratos de que a responsabilidade do Estado só surge em razão de promessas firmes e feitas de forma clara e precisa pelo Estado (...). Transportadas essas lições para o caso presente, conclui-se que a autoria tem direito ao reembolso das despesas realizadas com a participação da Concorrência n. 009/2004, assim como a indenização por eventuais prejuízos efetivos que tenha tido em razão da antecipação de providências (ex: investimentos) que tenha sido levada a realizar em função da classificação (em 1º lugar) na licitação em referência. Por isso, dou parcial provimento a apelação da autora para aditar ao dispositivo da sentença indenização por prejuízos (que vieram a ser comprovados em liquidação) que a empresa tenha suportado em razão da antecipação de providências motivadas pela vitória na licitação n. 009/2004-ECT. (AC 2006.34.00.031803-3, 5.ª T., rel. Des. Fed. João Batista Moreira, j. em 22.07.2015, DJe de 29.07.2015).

Ademais, evidencia-se que quando o Administrador Público optar pela revogação do procedimento licitatório, o desfazimento do ato administrativo não emana de vício ou defeito.

Importante salientar que, apenas se refere à revogação quando o fato é válido e perfeito; e quando o ato é defeituoso, o ente estatal deve optar pela sua anulação. A revogação se ampara na discricionariedade e na conveniência do ato, relativamente ao interesse sob tutela da Administração. Ainda no campo da discricionariedade, a Administração rompe seu ato por considerá-lo conflitante com as funções e suas atribuições estatais.

A revogação implica que a Administração tenha liberalidade para realizar os atos administrativos necessários à finalidade conferida ao ente estatal. Lembrando que o ato administrativo deve atender ao interesse coletivo e, caso haja constatação

que tal interesse não foi atendido ou ainda poderá ser realizado de outra forma, assim, seu desfazimento se dará por meio do instituto jurídico da revogação.

Ressalte-se que, no andamento do procedimento licitatório, a Administração não poderá promover a revogação do ato administrativo somente alegando a discricionariedade. Tal revogação pode ser implementada desde que haja motivação para sua realização. A revogação condicionada é premissa do Direito Administrativo para que o ato realizado pelo gestor possa ser compreendido e devidamente justificado conforme preceitua o artigo 49, da lei licitatória, vejamos:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Sob esse prisma, o ato administrativo antes de ser revogado, produz todos os seus efeitos no mundo jurídico e o faz de modo válido. Por isso, poderá ocorrer de a Administração encontrar com a condição jurídica já materializada. O ato jurídico pode ter provocado efeitos como direito adquirido. Insta salientar que, a lei posterior não pode desfazer o direito adquirido, muito menos o poderia um ato administrativo subsequente. Assim, o direito adquirido constitui-se em outra barreira à revogação.

Essa abordagem se revela importante, para que essa barreira se consolide no direito à indenização. É admissível o desfazimento do contrato administrativo, por ensejo de conveniência o que retribuiria o fato da revogação. O direito do contratado não se retrata após aprimorado o ato jurídico na impossibilidade de desfazimento dele, mas no direito ao ressarcimento por perdas e danos.



Para tanto, cabe apurar a regularidade do ato de revogação. A fiscalização será realizada na via administrativa, segundo as normas comuns do controle interno implementadas pelo ente estatal (Controladoria e Corregedoria, por exemplo), e ainda, estará sujeito ao exame posterior do Tribunal de Contas. Ainda, tal ato estará sujeito ao controle do judiciário que deverá coibir eventuais ilegalidades. A revogação retrata competência discricionária do Estado devendo tal ato ser motivado e precedente de contraditório e ampla defesa. Por isso, o controle de todos esses atores se dará, inclusive, sobre a motivação, devendo ser analisada a decisão administrativa e suas justificativas.

Nesse sentido:

A ausência de recursos orçamentários suficientes e a necessidade de melhor aproveitamento dos escassos recursos disponíveis, porque reduzidos, são fatos supervenientes, inviabilizadores da contratação da empresa de gerenciamento (MS 8.844/DF, 1.<sup>a</sup> S., rel. Min. Franciulli Netto, j. em 23.04.2003, DJ de 04.08.2003).

Por essa razão, o tema tem liame com outro também de grande importância no mundo jurídico: a convalidação de atos administrativos. Examinados em contraponto do ordenamento jurídico, relaciona-se ato contínuo com a teoria da responsabilidade Civil do Estado. Essa orientação foi respaldada pelos parágrafos únicos, dos artigos 20 e 21, da Lei de Introdução as Normas do Direitos Brasileiro – LINDB, que já foi objeto de estudo na presente dissertação.

### **1.6.2. A Anulação e a Obrigação de Indenizar da Administração Pública**

Com as observações indicadas na avaliação anteriormente realizada, a propósito da aplicação do princípio da proporcionalidade, que veremos mais adiante na presente dissertação, não há de se conservar direito adquirido oponível à Administração Pública quando advier nulidade.

Depreende-se daí que poderia arrancar algum proveito da situação; sendo assim, deverá condescender com o desfazimento decorrente da nulidade. Entretanto, não significa que há liberação de quaisquer responsabilidades da Administração Pública.

O reconhecimento da nulidade confere com o dever do desfazimento de todos os atos e isso não denota a ausência de responsabilização por perdas e danos produzidas pela conduta dos agentes da Administração Pública. O contratado não pode exigir a conservação do ato nulo ou o respeito a seus efeitos. Mas pode pleitear que a Administração responda pelos efeitos lesivos da conduta viciada. O exercício de atos viciados produz a responsabilidade civil da Administração.

Em outras palavras, o Estado dando causa ao desfazimento de atos jurídicos, precisará indenizar os prejudicados pelas perdas e danos que experimentaram.

A garantia constitucional, portanto, não poderia ser abolida, restringida ou condicionada por via ordinária. Anulada a licitação, total ou parcialmente, a Administração está obrigada a indenizar as perdas e danos, assim entendidos os que participaram dos atos posteriormente invalidados.

Seguindo esse raciocínio, a doutrina de Marçal Justen Filho afirma:

Deve-se reconhecer que a responsabilidade civil do Estado não adquire contornos especiais para o campo das licitações. Aplicam-se os princípios e regras consagradas no Direito Administrativo. A indenização dependerá da existência de dano cuja concretização seja causalmente derivada da ação do Estado. A relação de causalidade entre o ato estatal viciado e o dano sofrido pelo particular deve ter nexos. Se o dano derivou exclusivamente da conduta do particular, a Administração Pública não será por ele responsabilizada. Não se exclui a responsabilidade civil da administração, porém quando seus agentes descumprem seus deveres de diligência e fiscalização do procedimento. Quando o vício for produto da conduta ilícita de um licitante, não reprimida adequadamente, haverá responsabilidade civil para Administração mesmo quando se possa cogitar de direito de regresso contra o agente direto da ilicitude. As perdas e danos indenizáveis são aquelas relacionadas causalmente de modo direto com o ato viciado. Se a administração verifica defeito no prazo de publicação do ato convocatório, deverá indenizar as despesas que os interessados efetivaram para comparecer na data prevista. Se o vício for reconhecido e proclamado na fase final da licitação, todas as despesas anteriores dos licitantes terão de ser reembolsadas. Não se admite que a Administração reconheça o vício, invalide o procedimento e imponha aos particulares arcar com todas as despesas e investimentos que efetivaram para participar dos atos até então verificados. São indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes. Quanto a isso, aplicam-se os princípios já desenvolvidos no direito privado.

Exige-se a indenização ampla e completa o que não significa evidentemente provocar enriquecimento ao interessado.<sup>22</sup>

Destarte, a indenização por perdas e danos bem como a anulação do ato administrativo viciado não está no campo da discricionariedade do Administrador. Ressalte-se que, o ente estatal deve, ao realizar a anulação de seus atos administrativos viciados, apurar corretamente a indenização que deve pagar ao particular por perda e danos, caso esta seja devida.

### **1.7. Considerações a Nova Lei de Licitações – Projeto de Lei nº 4.253/2020**

O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade do pagamento via procedimento indenizatório nos casos em que a Administração não ter termo válido para efetuar a respectiva contrapartida pecuniária ao particular.

Assim, todo o trabalho foi pesquisado e elaborado sob as premissas licitatórias e seus permissivos legais válidos na exige da Lei nº 8.666/1993, mas importante destacar que está tramitando no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 4.253/2020 tendo a sua aprovação e encaminhamento para sanção ou veto Presidencial.

Contudo, não se pode deixar de tecer comentários sob a nova lei no que tange ao objeto do presente trabalho. A nova lei de licitação repete alguns dos princípios basilares do direito administrativo e consagra outros no texto legal, conforme veremos no artigo 5º do PL nº 4.253/2020:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

---

<sup>22</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1149.

Os princípios esculpido acima trazem correspondência com o abordado na presente dissertação, em especial, o princípio da Legalidade, Moralidade, Publicidade e Probidade Administrativa, todos já abordados e contemplados direta ou indiretamente em tópicos ulteriores, demonstrando que mesmo com a mudança legislativa a possibilidade jurídica levantada permanece inalterada.

O novo diploma licitatório também consagra que os contratos administrativos deverão ser entabulados por escrito, vejamos o artigo 89 e 91 do PL nº 4.253/2020:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. 62 § 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão **forma escrita** e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (grifos nossos)

Por outro turno, a nova lei estabelece exceções a necessidade de termo de contrato e dá a possibilidade de se firmar através de outras formas os pactos firmados com a Administração Pública. Veja-se que há necessidade do termo pactuado ser escrito.

Nesse mesmo diapasão, o legislador determina que os contratos verbais são taxativamente nulo e sem efeito, consagrando a necessidade da formalidade escrito nos contratos, vejamos o artigo 95 do PL nº 4.253/2020.

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I – dispensa de licitação em razão de valor;

II – compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Imperioso destacar, que o termo “indenização” aparece na nova legislação no artigo 129 e seguintes, trazendo expressa possibilidade de indenização ao particular evitando-se prejuízo ao particular decorrente de decisões administrativas ou ainda permitindo pagamento de indenização em virtude de desequilíbrio econômico-financeiro. Veja-se os artigos mencionados:

Art. 129. Nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, **podendo caber indenização** por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

(...)

Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por **meio de termo indenizatório**.

Parágrafo único. O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação nos termos do art. 107 desta Lei.

Nesse mesmo prisma, o legislador prevê também no caso de rescisão contratual por culpa exclusiva da Administração o pagamento dos prejuízos comprovados e também o pagamento do “custo da desmobilização”:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser

(...)

§ 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

- I – devolução da garantia;
- II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;
- III – pagamento do custo da desmobilização.

Logo, percebe-se que houve uma mudança visando a flexibilização no entendimento do legislador quando da elaboração da Lei nº 8.666/1993 e do PL nº 4.253/2020, onde no primeiro o legislador adotou como regra a rescisão contratual em detrimento do saneamento do vício advindo da licitação e já no novo texto legal expressamente o legislador permite a convalidação do vício quando tal ato seja mais conveniente e amenize eventual prejuízo que possivelmente poderia sofrer a Administração com a interrupção ou rompimento contratual.

Assim, verifica-se a possibilidade do saneamento de eventual vício licitatório por meio de pactuação de termo de indenização, inclusive por perdas e danos. Veja-se artigo 147:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I – impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III – motivação social e ambiental do contrato;
- IV – custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V – despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI – despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI – custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela **solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e**

**danos**, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Tem-se assim, segundo o teor do artigo 148 que:

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

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

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

Segundo o raciocínio proposto, a Administração dispõe de mecanismos de “convalidar” ou “validar” atos jurídicos que em tese estariam eivados de nulidade em prol do interesse público na continuidade do contrato.

Nesta perspectiva, a nova redação do PL nº 4.253/2020 em seu artigo 149, traz sentido e redação parecida com o que dispunha o artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, senão vejamos:

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

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

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Partindo deste pressuposto, tem-se então que as duas leis licitatórias consideram e admitem a possibilidade, em seu texto, do pagamento de indenização pela Administração ao particular.

Não obstante, há clara imposição de formalidades no texto normativos inclusive da inclusão da expressa necessidade de “indicação dos créditos orçamentários” repetindo assim o já disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Diante dessas ponderações, é possível notar que diversos dispositivos do novo diploma legal vão de encontro as interpretações jurisprudenciais e ao texto da Lei nº 8.666/1993 e demais legislações analisadas na presente dissertação, porém, ressalta-se que é possível verificar, desde logo, mecanismo apto a assegurar as formalidades legais para entabulação de avença com a Administração Pública, inclusive trazendo expressamente a possibilidade de pagamento de indenização em casos como de rescisão contratual mais as perdas e danos sofridas pelo particular.



## **2. CAPÍTULO II – Requisitos Aplicáveis ao Pagamento via Procedimento Indenizatório**

### **2.1. Princípio da Publicidade no procedimento indenizatório**

A Administração Pública é composta por diversos princípios que norteiam seus atos e demais manifestações da vontade estatal.

Os princípios da Administração Pública estão previstos na Constituição Federal, em seu artigo 37, sendo eles: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sem desconsiderar a importância dos demais princípios, abordaremos com ênfase o princípio da publicidade devido à sua especial pertinência temática com o tema “pagamento via procedimento de indenização na Administração Pública”.

De acordo com a doutrina de Fernanda Marinela:

A publicidade também representa condição de eficácia para os atos administrativos, marcando o início de produção de seus efeitos externos, já que ninguém está obrigado a cumprir um ato administrativo se desconhece a sua existência. Este só goza da imperatividade e torna-se operante a partir da divulgação oficial.<sup>23</sup>

O ente estatal é obrigado, por força de seus princípios basilares ou ainda devido à imposição legal, a realizar o ato de “publicar” seus contratos administrativos para que os administrados possam ter ciência da forma que os recursos públicos estão sendo utilizados. Essa obrigatoriedade vem se tornando cada vez mais rotineira na Administração, em virtude da legislação. Mas, em especial da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) que fomenta o direito de informação do cidadão e cumpre papel determinante no dever de transparência do Estado.

Assim, verificamos a necessidade indubitável de publicação e disponibilização imediata do TAC – Termo de Ajuste de Contas – celebrado entre o ente estatal e o

---

<sup>23</sup> MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 96.

credor no Diário Oficial do ente estatal. E, se possível, em outros meios de comunicação oficiais, como, site do ente estatal, mural eletrônico ou físico etc. A publicação, além de garantir o acesso à informação de qualquer administrado, garante a transparência quanto ao controle e direcionamento dos gastos públicos pelos seus gestores.

Assim ensina a doutrina de Gilmar Mendes:

A Constituição Federal de 1988 é exemplar na determinação de participação cidadã e publicidade dos atos estatais... Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.<sup>24</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou também sobre a importância da publicidade e acesso por parte do cidadão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Federal nº 9.755/98. Autorização para que o Tribunal de Contas da União crie sítio eletrônico denominado contas públicas para a divulgação de dados tributários e financeiros dos entes federados. Violação do princípio federativo. Não ocorrência. Prestígio do Princípio da Publicidade. Improcedência da ação. 1. O sítio eletrônico gerenciado pelo Tribunal de Contas da União tem o escopo de reunir as informações tributárias e financeiras dos diversos entes da federação em um único portal, a fim de facilitar o acesso dessas informações pelo público. Os documentos elencados no art. 1º da legislação já são de publicação obrigatória nos veículos oficiais de imprensa dos diversos entes federados. A norma não cria nenhum ônus novo aos entes federativos na seara das finanças públicas, bem como não há em seu texto nenhum tipo de penalidade por descumprimento semelhante àquelas relativas as hipóteses de intervenção federal ou estadual previstas na Constituição Federal, ou, ainda, as sanções estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal. 2. Ausência de Inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 163, inciso I, da Constituição Federal, o qual exige a edição de lei complementar para a regulação de matéria de finanças públicas. Trata-se de norma geral voltada à publicidade das contas públicas, inserindo-se na esfera de abrangência do direito financeiro, sobre o qual compete a União legislar concorrentemente, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal. 3. A norma não representa desrespeito ao princípio federativo, inspirando-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, no contexto do aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo, assim, o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, caput, da CF/1988). 4. Ação julgada improcedente.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 931.

<sup>25</sup> (ADI nº 2.198. Relator: ministro Dias Toffoli, DJE de 16.08.2013).

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 61, parágrafo único,<sup>26</sup> estabelece que em todos os contratos celebrados entre o ente estatal e seus contratados há a necessidade de publicação do extrato do contrato administrativo. Vale ressaltar que, a expressão utilizada pela norma é “contrato administrativo”, e a nomenclatura do instrumento utilizado para pagamento da indenização ao particular é TAC – Termo de Ajuste de Contas. Sendo que, apesar da nomenclatura diferenciada, nada mais é do que um contrato escrito celebrado pela Administração Pública; devendo, portanto, seguir o mesmo rito previsto na Lei Licitação.

## **2.2. Forma de Publicação do Termo de Ajuste de Contas em Diário Oficial**

A publicação do TAC – Termo de Ajuste de Contas – é obrigatória devido à necessidade de se respeitar o princípio da publicidade; e, com a evolução dos meios de comunicação, abre-se a discussão quanto à forma e o modo que o ato jurídico deve ser levado ao conhecimento da população em geral.

O Diário Oficial continua sendo o meio obrigatório de publicidade dos atos públicos seja pela facilidade que o interessado tem em localizar os atos administrativos, ou até mesmo pela confiabilidade e segurança jurídica que o Diário Oficial vem desempenhando perante a Administração.

Durante muito tempo, o Diário Oficial foi impresso e disponibilizado em murais dentro das repartições públicas ou até mesmo oferecido por outros meios de comunicação para dar maior amplitude e transparência para o seu conteúdo. Com o desenvolvimento das ferramentas eletrônicas como, site de internet, o modo como será disponibilizado e publicado o extrato do TAC – Termo de Ajuste de Contas – poderá ser por meio de arquivo PDF, ou semelhante, no endereço eletrônico do ente estatal que entabulou a avença escrita. Nesse sentido:

---

<sup>26</sup> Lei nº 8.666/1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)  
Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a ser divulgados pela internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação dos serviços.<sup>27</sup>

Recomenda-se que o ente estatal elabore uma normatização em sua esfera de competência sobre como se dará a disponibilização das publicações oficiais em Diário Oficial Eletrônico – DOE. Tal normatização pode ser realizada por meio de Lei, decreto, ou outro meio administrativo disponível ao ente estatal. Dessa forma, a disponibilização e publicação do Termo poderá se dar por meio escrito adotado tradicionalmente ou ainda pelo meio eletrônico DOE – Diário Oficial Eletrônico.

### **2.3. Extrato da Publicação e seus Requisitos Básicos**

Ao extrato da publicação do Termo de Ajuste de Contas, por se tratar de modalidade de formalização de contrato administrativo, será aplicado as mesmas normas legais.

O artigo 60, da Lei nº 8.666/1993, traz a importância da publicação do extrato dos contratos administrativos e do “registro sistemático do seu extrato”.<sup>28</sup> Ainda, a lei de licitações, em seu artigo 61, afirma que:

Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Assim entendemos que, além dos itens elencados no artigo 61 previsto na lei licitatória, o ente estatal deve incluir a rubrica orçamentária e data da assinatura do Termo de Ajuste de Contas. Tal formalidade se dá devido à falta anterior de

---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 931.

<sup>28</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) – art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

procedimento licitatório, mas pelo processo administrativo que constatou o direito do credor ao crédito perante a Administração Pública.

#### **2.4. Princípio da Proporcionalidade no Procedimento Indenizatório**

Com base nas noções introdutórias acerca da definição do conceito de “Proporcionalidade e LINDB”, no sentido empregado na pesquisa, bem como das considerações acerca da temática da indenização e proporcionalidade, investigar-se-á, neste tópico, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade acerca do Direito pelo ente estatal coibindo assim eventuais providências desarrazoadas.

Todavia, deve-se salientar que, embora conceitos e definições pormenorizadas acerca do Direito sejam relevantes, neste capítulo serão realizadas maiores reflexões, de modo que, neste momento, se destacarão apenas as lições para aplicação do Princípio da Proporcionalidade no desfazimento do ato administrativo.

Por oportuno, procurar-se-á identificar, nas lições da doutrina, elementos que colaborem para a persecução do tema proposto, de modo a verificar se o Direito pode ser compreendido a partir de uma concepção jurídico-fática.

Assim dispõe a doutrina de Irene Nohara:

A razoabilidade analisa basicamente o equilíbrio entre os meios e fins, especialmente no tocante a adequação dos meios, tendo em vista a aptidão para atingirem determinadas finalidades. Assim, por exemplo, questões que testam o conhecimento do direito são meios razoáveis a serem utilizados em concursos públicos para seleção de pessoal nas carreiras jurídicas...<sup>29</sup>

Conforme se confere, para a autora, o respeito ao princípio da proporcionalidade deve manter equilíbrio entre os meios e os fins pretendidos pela Administração. No presente caso, quando se pretende rescindir um avença entabulada em virtude de uma ilegalidade, o Poder Público deve ser razoável sob pena de interferência externa com intuito de corrigir eventual disparidade.

Nesse sentido a contribuição da doutrina de Fernanda Marinela:

---

<sup>29</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 98.

Portanto, sendo a decisão manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade, violando assim o princípio da Proporcionalidade, devendo o Poder Judiciário corrigir essa ilegalidade com a anulação do ato, sendo impossível anular somente o excesso. Diante desse contexto, também é possível a responsabilização do administrador público, inclusive pelo abuso de poder, o que pode ser configurado com o reconhecimento do excesso de poder ou desvio de finalidade.<sup>30</sup>

Sobre essa questão, Marçal Justen Filho assevera que:

Daí por que se afirma que a invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo – vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para os interesses fundamentais. Suponha-se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que o fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em sequência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente. Especialmente quando se tratar de tutela da forma, devem-se encampar as conquistas contemporâneas no tocante as formalidades legais. Os requisitos e exigências de forma são deduzidos sempre no interesse da segurança jurídica, para tutela e defesa de determinados interesses. A forma, ainda quando da essência do ato, não se justifica por si mesma. Por isso, a consolidação de um estado de fato, em que não se possa vislumbrar prejuízo para o interesse a Lei busca proteger, torna sem objeto a pronúncia do vício. O desfazimento do ato, quando inócua prejuízo aos interesses fundamentais, encontraria obstáculo na impossibilidade de reposição absoluta da situação fática no estado anterior. A proclamação da nulidade depende da concorrência de dois requisitos. Deve haver, de um lado, o vício; de outro, deve existir o prejuízo. No âmbito federal, consagrou-se essa orientação doutrinária em diploma legislativo. O art. 55 da Lei 9.784/1999 determinou que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão a interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. A referência a interesse público indica a possibilidade de serem sanados vícios sérios e graves, inclusive de nulidade absoluta, desde que essa seja a solução mais razoável e adequada em face do sistema jurídico. Enfim, deverá examinar-se mesmo se a decisão de invalidação será a mais vantajosa para os interesses fundamentais. Se anular o ato importar responsabilidade civil à Administração Pública de dimensões mais elevadas e sérias do que a simples continuidade da contratação, parece que deverá prevalecer esta última opção, especialmente quando a cessação da execução propiciar riscos ao interesse da comunidade. Essa orientação foi sedimentada por meio dos artigos 20 e 21 da LINDB.<sup>31</sup>

Dessa maneira, tem-se então um contrapeso caso haja ilegalidade discricionária por parte da Administração Pública, numa eterna briga em busca da

---

<sup>30</sup> MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

<sup>31</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1238.

perfeição jurídica. E, muito mais do que isso, a busca por recompor o patrimônio do particular sem atravancar a Administração com indenizações desmedidas.

## **2.5. Falta de Licitação e Pagamento por indenização**

A Administração Pública está obrigada a realizar suas contratações em consonância e de acordo com os regramentos da Lei nº 8.666/1993 que dispõe uma série de regras para a escolha da proposta mais vantajosa à Administração; bem como, as formalidades necessárias para que seja entabulada a avença.

O artigo 60, da Lei Licitatória, dispõe:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Como vimos alhures, o contrato realizado entre Particular e Administração deve ter várias formalidades e dentre elas o contrato deve ser escrito como regra. Acontece que, em algumas situações, o particular acaba por fornecer à Administração acima do limite previsto do artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

Para exemplificar tal situação, imaginemos que uma empresa de pneus forneça para um veículo que transporta paciente da saúde, porém para um lugar distinto da localidade a qual o veículo pertence. Nessa situação hipotética, vislumbramos a necessidade de ser indenizado o particular pelo fornecimento do produto à Administração. Mas vejamos que não houve procedimento licitatório prévio, muito menos a assinatura de contrato administrativo escrito.

Assim, é bom alvitre e, em casos excepcionais, se admitir a contratação de bens ou serviços sem o devido procedimento licitatório ou ainda contrato administrativo.

Ressalte-se que tal medida deve ser vista como excepcionalíssima pelo Administrador Público sob pena de ser responsabilizado administrativamente e, ainda, nas esferas civil e penal.

## **2.6. Ato Administrativo Ilegal e seus reflexos no Pagamento via procedimento indenizatório – direito comparado**

O Ato Administrativo mesmo sendo ilegal gera reflexos jurídicos de diversas natureza, em especial no que concerne a retribuição ao particular o que forneceu / prestou serviço à Administração. Mesmo um ato administrativo viciando um contrato ou processo administrativo produzirão reflexos no mundo jurídico dos pactuantes.

No Direito Internacional tais circunstâncias já foram objeto de diversos estudos e a ampla maioria deles conclui pela necessidade de recomposição da esfera patrimonial do particular quando da anulação do contrato.

No Direito alemão, por exemplo, segundo trazido na doutrina de Marçal Justen Filho:

Na doutrina alemã, a posição anterior era contrária a manutenção de ato administrativo viciado. Nesse sentido, pesava a autoridade de Forsthoff. Mas essa orientação foi afastada pela jurisprudência e entendimento oposto consagrou-se na própria legislação. Examinando, de modo específico, a questão da invalidação do ato administrativo que outorga uma vantagem ao particular, mas que padeça de ilegalidade, Maurer sintetizou a disputa, ao assinalar que “o problema da retirada dos atos administrativos que conferem um benefício é dominado por dois princípios antagônicos. O princípio da submissão da Administração ao direito (...), que postula o restabelecimento da legalidade e, por conseguinte, a retirada do ato administrativo ilegal, deve ser respeitado hoje como o era no passado. A esse princípio se opõe – e essa constatação foi o motivo da modificação da jurisprudência – aquele da proteção da confiança, o qual exige que se tenha em conta a confiança (...) do beneficiário quanto a estabilidade (...) do ato administrativo emitido pela autoridade administrativa e, por isso, que seja mantido o ato administrativo ilegal (...). Em qualquer hipótese, a retirada não pode ser apreciada do



exclusivo ponto de vista da ilegalidade, mas deverá sê-lo também sob o ângulo da proteção da confiança. (Hartmut Maurer, *Droit administratif allemande*, cit., p. 291). Reconhecendo a instrumentalidade da atuação estatal para produzir o bem comum, o Tribunal administrativo Federal alemão reputa que a retirada de um ato administrativo ilegal apenas pode ser admitida se não houver ofensa ao princípio da segurança. “Os princípios desenvolvidos em matéria de retirada pelo Tribunal Administrativo Federal se aplicam principalmente aos atos administrativos que tem por objeto prestações pecuniárias (remunerações, indenizações de danos de guerra, bolsas, subvenções)”.<sup>32</sup>

O Direito italiano também corrobora à ideia de que, em algumas situações em que se encontra a execução contratual, torna-se prejudicial a sua decretação de nulidade. “Um deles é constituído pelo chamado fato consumado, isto é, pela irreversibilidade do resultado produzido pelo provimento anulado”.<sup>33</sup>

Nesse mesmo diapasão a jurisprudência espanhola defende a manutenção, em alguns casos, da avença eivada de nulidade.

Ainda que tenha sido cunhado no ordenamento jurídico da República Federal da Alemanha, foi assumido pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de que forma parte a Espanha e que consiste no “princípio de proteção a confiança legítima”, que há de ser aplicado (...) quando baseado em signos externo produzidos pela Administração suficientemente concludentes para que induzam razoavelmente a confiar na legalidade da atuação administrativa, unido a que, dada a ponderação dos interesses em jogo – interesse individual e interesse geral – a revogação ou supressão dos efeitos do ato produza no patrimônio do beneficiado que confiou razoavelmente em dita situação administrativa prejuízos que não tenha porque suportar derivados dos gastos ou inversões que apenas podem a ele ser restituídos com graves prejuízos para seu patrimônio.<sup>34</sup>

Dessa maneira, ao analisar a doutrina estrangeira, trazida à baila, verificamos que há muito o ato administrativo viciado é protegido, em detrimento do formalismo que se apega a legislação pátria.

Pelo que se observa, a jurisprudência pátria tem evoluído e ido ao encontro do que vem decidindo os Tribunais estrangeiros e assim conservando o ato administrativo quando possível.

O que se pode verificar é que não há intenção na legislação e doutrina estrangeira em prejudicar ou beneficiar o particular, mas sim restabelecer o patrimônio

---

<sup>32</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1236.

<sup>33</sup> Rocco Galli, *Corso Di diritto amministrativo*, 2ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 743.

<sup>34</sup> *Contratações públicas. Estudos em homenagem ao professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 23-31.

do contratado com a consequente remuneração pelo serviço prestado. Esse pagamento se dará por meio do procedimento de indenização quando não há possibilidade de se manter o contrato, por se tratar de uma nulidade sem possibilidade de saneamento.

A título comparativo com a doutrina brasileira transcrevemos Weida Zancaner e Juarez Freitas, respectivamente:

pode se transmutar no dever de não invalidar, ora tão só por força do princípio da segurança jurídica, ora deste, aliado ao da boa-fé, quando em causa atos ampliativos de direitos.<sup>35</sup>

a afirmação da autonomia e da juridicidade do princípio da boa-fé ou da confiança do administrado na Administração Pública, e vice-versa, conduz, forçosa e logicamente, ao reconhecimento de limites – menos formais do que substanciais – para a decretação da nulidade de um ato administrativo, ou a anulação do mesmo.<sup>36</sup>

Tem-se, assim, uma clara evolução na doutrina pátria ao encontro do que já vem sendo entendimento predominante na jurisprudência e nas recentes modificações legislativas: que o ato administrativo deve ser aproveitado quando possível. Não sendo, o particular deve ser indenizado pelo cumprimento parcial ou total do contrato administrativo.

## **2.7. Apuração prévia, concomitante ou posterior ao pagamento da indenização**

A formulação de um conceito fixo acerca da complexidade constitui tarefa difícil, dada a própria natureza do procedimento indenizatório. Porém, independentemente, da causa que originou o pedido de pagamento extraordinário via procedimento indenizatório por parte da Administração Pública é importante salientar a necessidade

---

<sup>35</sup> ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.110.

<sup>36</sup> FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos a anulação dos atos administrativos. Estudos de Direitos Administrativo, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 23.

de apuração, por meio do competente processo administrativo, para averiguar se há o direito alegado pelo particular e ainda o montante que deve ser adimplido.

Seguindo o raciocínio, verificamos a necessidade de dois procedimentos administrativos: 1) apuração se há pendência financeira da Administração com o particular; 2) apuração de responsabilidade a quem deu causa ao desfazimento contratual ou contratou sem o devido procedimento licitatório.

No primeiro caso, verifica-se a necessidade de apuração prévia se há ou não a obrigação de indenizar o contratado devido a alguma obrigação assumida pela Administração e não cumprida. E, ato contínuo, em caso de procedência no pedido indenizatório, qual seria o montante a ser pago. Lembrando que o procedimento indenizatório deve se ater a todas formalidades do contrato administrativo como empenho prévio, Contrato (aqui utilizaremos a nomenclatura de Termo de Ajuste de Contas), publicação do extrato, liquidação da despesa, dentre outros.

No segundo procedimento, nasce a necessidade de se investigar, por meio de procedimento administrativo, após a realização da apuração do primeiro procedimento. A partir do momento que a Administração se viu obrigada a recompensar o particular, devido a um desfazimento contratual ou a uma contratação sem licitação, também nasce a obrigação de se apurar a responsabilidade do agente que deu causa ao “eventual erro” administrativo. Por exemplo, um contrato de locação continuado onde está instalado um posto de saúde; porém, a autoridade responsável pelo contrato deixou exaurir o prazo contratual sem o respectivo termo aditivo e a Administração utilizou o imóvel sem o competente contrato administrativo. Por essa utilização, o particular deve ser remunerado; em que pese, não tenha contrato administrativo vigente. Assim, em tese, a autoridade que deu causa a ilegalidade (utilização de imóvel sem contrato administrativo vigente) pode ser responsabilizada de acordo com as normas vigentes junto ao Órgão da Administração Pública.

Além da repercussão administrativa, pode haver punição na esfera criminal e civil a depender do competente processo administrativo e da apuração das causas que levaram à irregularidade.

## 2.8. Abertura de Sindicância para apuração de responsabilidade

Conforme o que se verificou no tópico antecedente, após a conclusão do procedimento que tem o objetivo de apurar se há indenização a ser paga ao particular pela Administração, deve-se abrir também o competente procedimento de sindicância para apuração de quem deu causa a irregularidade apontada no pagamento de indenização.

Vê-se, nesse procedimento, a necessidade de elencar a responsabilidade administrativa; porém, na prática o que se nota é “corporativismo” entre os servidores investigados e os membros da comissão composta para realizar tal investigação.

Prescreve o artigo 59, *in fine*, que para o pagamento da indenização deverá ser apurada a responsabilidade de quem deu causa ao pagamento indenizado. Essa responsabilidade, além da administrativa, poderá ter seus efeitos irradiados para os campos civil e penal; dependendo, conforme o caso, de suas especificidades. Também deverá ser analisado se essa indenização prescinde à apuração da responsabilidade.

A abertura de procedimento administrativo, portanto, é um ato administrativo vinculado; não cabendo ao administrador deliberar sobre a abertura ou não dele, podendo incorrer em improbidade administrativa, diante da liberação de verba pública sem a observância das devidas formalidades legais (artigo 10, inciso XI, da Lei nº 8.429/1992), além de outras penalidades na esfera criminal:

- Causalidade adequada;
- Responsabilidade administrativa – Abertura de sindicância.

Em que pese as mais diversas leis, nos mais diversos entes da federação, a Lei nº 8.112/1990 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e dá o norte ao nosso estudo.

A referida lei estabelece que a apuração de responsabilidade será feita mediante sindicância ou procedimento administrativo disciplinar (artigo 143, da Lei nº 8.112/1990), assegurado o direito à ampla defesa, ao contrário de outros

procedimentos cujo objeto pode ser amplo. No caso, do pagamento indenizado, tal objeto já deverá ser estabelecido no início do procedimento: definir o responsável pelo pagamento excepcional.

A Administração Pública deve escalonar seus órgãos, bem como ordenar e concentrar a atuação de seus agentes e fiscalizá-los. Diante de uma atuação irregular, desse poder, deverá a Administração prover apuração, conforme se demonstra o artigo 143, da Lei nº 8.112/1990, *in verbis*:

A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Portanto, assim que iniciar o procedimento para o pagamento por indenização, deverá o gestor iniciar o processo de responsabilização. Sendo essa uma imediata resposta ao bom funcionamento do serviço público, pois se trata de um ato de ofício vinculado e em defesa dos princípios trazidos pela Constituição, no artigo 37, da Carta Magna.

Nesse mesmo panorama, insta notar que, no caso em tela, o procedimento sancionador prescinde de juízo de admissibilidade, ou seja, dispensa a análise da relevância e plausibilidade da denúncia, ausentes indícios de materialidade e autoria.

Haja vista que o dano já está configurando devendo a autoridade competente dar seguimento à apuração, promovendo seu arquivamento (artigo 144, parágrafo único) apenas depois de esgotar diligência a fim de se esclarecer os fatos narrados e indicar seu responsável. Também, a legislação garante o direito à ampla defesa, apesar de a lei usar apenas a expressão “ampla defesa”; nela subentende-se o princípio do devido processo legal e do contraditório, observado o artigo 156, da Lei nº 8.112/1990, *in verbis*:

É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Sobre o referido princípio, segue o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Participação ou gerência em empresa privada. Demissão de servidor público. Alegação de cerceamento de defesa não configurado. Observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Segurança denegada. 1. O procedimento transcorreu em estrita obediência à ampla defesa e ao contraditório, com a comissão processante franqueando ao impetrante todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. 2. É cediço que o acusado deve saber quais fatos lhe estão sendo imputados, ser notificado, ter acesso aos autos, ter possibilidade de apresentar razões e testemunhas, solicitar provas etc., o que ocorreu *in casu*. É de rigor assentar, todavia, que isso não significa que todas as providências requeridas pelo acusado devem ser atendidas; ao revés, a produção de provas pode ser recusada, se protelatórias, inúteis ou desnecessárias.<sup>37</sup>

Nesse diapasão, a lei estabelece o formalismo que deverá ser adotado, em seu artigo 151, como fases do procedimento disciplinar:

- 1) Instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;
- 2) Inquérito administrativo, que compreende a instrução, defesa e relatório; e
- 3) Julgamento.

A instauração é um ato exclusivo da autoridade com competência regimental ou legal para tanto; e, se realiza, mediante a publicação de portaria que deverá conter os dados dos servidores membros da comissão, com a indicação de qual deles será o presidente e o relator do processo que será objeto de análise e menção à possibilidade de a comissão apurar fatos conexos aos já contidos no processo principal.

A fase de inquérito, por sua vez, apurará os fatos sendo permitida a utilização de todos os meios de provas em direitos admitidos. É, nesse momento, que a comissão deve juntar o conteúdo probatório para a formação de sua convicção garantindo sempre o gozo dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O inquérito, por sua vez, é dividido em três subfases que deverão ser obrigatoriamente seguidas: instrução com a produção de provas; a defesa do

---

<sup>37</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 9.076/DF. Relator: ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 26.10.2004.

investigado; – nesse ponto, convém trazer à baila a Súmula Vinculante nº 5, do STF, que firmou entendimento sobre a desnecessidade de advogado no procedimento administrativo disciplinar. E, por fim, o julgamento no qual a comissão exarará parecer sobre os fatos apurados durante a investigação, podendo opinar sobre a aplicação das penalidades legalmente previstas.

A última fase é o julgamento, assim o relatório é enviado para a autoridade com competência legal ou regimental para a aplicação das penalidades. Nessa fase, deve a autoridade aplicar a penalidade, se condizente com o parecer da comissão, salvo na hipótese de as provas nos autos serem diversas do que foi decidido pela comissão (artigo 168, da Lei nº 8.112/1990). Tal julgamento deve conter requisitos mínimos para serem respeitados ditames legais:

- a) Resumo dos fatos sob apuração;
- b) Breve relato das medidas adotadas pela comissão no sentido de investigar o caso; inclusive, informações relacionadas às oitivas de testemunhas e interrogatórios;
- c) Relação de eventuais exames periciais e suas respectivas conclusões;
- d) Elementos detalhados sobre os indiciamentos, caso tenha ocorrido;
- e) Razões apresentadas na defesa escrita e as respectivas considerações sobre cada uma delas;
- f) Conclusão pela inocência ou culpa dos servidores envolvidos e, no caso de responsabilização, sugestão de penalidade a ser aplicada; levando-se em consideração a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais (artigo 128, da Lei nº 8.112/1990);
- g) Eventuais encaminhamentos necessários, como, Controladoria, Tribunal de Contas e Ministério Público;
- h) Possíveis medidas administrativas a serem adotadas com o propósito de evitar futuras ocorrências de fatos da mesma natureza no órgão.

Uma vez comprovada a infração disciplinar, as penas poderão ser aplicadas conforme previstas no artigo 127, da Lei nº 8.112/1990, sendo elas:

- I – advertência;
- II – suspensão;
- III – demissão;
- IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V – destituição de cargo em comissão; ou
- VI – destituição de função comissionada.

O objetivo do processo de sindicância e do PAD (Processo Administrativo Disciplinar) é justamente apurar quem deu causa à ilegalidade, verificada na indenização, concedida ao particular e assim serem aplicadas as sanções previstas ao Servidor ocupante de cargo na Administração Pública.

As sanções mais comuns são advertência, suspensão e demissão; mas pode-se haver outras a depender da legislação aplicada como, suspensão de 30 (trinta) dias no âmbito Federal.

Ao término de todo processo de sindicância recomenda-se que seja enviada uma cópia ao Ministério Público (fiscal da lei), Tribunal de Contas e juntada de uma cópia da decisão no processo de apuração que foi devida à indenização.

Dessa forma, a sindicância e/ou Procedimento Disciplinar, apesar de não fazer parte do procedimento indenizatório, deve ser realizada sob pena de responsabilização da autoridade que se negou a apurar eventual ilegalidade.

## **2.9. Pagamento por indenização e o Entendimento dos Tribunais**

Este capítulo discorre sobre aborda o entendimento dos Tribunais de Contas quanto ao pagamento de fornecedores por meio de indenizações; quer sejam elas por ausência de licitação, quer sejam pela anulação de procedimentos licitatórios.



A aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública deve ser precedida, como regra, de procedimento licitatório, no qual será escolhida a proposta mais vantajosa, conforme determina o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei nº 8.666/1993 prevê, em seu texto, ocasiões nas quais os produtos ou serviços podem ser contratados diretamente dos fornecedores mediante dispensa de licitação conforme artigo 24. Ou mesmo situações em que o procedimento licitatório não é exigido para tal conforme artigo 25.

Independentemente da forma de aquisição (com ou sem licitação), as contratações com a Administração Pública devem ser formalizadas por meio de contratos, que determinam os direitos e deveres de ambas as partes.

Contudo, pode haver casos nos quais não existam contratos, ou estes sejam declarados nulos, quando poderão ser reconhecidas as dívidas públicas a serem pagas de forma indenizatória.

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 60 e seguintes, estabelece os requisitos para a formalização dos contratos provenientes de licitações; definindo, inclusive, a nulidade de contratos verbais:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Todavia, é sabido que nem sempre os ditames anteriormente elencados são respeitados, o que pode levar à nulidade do contrato, mesmo após a entrega do produto ou serviço e antes do pagamento. Tal situação levaria à Administração a reconhecer sua dívida com o prestador e efetuar o pagamento mediante indenização do que já foi por ele gasto, e outros prejuízos regularmente comprovados.

A previsão da possibilidade de pagamento, por meio de indenização, é indiscutível; contudo, os debates nos Tribunais de Contas concentram-se na possibilidade de o pagamento dar-se por meio de indenização, caso tenha o prestador dado causa à nulidade contratual.

Tal conflito surge pela oposição de duas linhas de pensamentos: 1) a ninguém seria eticamente legítimo beneficiar-se de sua própria torpeza e; 2) vedação ao enriquecimento sem causa pela Administração Pública.

Em seu voto no PARECER/CONSULTA TC-003/2018, o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, acompanhando o parecer do Ministério Público de Contas do Espírito Santo, votou contra a indenização de empresa que teve seu contrato com a Administração Pública anulado após a descoberta de fraude no procedimento licitatório, pela qual deu causa.

Em sua visão, para fazer jus ao que estabelece o artigo 59, da Lei n.º 8.666/1993, deveria a empresa participante ter agido com boa-fé. Em assim não agindo, incorreria o contrato no previsto no artigo 49, do mesmo diploma legal, que diz:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Ao finalizar seu voto, entendeu que:

a anulação do procedimento licitatório, por motivo de ilegalidade, não gera, para a Administração, a obrigação de indenizar, ressalvado se a contratada já tiver executado seu objeto, ou parte dele, e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que a anulação não tenha ocorrido por culpa da própria empresa, tendo em vista que se visualizada a existência de sua culpa, não permanece o dever de indenizar, na forma do prescrito no art. 49, § 1º c/c o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que visam justamente resguardar o contratante de boa-fé dando abrigo ao princípio de que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza.<sup>38</sup>

Tal entendimento foi lastreado por decisões do Superior Tribunal de Justiça que compartilham do ensinamento de Marçal Justen Filho ao lecionar que:

afigura-se irrefutável que a indenização em favor do particular, cujo patrimônio seja afetado por atuação indevida da administração pública, dependa de sua boa-fé.<sup>39</sup>

Nesse sentido:

Recurso Especial – Resp nº 579.541/SP ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. 1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. [...] 5. O dever da Administração Pública em indenizar o

<sup>38</sup> PARECER/CONSULTA TC-003/2018, Processo TC-1238/2018, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

<sup>39</sup> JUSTEN, Filho Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.746.

contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. 6. Recursos especiais improvidos.

AGRAVO REGIMENTAL no RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.177 – MA (2013/0138049-9) MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/04/2013). ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. (...) CONTRATO ADMINISTRATIVO NULO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 1. Não há violação dos arts. 458 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, "ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade" (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). 3. Hipótese em que comprovada a existência da dívida, qual seja, prestado o serviço pela empresa contratada e ausente a contraprestação (pagamento) pelo município, a ausência de licitação não é capaz de afastar o direito da ora agravada de receber o que lhe é devido pelos serviços prestados. O entendimento contrário faz prevalecer o enriquecimento ilícito, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Agravo regimental improvido.

Destaca-se que o Tribunal de Contas da União também já se manifestou acerca do caso, no Acórdão nº 148/2006, no qual o plenário acompanhando o voto do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha destacou:

12. Ademais, na hipótese de confirmar-se a inexecutabilidade dos preços ofertados, não poderá a contratada pleitear indenização em face de eventual anulação do contrato, pois, segundo o bom direito, ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Caso tenham sido ofertados preços impraticáveis com o fito de ganhar a licitação e, posteriormente, intentar a revisão contratual, fica comprovada a má-fé da licitante, o que lhe retira o direito a qualquer indenização, em conformidade com as disposições do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993.

De outra banda, coube ao Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun abrir a divergência no PARECER/CONSULTA TC-003/2018/TCE/ES pela possibilidade da indenização do particular, mesmo que ele tenha provocado a nulidade contratual, ante a vedação do enriquecimento ilícito da administração.

Para Chamoun, a despeito da ilegalidade da contratação, se os serviços foram prestados e deles se beneficiou a Administração e a coletividade, os valores pertinentes devem ser indenizados ao contratado. Caberá, entretanto à Administração adotar as demais medidas judiciais e/ou administrativas para apurar e responsabilizar aqueles que fraudaram a licitação.

Essa linha de intelecção, acompanhada pelos demais Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, funda-se apenas no pagamento da indenização como restituição do patrimônio despendido pelo particular, até por que, caso assim não fosse, estaria havendo um prêmio ao fraudador.

Nesse mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em voto de lavra da eminente Ministra Carmem Lúcia, no Ag.reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 742.149, entendendo que, em respeito ao Princípio da Vedação ao Enriquecimento Ilícito da Administração, tem a empresa o direito de receber pelos serviços já realizados, ainda que tenha agido de má-fé durante o procedimento licitatório, dando causa à anulação da avença. Desde que, a prestação esteja em consonância com o firmado no contrato e apenas pelos valores correspondentes à reposição do seu patrimônio, ao estado anterior ao da celebração do acordo, como forma de atender o disposto no artigo 59, da Lei nº 8.666/1993, sem prejuízo de eventuais sanções administrativas e/ou penais cabíveis.

Assim, nota-se o acerto do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo ao decidir que no caso de o particular ter dado causa à nulidade do processo licitatório, o pagamento via procedimento indenizatório; previsto no artigo 59, da Lei nº 8.666/1993; deve restringir-se tão somente à restituição dos valores despendidos para que o agente causador da nulidade não seja beneficiado pela sua própria torpeza. Mas também para que não haja o enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, já que houve a prestação do serviço.

Outro ponto bastante debatido nos Tribunais de Contas é a aquisição de bens e serviços feitos sem o devido processo licitatório ou sem a adequada formalização do procedimento de dispensa/inexigibilidade.

É entendimento pacificado que a previsibilidade das contratações de produtos ou serviços deveria impedir contratações feitas de maneira atabalhoada, que não observam a norma jurídica.

A Administração Pública deve programar-se para a aquisição de bens ou serviços de acordo com seus estoques e necessidades de tal forma que possibilite a realização do certame licitatório.

Por óbvio que existirão casos, como os de desastres naturais, que poderão ser imprevisíveis, assim como os gastos deles decorrentes. Contudo, essa pequena parcela de casos deve ser a exceção, enquanto a programação e organização da Administração Pública deve ser a regra.

Na tentativa de esquivarem-se da obrigatoriedade e legalidade da escolha do procedimento licitatório adequado e assim entabular avença em caráter emergencial, crendo que assim possuem um salvo conduto para pratica de desrespeito e burla à Constituição Federal e à Lei de Licitação.

Frisa-se que tal procedimento cresceu exponencialmente no período da pandemia mundial do novo Coronavírus; no qual, vários Administradores buscaram se aproveitar do momento para praticar atos lesivos ao erário com contratações nababescas completamente inócuas, apenas para usufruírem financeira ou politicamente. Lembrando que, o legislador, entendendo o momento excepcional decorrente da pandemia, editou instrumento normativo para aquisição de bens e serviços. Vejamos o que disciplina a Lei nº 13.979/2020:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Cabe ainda destacar que, identificada a contratação emergencial e sem contratação, a responsabilidade por tais atos recai sobre o gestor, respondendo ele

administrativamente perante o Tribunal de Contas competente, cível e criminalmente perante o poder judiciário.

Assim, entendemos que respeitada a previsibilidade da contratação por parte da Administração, bem como o rito do procedimento licitatório, o pagamento por meio de indenização não será necessário.

Todavia, caso haja a necessidade comprovada de compras emergenciais ou o contrato seja considerado nulo, deve a Administração Pública indenizar o particular pela prestação do produto ou serviço. Isso é uma medida que se impõe face à vedação do enriquecimento ilícito. Porém, caso a anulação do contrato tenha se dado por culpa do particular, deve este apenas ser ressarcido dos gastos decorrentes com a entrega do produto/serviço sem os demais acréscimos decorrentes de danos e lucros advindos da contratação irregular.

### 3. CAPÍTULO III – Responsabilidade Civil do Estado

#### 3.1. Regime Jurídico da Ilícitude e Responsabilidade

Com base nas reflexões pretéritas, passamos a abordar a responsabilidade civil da Administração Pública que assim como no Direito Privado está prevista no Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A responsabilidade civil surge de um dever intrínseco da convivência humana, de aquele que, por ação ou omissão, causa prejuízo a outrem deve tornar indene o prejudicado, conforme leciona Flávio Tartuce:

Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno. Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.<sup>40</sup>

A responsabilidade civil, diferentemente da administrativa, depende de apreciação judicial para apuração, tanto da responsabilidade quanto para o *quantum* indenizatório.

Nesse sentido:

Um efeito fundamental da afirmação do Estado de Direito foi a generalização do regime jurídico da ilicitude e da responsabilização civil. As pessoas estatais passaram a responder civilmente pelos efeitos danosos derivados de sua atuação. Mais ainda, impôs-se a objetivação da responsabilidade civil estatal, dispensando-se a presença dos requisitos de culpa classicamente

---

<sup>40</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 432.



exigidos nas relações entre sujeitos privados. Em um Estado Absolutista, o Estado é irresponsável, na medida tanto em que não se sujeita a sanções jurídicas como também porque os atos lesivos que praticar não geram dever de indenizar o lesado (porque há uma imposição de que “o Rei nunca erra”). Ao contrário, num Estado Democrático de Direito, é inadmissível a prática de atos lesivos por parte do aparato estatal. Toda a ordenação jurídica dirige-se a prevenir a consumação de ilicitudes pelos entes estatais. No entanto, há uma garantia fundamental, que é inerente ao sistema democrático. Sempre que o Estado atuar mal e produzir danos a outrem, deverá repor a situação no estado anterior. Se tal não for possível, incumbir-lhe-á indenizar perdas e danos, sendo vedado transferir para os particulares os efeitos danosos das condutas reprováveis do próprio Estado. O princípio da obrigatoriedade das leis e da presunção de legitimidade dos atos administrativos relaciona-se, num Estado Democrático de Direito, diretamente a essa concepção. Todo e qualquer sujeito é obrigado a respeitar as leis e os atos administrativos porque a atividade estatal tem de observar todas as exigências e garantias contempladas no Direito. Portanto, sempre que um ato estatal (lei ou ato administrativo) é produzido, presume-se sua plena concordância com a ordem jurídica. Daí se segue que, se o sujeito tem o dever de cumprir as leis e os atos administrativos, é inafastável assegurar-se-lhe uma indenização em face de toda e qualquer atuação estatal ilegítima. A contrapartida das competências e prerrogativas públicas é a responsabilização do Estado por atos indevidos ou defeituosos. Assim, o art. 37, § 6º, da CF/1988 consagra de modo expresso a responsabilização civil objetivada do Estado, o que é reiterado pelo art. 43 do Código Civil. O fundamento basilar para a responsabilização civil do estado encontra-se na natureza funcional de suas competências. Atribuem-se certos poderes em favor do Estado, aos quais corresponde o dever de realizar o bem comum e satisfazer as necessidades coletivas. Sempre que o Estado fizer mau uso de seus poderes, impondo danos injustos a terceiros, estará configurada uma infração ao direito. O agente estatal tem um dever de diligência exacerbado, na acepção de que a ele incumbe exercer com o máximo de cautela e com integral perfeição todas as competências recebidas do ordenamento jurídico. Essa concepção pacificou-se a propósito da atividade administrativa do Estado e não há controvérsia possível a propósito de atos administrativos ilegais ou até mesmo de atividade legiferante defeituosa.<sup>41</sup>

A competência para propositura da ação, *a priori*, é da própria Administração em ação própria proposta por seu corpo jurídico; porém, o Ministério Público, por seu dever funcional, dá garantia dos interesses difusos, consoante o artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985, pelo instrumento da Ação Civil Pública.

Pertence intrinsecamente à Responsabilidade Civil: a conduta humana; a culpa genérica; o nexos de causalidade e dano ou prejuízo.

O primeiro elemento, a conduta humana, dispensa maiores comentários tendo em vista que o dever de indenizar decorre obrigatoriamente de uma conduta humana,

---

<sup>41</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1238.

que no dia a dia da administração agiu ou deixou de agir (ação ou omissão) com zelo, ocasionando uma situação atípica de pagamento ao particular.

Depois, vem a culpa genérica, que pode ser dividida em dolo e culpa.

O dolo trata-se de uma ação ou omissão deliberada e voluntária do agente que por força dela gerou um dano à administração. A culpa é definida como uma falta de dever de cuidado. Aqui não há que se falar em culpa objetiva à responsabilização sem culpa; a culpa, no debate, será sempre subjetiva, e deverá ser analisada para condenação do servidor.

Por terceiro, temos a relação de causalidade ou nexos causal, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo 'causar', utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele 'causado' o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento. As excludentes da ilicitude do ato, como a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior (CC, art. 393), rompem o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente.<sup>42</sup>

Assim, para aferir a responsabilidade é necessária análise do vínculo entre a conduta e o resultado. E mais, se aquela conduta é adequada para causar os danos e é a teoria da causalidade adequada.

Desse modo se posiciona a jurisprudência:

Agravo regimental – Agravo de instrumento – Responsabilidade civil – Descarga elétrica – Ausência de corte das árvores – Contato com os fios de alta-tensão – Nexos de causalidade reconhecido – Culpa exclusiva da vítima – Inocorrência. 1. Em nenhum momento a decisão agravada cogitou da falta de prequestionamento dos artigos apontados como violados, ressentindo-se de plausibilidade a alegação nesse sentido. 2. O ato ilícito praticado pela concessionária, consubstanciado na ausência de corte das árvores localizadas junto aos fios de alta-tensão, possui a capacidade em abstrato de causar danos aos consumidores, restando configurado o nexo de causalidade ainda que adotada a teoria da causalidade adequada. 3. O acolhimento da tese de culpa exclusiva da vítima só seria viável em contexto fático diverso do analisado. 4. Agravo regimental desprovido.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 3: Esquematizado: Responsabilidade civil, Direito de família, Direito das sucessões. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>45</sup> STJ, AgRG no Ag nº 682.599/RS. 4ª Turma. Relator: ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 25.10.2005. DJ 14.11.2205

A teoria da causalidade adequada, diferentemente da teoria do dano direto pela qual havendo violação do direito por parte de terceiro, não se configuraria o vínculo entre a ação e o dano, não havendo dever de indenizar. Para ilustrar tal teoria:

Devolução de valores – Dano moral configurado – Regularidade da citação – Revelia – *Quantum* indenizatório estabelecido conforme entendimento da Turma. Constatado que o financiamento nunca fora solicitado, é incorreto que as parcelas sejam descontadas mensalmente da aposentadoria da autora, causando danos imediato e direto já que a diminuição dos rendimentos ocorre de forma inesperada, mostrando-se correta não só a devolução dos respectivos valores, mas também a condenação da ré a indenizar a autora pelos transtornos sofridos, já que tal situação não é mero incômodo ou simples transtorno do cotidiano. *Quantum* indenizatório minorado para que se encaixem as circunstâncias do caso concreto, adequando-se ao que têm fixado as Turmas Recursais.<sup>46</sup>

E ainda:

Civil – Seguro – Seguradora – Ação regressiva – Autor do dano – Falta de prova do dolo ou culpa – Irresponsabilidade de terceiros. 1. A ação regressiva que se confere à seguradora no seguro contra danos materiais limita-se à esfera de responsabilidade do autor direto e imediato do evento danoso (motorista), não atingindo terceiros, como o proprietário ou detentor da posse indireta do bem. Precedentes do STJ. 2. Não cabe ação regressiva contra o autor do dano se não demonstrada a culpa ou o dolo deste. 3. Apelos providos. Sentença reformada.<sup>47</sup>

Apesar de essa teoria parecer ser majoritária na doutrina e jurisprudência, no caso do servidor público que causou um dano à Administração, parece-nos mais adequada a utilização da teoria da causalidade adequada, posto que dano direto ou imediato trabalha com exclusões totais à responsabilidade, analisando a contribuição do terceiro para o evento danoso. Vale a pena trazer novamente a jurisprudência para esclarecimento:

Ação de reparação de dano – Alegação de ocorrência denexo causal, ante a enfermidade adquirida e o acidente sofrido – Inadmissibilidade – Mérito – Perícia médica que concluiu que o autor/apelante apresenta osteoartrose e profusão discal lombo-sacra, não se verificando nexo causal entre a seqüela e o acidente sofrido e que as entidades mórbidas diagnosticadas geraram uma incapacidade parcial e permanente para o desempenho das funções, pelo que recomendou evitar atividades que exijam esforços físicos intensos ou moderados. – Para que haja o pagamento de indenização por responsabilidade civil, deve restar provada a relação de causalidade adequada entre o fato e dano, ou seja, que aquele venha, por si mesmo e

<sup>46</sup> STJ, AgRG no Ag nº 682.599/RS. 4ª Turma. Relator: ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 25.10.2005. DJ 14.11.2205 comarca de Porto Alegre-TJRS.

<sup>47</sup> TJDF, Apelação Cível nº 20020111004889 APC/DF, Acórdão nº 218093. 4ª Turma Cível. 18.04.2005, Relator: Cruz Macedo, Publicação: Diário da Justiça do DF: 28.06.2005, p. 123.

pelo curso normal das coisas, a causar este. – Não configuração do nexo causal entre o acidente mencionado e a enfermidade – Recurso improvido.<sup>48</sup>

Dano moral – Responsabilidade civil – Acidente no trabalho – Funcionário público – Queda do servidor em local de trabalho causando amputação de dedo do pé – Autora que pouco após seu ingresso no serviço público recebeu licença para tratamento de insuficiência vascular periférica – Demonstração de que já era portadora da enfermidade – Ausência de comunicação do acidente ao Departamento de Recursos Humanos ou ao Supervisor de Segurança – Nexos de causalidade entre o acidente e a doença não evidenciado – Aplicação da teoria da causalidade adequada – Inviabilidade de responsabilização da Administração Pública pelo evento danoso – Indenizatória improcedente – Recurso improvido.<sup>49</sup>

Portanto, a teoria da causalidade adequada mais se adapta aos deveres da Administração, em especial ao da moralidade e eficácia da Administração previstos no artigo 37, da Constituição da República. Ainda, se adequa à concausalidade que pode ser definida com as concurrências de causas para atingir determinado resultado.

Outro ponto em que o debate fica mitigado, mas deve ser feito, é no tocante às excludentes do nexo de causalidade; a saber: culpa exclusiva da vítima, ou de terceiros, caso fortuito ou força maior.

Entendemos que o dever de diligência do servidor, antes mesmo da elaboração com contrato e de sua fiscalização, é dever funcional; não podendo falar em fato alheio a essa atribuição, eventual contribuição da vítima ou terceiro para o evento danoso, apenas agrava a responsabilidade do agente. Além da responsabilidade civil poderá incorrer em crime contra a Administração.

Quanto ao caso fortuito, ou força maior, sua ocorrência é sempre *a posteriori* do ato administrativo que se discute, também não havendo relevância prática nessa discussão.

Verificada a conduta humana, a culpa do agente, o nexo de causalidade, deve-se apurar o dano, o prejuízo patrimonial sofrido pela administração, pois, não há responsabilidade civil sem danos.

---

<sup>48</sup> TJSP, Apelação Cível nº 174.633-5-2, Campinas, 9ª Câmara de Direito Público; Relator: Antonio Rulli, 11.05.05 VU.

<sup>49</sup> TJSP, Apelação Civil nº217.472-5/9-00, Porto Feliz, 9ª Câmara de Direito Público, Relator: desembargador Antônio Rulli, v.u., Voto nº 14.098.

Assim, o serviço contratado, na maioria das vezes, foi efetivamente cumprido. Suponhamos que em um contrato administrativo de locação, o imóvel pode ter sido utilizado de fato pela administração ocasionando um enriquecimento sem causa para ela. Nesse caso, pouco há de se falar em responsabilidade civil, pois, apesar de o pagamento excepcional, o serviço foi realmente prestado. Contudo, pode-se ocorrer de o serviço não ser prestado, ou mesmo prestado gerar outras obrigações; por exemplo, o mesmo contrato de locação para abrigar uma creche é considerado nulo, pois, a Administração tem que locar emergencialmente outro imóvel para alocar as crianças. Nesse caso, há presente o dever de indenizar, haja vista que pela conduta do servidor a Administração teve um prejuízo.

Portanto, no caso da responsabilidade civil e da penal de forma mais acentuada, deve-se aferir o real prejuízo à Administração; o que não ocorre com a responsabilidade administrativa; nesta, a aplicação da penalidade advém da própria conduta.

### **3.2. Efeitos da Invalidação do Contrato**

O cancelamento dos atos estatais inválidos importaria, como efeito direto, o desfazimento das situações fáticos-jurídicas decorrentes dessa relação implementada pelas partes e questionada sua validade. Isso denotaria a reposição no estado *a quo* com aplicação do regime jurídico considerado oportuno e adequado.

Nas lições de Marçal Justen Filho, vejamos:

Era usual a prática de promover a invalidação do contrato administrativo sem determinar, de modo preciso, a extensão dos efeitos da decisão. Tomava-se em vista a existência de defeitos, reputados como suficientemente graves para produzir a invalidação. Mas não havia a especificação da solução prática a ser adotada relativamente a situação fática existente. Em muitos casos, a invalidação era decretada durante a execução do contrato. Havia hipóteses em que a invalidade era pronunciada depois de encerrada a prestação a cargo do particular.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1240.

E continua:

O artigo 21 da LINDB proscree esse tipo de solução. Determina que “A decisão que, nas esferas administrativas, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. Por consequência, é indispensável definir se o contrato, em curso de execução, deverá ser paralisado, tal como as responsabilidades por eventuais pagamentos. É indispensável reconhecer as providências indispensáveis à continuidade da prestação de serviços públicos. Anote-se que a determinação das consequências não significa uma avaliação sobre eventos incertos, indeterminados ou insuscetíveis de previsão. Trata-se de avaliar, segundo os padrões inerentes a atuação da autoridade estatal, os efeitos jurídicos e práticos da decisão adotada. Uma implicação inafastável dessa avaliação consequencialista reside na possibilidade de realizar uma ponderação sobre a proporcionalidade da solução. Em muitos casos, a explicitação das consequências da decisão adotada poderá evidenciar a desproporcionalidade da decisão, afigurando-se mais conforme a ordem jurídica optar por solução distinta. Isso poderá resultar na preservação da validade do contrato (embora eivado de inquestionáveis defeitos), mas a aplicação de medidas compensatórias destinadas a eliminar vantagens ou benefícios indevidos, conforme preceitua artigo 27 da LINDB.<sup>51</sup>

Pode-se perceber na lição, em comentário, que a invalidação do contrato deve ser acompanhada de uma alternativa jurídica responsável e justa, do ponto de vista jurídico, sem desamparar o particular que está em vias de ter o contrato administrativo desfeito com a Administração. O que se busca é conferir ao Estado obrigações antes “esquecidas” com velhas máximas, como Supremacia do Interesse Público e expressões como, “conveniência e oportunidade”. Por essas razões, tem-se a necessidade de se estabelecer noções e regras, quando do desfazimento da relação contratual.

As considerações antecedentes devem adotar em vista que o desfazimento do ato estatal e a reposição dos fatos no estado anterior importa, de maneira necessária, na abolição dos prejuízos eventualmente sofridos por um determinado sujeito da relação contratual, em virtude da eficácia jurídica-fática dos atos administrativos eivados de nulidade.

Por essa razão, tem-se a necessidade de se estabelecer parâmetros para a averiguação e correta manifestação no caso de rescisão ou extirpando a nulidade.

---

<sup>51</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1240.

Ainda, toma-se o cuidado para que não haja erroneamente o efeito *ex tunc*, da decisão que anulou o ato administrativo, sob o efeito desse ato importar o desfazimento em sua integralidade dos efeitos da relação implementada pelas partes. Não será possível indicar e optar apenas por alguns atos não comprometidos, determinando o desfazimento daqueles feitos que são adequados ao interesse do particular ou da Administração.

Com base nessas noções não cabe à Administração Pública apropriar-se de um bem particular de terceiros, como no caso de uma obra executada ou um automóvel que foi adquirido pela Administração. Todas as outras formas de aquisição por parte da Administração exigem o pagamento de justo preço a ser apurado por meio de perícia judicial ou extrajudicial. É evidente que seria ilegal e imoral que a Administração Pública adquirisse um bem ou serviço e, em seguida, valendo-se das prerrogativas que lhe compete produzisse procedimento administrativo, alegando defeito em seu próprio procedimento aquisitivo e realizasse o desfazimento do negócio ficando com o bem sem a justa contrapartida.

Assim, a doutrina e a legislação vedam essa espécie de confisco por parte da Administração.

Nesse sentido, a jurisprudência de nossos Tribunais declara:

Do exame dos arts. 39 e 49 do Dec.-lei 2.300/1986 vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos *ex tunc*. No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa. Precedentes. Recurso especial não conhecido. (REsp 408.785/RN, 2.<sup>a</sup> T., rel. Min. Franciulli Netto, j. em 05.06.2003, DJ de 30.06.2003).

Por oportuno transcreve-se o que o doutrinador Marçal Justen Filho, pensa sobre o tema:

A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao estado obter diretamente também é ilícito ser obtido por via indireta, especialmente, por meio de um ato administrativo

reputado inválido. Existem apenas duas alternativas jurídicas: ou o Estado devolve o bem comprado ou indeniza o particular pelo preço correspondente. Em qualquer caso, deverá ademais de tudo compor outras perdas e danos decorrentes de sua atuação defeituosa. Ocorre que, em grande parte dos casos, é impossível materialmente a integral e absoluta restituição das partes ao estado anterior. Até se pode cogitar de desfazimento parcial dos atos jurídicos ocorridos, mais isso seria insuficiente. Conduziria a alterar a situação original, na medida em que seriam restabelecidos apenas os aspectos favoráveis a uma das partes, não aqueles que beneficiam a outra. Mais precisamente, é mais fácil a recuperação retroativa da situação jurídica original quanto ao Estado. Mas, na maior parte dos casos, não é viável repor o particular na situação em que encontrava anteriormente. No entanto, a decisão invalidatória, ao produzir efeitos retroativos, não é autorizada a modificar a situação original. Ou se recolocam as partes na exata situação em que se encontravam antes ou se produz um equivalente jurídico. O equivalente jurídico reside usualmente na indenização por perdas e danos, ressalvados as hipóteses em que nem mesmo uma compensação econômico-financeira é suficiente para satisfazer o dano produzido ao particular. Nesses casos, a única alternativa é a teoria do fato consumado onde convalida-se o ato inválido porque outra solução seria inapta a satisfazer os princípios jurídicos.<sup>52</sup>

Conforme se observa, a concepção apresentada pelo aludido autor destaca o pensamento de que em alguns casos seria necessário aplicar a “Teoria do Fato Consumado” por ser a alternativa mais salutar do que o desfazimento do negócio / ato jurídico. Para tanto, deve-se manter a relação contratual sob pena de haver verdadeiro confisco por parte da Administração em detrimento do particular que fez parte da relação contratual.

### **3.2.1. Da Boa-Fé do Particular e a Validade do Ato Administrativo**

Nessa acepção é que se afirma que a boa-fé do terceiro corrobora quando não ocorreu, por seus atos comportamentais, para a efetivação do vício ou quando não teve conhecimento sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificado o defeito, ainda que para ele não tenha concorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla.

---

<sup>52</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1240.



As asserções realizadas não traduzem entendimento de que o particular teria o dever de revisar a atividade administrativa. Não é cabível promover uma ficção de má-fé, estabelecendo que o particular teria o dever de revisar os atos administrativos internos, averiguar se os agentes administrativos se desincumbiram de seus encargos, acompanhar as decisões das autoridades superiores e assim por diante.

Existem atividades internas da administração que não comportam acesso de particulares e de sujeito privado, não investido de poder jurídico, para participar dessas atividades sendo-lhe vedado o acesso.

A presunção de legitimidade do ato administrativo apresenta, portanto, uma dupla função. Por um lado, protege a Administração pública, a qual fica dispensada de promover medidas judiciais destinadas a reconhecer a validade e a outorgar exigibilidade a seus atos. A presunção de legitimidade funciona, desse modo, como um instrumento de tutela aos interesses perseguidos pela Administração.

Mas a presunção de legitimidade também apresenta uma faceta de tutela ao sujeito privado. O particular não necessita realizar o controle da validade dos atos administrativos. É dispensável ao particular exigir que o agente administrativo comprove a regularidade de todos os atos praticados. Não é cabível transferir para o particular o dever jurídico de fiscalizar a validade do ato administrativo, o qual é presumido como válido.

Veja-se que o particular tem a faculdade de promover a fiscalização dos atos praticados pela Administração – mas, não tem dever formal de fazê-lo. Não cabe ao particular verificar se trâmites internos da Administração foram devidamente cumpridos. Basta a aparência de regularidade para que o ato administrativo seja autoexecutável – o que beneficia a Administração, mas se traduz também em proteção ao particular.

Se todo o particular tem o dever de atender e respeitar atos administrativos dotados de um mínimo de aparência de regularidade, isso significa a impossibilidade de imputar-se, ao dito particular, algum defeito de conduta quando atua de modo a respeitar a atividade administrativa do Estado.

Justamente por isso, não se configura excludente da tutela ao particular a mera possibilidade de conhecimento do defeito na contratação. A circunstância de que o particular poderia ter adotado postura de maior rigor em face da administração e que, se tivesse exigido a comprovação do cumprimento dos requisitos, poderia ter adquirido ciência do vício é insuficiente para afastar sua boa-fé.

Tal deriva dá exata presunção de legitimidade dos atos administrativos. Ou seja, não é possível defender-se a tese de que os atos administrativos gozam de presunção (relativa) de legitimidade e negar sua aplicação no caso de atos administrativos defeituosos.

A presunção de legitimidade inquina todo e qualquer ato produzido pelo Estado, especialmente aqueles defeituosos. Seria um contrassenso afirmar que se presumem válidos apenas os atos válidos praticados pelo Estado. Há uma petição de princípio na afirmativa, eis que a determinação da validade do ato administrativo é uma atividade de investigação dos aspectos concretos da realidade. A peculiaridade da presunção de legitimidade reside precisamente em alcançar também atos defeituosos.

Não é cabível tornar inútil a garantia assegurada ao particular. Tal ocorreria sempre que se reconhecesse que um defeito, simplesmente por existir, pudesse, em tese, ser conhecido por todos os potenciais interessados. Uma asserção dessa ordem tornaria inaplicável o próprio parágrafo único, do artigo 59, da Lei nº 8.666/1993. Afinal, sempre se poderia argumentar que, como houve uma nulidade, tal poderia ter sido do conhecimento do particular. Daí se extrairia que a ausência de sua oposição estaria caracterizando atuação reprovável por parte dele – gerando um paradoxo insuperável: sempre que houvesse nulidade também se caracterizaria automaticamente atuação reprovável do particular.

Um exemplo prático permite compreender a diferença. Imagine-se que a Administração instaure licitação sem observância dos pressupostos necessários. Um particular, confiando na lisura de todo e qualquer ato concreto do Poder Público, comparece ao certame, obtém vitória e é contratado. Não se poderia negar a ele o direito à obtenção dos proveitos derivados da contratação, nem mesmo diante do argumento de que a licitação teria apresentado defeitos evidentes.

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre o tema:

...9. Assim, somente se comprovada a má-fé do contratado, uma vez que veda-lhe sua presunção, restaria excluída a responsabilidade da União em efetivar o pagamento relativo a “Operação Patrícia”, matéria cuja análise é insindicável por esta Corte Superior, ante a incidência do verbete sumular 07, tanto mais quando o Tribunal de origem, com cognição fática plena afastou a ocorrência. (...) 11. Deveras, é princípio assente no ordenamento que “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contratantes em juízo quanto a simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros (art.104, do CC/1916), motivo pela qual, veda-se a União, beneficiando-se da própria torpeza, consubstanciada na simulação perpetrada com a finalidade de manipular o mercado do café, alegar a nulidade do contrato sub exame. 12. A demais, caberia a União, uma vez verificada suscitada ilegalidade do contrato, responsabilizar os agentes públicos que se diz terem exorbitado de seus poderes bem como pleitear, pela via judicial própria, a anulação da avença, destaque-se, firmada há mais de 20 (vinte) anos. (REsp 547.196/DF, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 06.04.2006, Dj de 04.05.2006).

### 3.3. Compensação dos danos causados a terceiros e do *quantum* indenizatório

Por vezes, os contratos administrativos totalizam altas somas em dinheiro, e, na apuração da responsabilidade do agente para atribuir o *quantum* indenizatório deverá se avaliar o grau de sua culpa. Por óbvio que, sendo um ato doloso, não há de se falar em ponderação, e, no caso de prejuízo da administração deverá pagar integralmente de seu numerário.

No caso da culpa deve-se avaliar o quanto o agente contribuiu para o prejuízo ou para sua agravação, nos termos do artigo 944, do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

A doutrina corrobora com esse pensamento:

É inconstitucional a restrição imposta no parágrafo único do art. 59. A Administração tem o dever de indenizar o contratado não apenas “pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada”. O particular tem direito de ser indenizado amplamente pelas perdas e danos sofridos. Indenizar apenas o que ele tiver executado significaria restringir o ressarcimento apenas de uma parte dos danos emergentes, o que conflita com o art. 37, § 6º, da CF. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O Estado terá de indenizar o particular por todos os danos e pelo lucro que a ele adviria se o contrato fosse válido e fosse integralmente executado. Aplicando a teoria das nulidades o reconhecimento do vício acarreta desfazimento de todos os atos, mas em função da teoria da responsabilidade civil, a Administração tem o dever de responder por todos os atos que pratica, inclusive aqueles viciados. O particular terá direito a auferir o exato proveito previsto no contrato ora nulo. Esse proveito será assegurado não por força dos termos contratuais, mas pelo princípio da responsabilidade civil do Estado. Perceberá o benefício como indenização por perdas e danos provocados pelo ato ilícito estatal.<sup>53</sup>

### A jurisprudência pretoriana afirma:

(...) 3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993). (...) 6. Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal. 7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que evitada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF” (REsp 547.196/DF, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 06.04.2006, DJ de 04.05.2006).

Portanto, a culpa pode ser leve ou grave, se equiparando ao dolo; havendo uma imprudência ou negligência grosseira, pois o servidor agiu com tamanha desídia que parecia que queria o resultado. Assim, deve-se restituir integralmente pelo dano causado, salvo se concorreu com terceiro o qual deverá ser também analisada sua participação no evento danoso.

Pode ser também considerada culpa leve; utiliza-se como comparativo o homem médio, uma pessoa com diligência razoável que poderia evitar o dano, porém por imprudência, negligência ou imperícia não observou o dever de cuidado comum.

A culpa pode ser considerada levíssima; é a falta que só decorre de uma falta de atenção extraordinária, decorrente de uma capacidade especialíssima do agente.

---

<sup>53</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1250.

Nessas três hipóteses devem-se considerar para apuração da responsabilidade o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, para a quantificação do *quantum* indenizatório.

### **3.4. Do Enriquecimento Sem Causa da Administração Pública**

As relações jurídicas, de maneira geral, tendem a impor regras que evitem o enriquecimento sem causa das partes que entabularam determinada avença. Isso não quer dizer que, em determinados contratos, ambas as partes tenham a garantia de obtenção de vantagem com o resultado do contrato. Vejamos o caso da compra e venda de um imóvel que desvaloriza em decorrência da recessão econômica. Por certo, seu adquirente irá experimentar perda patrimonial; porém, houve segurança e estabilidade nas relações negociais.

A doutrina diz:

No Direito romano, o princípio que veda o enriquecimento sem causa já era conhecido e aplicado. Atualmente, várias ações têm o objetivo de evitar esse tipo de enriquecimento: a repetição de indébito, a de enriquecimento ilícito na cobrança de cheque, a de indenização etc. Todas elas pertencem ao gênero das ações *in rem verso*.<sup>54</sup>

A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao Estado obter diretamente, também é ilícito ser obtido por via indireta – especialmente, por meio de um ato reputado inválido.<sup>55</sup>

O que a doutrina fala em se evitar é o locupletamento da Administração disfarçada de outra proibição chamada confisco. Quando há desfazimento contratual não pode haver parte lesionada ou a relação jurídica retorna ao estado *a quo* com a devolução da coisa comprada ou indeniza o particular. Lembrando que, caso haja outros prejuízos decorrentes da situação defeituosa, como perdas e danos também deverá ser recomposto em forma de indenização.

---

<sup>54</sup> PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado. 13ª ed. São Paulo: Manole Jurídico. 2019. p. 883.

<sup>55</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.1241.

Analisando casos concretos, verificamos que ao Estado é mais fácil retornar à situação em que se encontrava antes do entabulamento da avença; já ao particular, via de regra, torna-se impossível. Em princípio, porque já entregou o bem objeto da contratação ou também já realizou o serviço total ou parcialmente sendo impossível retornar à situação *a quo* sem pagamento do bem ou serviço realizado. Portanto, não cabe a decisão invalidatória, mesmo produzindo efeito retroativo, para modificar a situação que se encontrava o ente estatal e o contratado. Deve-se atentar para recolocar ambos os dois na mesma situação que se encontravam, evitando-se prejuízo para qualquer das partes sob pena de assim nascer o dever de indenizar. Em alguns casos, a compensação econômico-financeira não é capaz de recompor os prejuízos das partes; assim, a única alternativa seria a aplicação da teoria do fato consumado convalidando-se o ato invalidado, porque outra solução seria ineficaz para satisfazer os princípios jurídicos.

O Código Civil pátrio dispõe, em seu artigo 884, a vedação ao enriquecimento sem causa trazendo o dever de indenizar, inclusive, a Administração Pública. Senão, vejamos:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Importante salientar que a doutrina enumera alguns requisitos para caracterização do enriquecimento sem causa:

Os requisitos da ação de enriquecimento sem causa são: a) enriquecimento de alguém; b) empobrecimento correspondente de outrem; c) relação de causalidade entre ambos; d) ausência de causa jurídica; e) inexistência de ação específica.<sup>56</sup>

O enriquecimento tem o cunho patrimonial e também a vantagem de não suportar determinada despesa. O empobrecimento é a redução do patrimônio ou até mesmo o fato de não receber determinada quantia em razão da cessação contratual. A relação de causalidade é determinada pelo enriquecimento de uma em detrimento

---

<sup>56</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. v. III: Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 590.

do empobrecimento de outra resultante de um só fato. A ausência de causa jurídica que legitime o ato é condição *sine qua non* para reconhecimento do enriquecimento sem causa. Caso haja contrato ou lei que legitime o enriquecimento sem causa, este não haverá de ser reconhecido.

A eventual invalidade do ato jurídico que conduziu o particular a realizar prestação em benefício do Estado não legitima o enriquecimento sem causa. Caberá a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do Estado. Se tal se verificar como impossível, a solução será a indenização pelo correspondente.<sup>57</sup>

Nesse contexto, se o particular prestou serviço ou entregou a coisa e não teve a contrapartida remuneratória teria que se reconhecer enriquecimento sem causa em prol do ente estatal. E é exatamente isso que se visa evitar com o pagamento via procedimento indenizatório.

De acordo com o Direito Civil contemporâneo, concebido na pós-modernidade e a partir dos ditames sociais e éticos, não se admite qualquer conduta baseada na especulação, no locupletamento sem razão. Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que sua vedação decorre dos princípios da função social, das obrigações e da boa-fé objetiva. O atual Código Civil brasileiro valoriza aquele que trabalha, e não aquele que fica à espreita esperando um golpe de mestre para enriquecer-se à custa de outrem. O CC/2002 é inimigo do especulador, daquele que busca capitalizar-se mediante o trabalho alheio.<sup>58</sup>

No Direito francês a teoria do enriquecimento sem causa:

Permite assegurar indenizações, que a equidade recomenda, nos casos especialmente em que as obras foram executadas ou as prestações fornecidas com base em um contrato que, finalmente, não foi concluído, que entranhado de nulidade, que atingiu a seu termo ou em que nenhum instrumento foi preparado ou ainda a margem de um contrato.<sup>59</sup>

A doutrina pátria também corrobora com esse pensamento:

pretende o dispositivo evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração, tendo ela recebido um bem jurídico sem pagar por ele.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Filho, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais. 2019. p. 1241.

<sup>58</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 9ª ed. São Paulo: Método. p. 311.

<sup>59</sup> CHAPUS, René. t.1, Droip administratif general. 13ª ed. Paris: Montchrestien. 1999. p.1173-1174.

<sup>60</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 225.

Nesse sentido:

A impossibilidade da Administração exercitar a competência de invalidar os seus atos visando ao próprio enriquecimento. Não se admite que a Administração, tomando conhecimento da nulidade, deixe de adotar imediatamente as providências adequadas. Suponha-se que a Administração apure a existência de um vício e, apesar disso, aceite a execução da prestação pelo particular. Estaria configurado desvio de finalidade se, logo depois, a Administração invocasse o vício com o exclusivo intuito de desobrigar-se de realizar o pagamento. O princípio da boa-fé exige que a administração, numa hipótese tal como a ora cogitada, determine a suspensão da execução contratual, inclusive deixando de receber a prestação a ser executada pelo particular. Mantendo o terceiro na ignorância acerca do vício e percebendo a prestação derivada do contrato, a administração terá o dever de indenizá-lo integralmente. Terá de desembolsar o preciso valor previsto no contrato o que corresponderá as perdas e danos devida ao contratante.<sup>61</sup>

Nesse mesmo diapasão, a jurisprudência do TCU – Tribunal de Contas da União assinala:

(...) não há sentido em se proceder a anulação uma vez que os contratos já foram cumpridos a contento. Não se pode olvidar que a Administração é obrigada a realizar a contrapartida financeira em relação aos serviços devidamente prestados, sob pena de se incorrer em enriquecimento sem causa.<sup>62</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

(...) o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de que comprovado que os serviços foram devidamente prestados pelo contratado, não pode a administração deixar de efetuar os pagamentos, sob pena de enriquecimento ilícito.<sup>63</sup>

Dessa forma, o legislador deixou claro que o ente estatal deve indenizar o particular devendo evitar o enriquecimento sem causa deste em face do empobrecimento daquele, ressaltando hipóteses do tipo de indenização que deve ser paga nos casos que o particular em conluio com o agente público fraudamente para obter vantagem indevida. Nesse contexto, poderá ser ponderado a extensão da

---

<sup>61</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1250.

<sup>62</sup> Acórdão nº 1.029/2006. Plenário. Relator: ministro Benjamin Zymler. TCU.

<sup>63</sup> REsp nº 1.169.052, decisão monocrática. Relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.11.2015, DJe de 14.12.2015.



indenização como pagamento somente do valor dispendido pelo prestador de serviços para realização do contrato sem inclusão de lucro e demais vantagens.

### **3.5. Do Princípio da Ampla Defesa no Procedimento de Nulidade do Ato Administrativo**

Conforme verificado anteriormente, a decretação de nulidade tem de ser seguida de deliberação dos valores referentes à indenização por perdas e danos devida ao contratado, quando devidas. Restaria incompleto o procedimento administrativo sem tal determinação e estaríamos diante de tamanha afronta ao estado Democrático de Direito caso decretação de invalidade do ato administrativo fosse válvula de escape para a Administração Pública enriquecer indevidamente e assim não honrar seus compromissos contratuais.

Assim, não seria cabível admitir que a Administração realizasse a decretação de seus atos administrativos e não conferisse ao particular o direito à indenização, tendo este que socorrer-se do judiciário para ter seu patrimônio recomposto. A decretação de invalidade do ato pode ser chamada de perfeita quando o procedimento contempla ao contratado à correspondente indenização.

Tem-se assim que, a decisão sobre a decretação de invalidade e a indenização devem ser precedidas do devido processo legal (contraditório e ampla defesa). O particular tem o direito de se manifestar em um procedimento umbilicalmente ligado à sua atividade empresarial, não apenas no tocante ao desfazimento do ato como também à apuração da quantia a ser paga a título de perdas e danos.

Corroborando com essa tese, a doutrina se manifestou:

Nem mesmo os argumentos da notoriedade do vício ou da configuração de fato incontroverso podem ser utilizados para afastar o respeito ao devido processo legal. Ressalte-se, aliás, que o devido processo legal abrange os diversos aspectos pertinentes à questão. Assim, cabe facultar ao particular o direito de manifestação prévia quanto a existência da nulidade, mas também tem ele a garantia de ser ouvido sobre os efeitos de eventual invalidação. O ato pode ser absolutamente nulo e até ser ouvido sobre os efeitos de eventual invalidação. O ato pode ser absolutamente nulo e até se poderia imaginar que

nenhum argumento poderia ser trazido à baila pelo particular quanto a isso. Mas daí não se infere a ausência de controvérsia sobre indenização ou extensão dos efeitos da invalidação. A que se dar a oportunidade ao particular se defender. Ademais disso, é evidente que o direito de ampla defesa importa garantia de ser ouvido antes da definição da decisão administrativa. Lembra-se que o devido processo legal destina-se a assegurar que a decisão administrativa seja o resultado de uma atividade dialética e dialógica, em que todos os interessados apresentam suas versões para os fatos e suas pretensões quanto a conclusão. Não se trata de uma formalidade irrelevante. Bem por isso, será nulo todo o processo quando a decisão estiver predeterminada. Se a Administração já adotou uma decisão e apenas convoca o particular para evitar o argumento da nulidade, não estará sendo respeitada a garantia constitucional. Não são frequentes essas hipóteses mesmo depois da democratização do Estado brasileiro, continua a ser usual a autoridade pública declarar a imprensa que determinada decisão já foi tomada e acrescentar que será formalizada tão logo decorra o prazo de defesa concedido ao interessado. Esse é um exemplo claro de infração a Constituição, configurando hipótese de impedimento da autoridade pública. Aquele que, encarregado de decidir, antecipa sua futura decisão, demonstra ausência de imparcialidade e deve ser afastado da função julgadora.<sup>64</sup>

Não é outro o entendimento da jurisprudência pretoriana:

Na aplicação das Súmulas 346 e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, como este STJ, tem adotado cautela, a orientação jurisprudencial inserida nos seus enunciados, firmando entendimento no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como as vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível (RO em MS 10.673/RJ, 1.<sup>a</sup> T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 23.05.2000, Dj de 26.06.2000).

Como regra geral, em todos procedimentos administrativos que vincule direito de terceiro deve ser garantido o direito ao Contraditório e à Ampla Defesa. E no que tange ao *quantum* a ser pago, a título de perdas e danos, também deve ser dada voz ao particular para poder exercitar suas garantias constitucionais sob pena do procedimento estar maculado pela ilegalidade.

A revogação ou a anulação são regulares quando formalizadas em ato motivado e a ausência de motivação é causa de invalidade. A motivação se sujeitará ao controle judicial, de modo que a ausência dos pressupostos de fato invocados na

---

<sup>64</sup> FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 1251.

decisão, o erro de fato ou qualquer outro defeito constituirão causa para a cassação do ato de anulação ou revogação.

Ainda tratando sobre o assunto temos a Súmula Vinculante nº 3 do STF, vejamos:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Dessa forma, não haverá decisão contrária ao particular, senão produzida dentro dos ditames e garantias constitucionais sendo garantido, inclusive, prévia audiência quando solicitado.

#### 4. CAPÍTULO II – Modelos utilizados para formalização do TAC – Termo de Ajuste de Contas

##### 4.1. Modelo de Termo de Ajuste de Contas

PROCESSO CL	ADMINISTRATIVO	FOLHA
Gestão de Contratos e Convênios		

TERMO DE AJUSTE DE CONTAS PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº \_\_\_\_\_

Aos (data completa por extenso), reuniram-se na sede da (nome ente federativo), localizada na (endereço completo), as PARTES abaixo qualificadas para firmarem o presente Termo de Ajuste de Contas nas condições que se seguem:

**I** – (Nome ente federativo), órgão público, representativo do Poder Executivo, inscrito no CNPJ sob o nº. (Número CNPJ), com sede na (endereço completo), neste ato representado por sua (cargo ocupado pelo ordenador de despesa), (nome ordenador de despesas), Portador da Cédula de Identidade RG nº (número em algarismo) e CPF nº (número em algarismo), e,

**II** – (Nome credor), inscrito no CNPJ nº (número CNPJ ou CPF), situada (endereço completo), neste ato representado por seu (nome representante legal e qualificação), devidamente constituído.

**CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO** O presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS tem por objeto a liquidação do valor devido pelo (nome ente federativo) relativo ao pagamento de (objeto da prestação de serviços ou produto) pela empresa (nome credor), no valor de (descrever valor em algarismo e por extenso) correspondente ao mês de (data fornecimento do serviço ou entrega do produto), em virtude de (descrever o serviço ou produto se necessário).

**CLÁUSULA SEGUNDA – DO VALOR** O valor global do presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS é de (valor em algarismo e por extenso) e os demais juros e correções monetárias até a data de pagamento, com os recursos alocados do Orçamento: Fonte: \_\_\_\_\_ – \_\_\_\_\_, DESTINAÇÃO: \_\_\_\_\_ – \_\_\_\_\_; Elemento de Despesa: \_\_\_\_\_ – \_\_\_\_\_; Rubrica Item: \_\_\_\_\_ – \_\_\_\_\_.

**CLÁUSULA TERCEIRA – DA QUITAÇÃO PLENA** O recebimento do valor estabelecido na Cláusula Segunda, do presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS, importa em total quitação da parcela devida e mencionada na Cláusula Primeira.

#### **CLÁUSULA QUARTA – DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

O presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS tem seu fundamento baseado nas previsões legais artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, e dos artigos 58 a 65, da Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964, e parecer do órgão de assessoramento jurídico às fls.

#### **CLÁUSULA QUINTA – DO FORO**

As PARTES elegem neste ato como único competente para a solução de questões ou de interpretações divergentes com base neste instrumento que, amigavelmente, não puderem resolver, o Foro da Justiça Estadual, Comarca de (nome Foro), com expressa renúncia, por si e seus sucessores, de qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

#### **CLÁUSULA SEXTA – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS**

O MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, observado o prazo legal, compromete-se a publicar o extrato resumido do presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS, no Boletim Oficial do (nome ente federativo), (nome do Local disponibilizado. Exemplo: Diário Eletrônico do município).

O (nome ente federativo), no prazo legal de 05 (cinco) dias, obriga-se a enviar cópia fiel do presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS a (nome credor).

O presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS é elaborado em 02 (duas) vias de igual teor e forma, sendo uma para o (nome ente federativo) para constar dos autos do Processo Administrativo nº (número processo); e outra para (nome credor).

Assim sendo, estando as PARTES justas e acordadas, assinam o presente TERMO DE AJUSTE DE CONTAS, para que produza seus jurídicos e legais efeitos.

Local e data.

(Nome ordenador despesas)

Cargo ocupado

Nome Ente federativo

#### **4.2. Modelo de despacho para encaminhamento à unidade responsável pelo pagamento do ente estatal**

##### **DESPACHO**

Considerando a documentação constante no Processo Administrativo em análise, **AUTORIZO** o Empenho e posterior liquidação e pagamento do Termo de Ajuste de Contas (nome do Credor), referente à prestação de serviços (ou venda de produto) durante (data por extenso), em virtude do término do Contrato nº (número do contrato se houver), no valor de R\$ (valor em algarismo e por extenso), mediante apresentação das certidões negativas de débitos, devidamente atualizadas, declaração de inexistência de fato posterior que impeça a empresa de contratar com a administração, artigo 32, § 2º, da Lei nº 8.666/93, bem como declaração em que ateste cumprir com o prescrito no art. 27, V, da Lei nº 8.666/93.

À Administração para devidas providências.

Local e data.

(Nome ordenador despesas)

Cargo ocupado

Nome Ente federativo

#### **4.3. Modelo de extrato de publicação TAC – Termo de Ajuste de Contas**

##### **Extrato do Termo de Ajuste de Contas**

Processo Administrativo nº (número do processo).

Fundamento legal: artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93

Contratada: (nome credor) e (Nome Ente Federativo).

Objeto: Termo de Ajuste de Contas.

Valor total: (descrever valor em algarismo e por extenso).

Data da Assinatura:

Dotação Orçamentária:

Assinam: (nome do responsável do Ente Federativo ou Ordenador de despesas) e  
(Nome do credor)

#### **4.4. Modelo de Parecer Jurídico em Procedimento Administrativo de Pagamento de Indenização**

Autos n. (numeração em algarismo do procedimento administrativo)

À (Ente estatal que solicitou parecer jurídico)

Ref: (Objeto do pedido) – Pagamento por Indenização.

### **PARECER JURÍDICO**

O presente procedimento administrativo fora deflagrado haja vista que no ano de (relatório do processo com todos os fatos ocorridos inclusive motivo do pedido de indenização).

O serviço foi prestado pelo Cartório conforme atestam as escrituras juntadas, mesmo sem efetivo pagamento.

É a síntese do necessário.

Para pagamentos por indenização ao particular, faz-se necessário o atendimento dos seguintes requisitos:

- seja comprovada a boa-fé do fornecedor e caso ainda perdure a disponibilidade orçamentária por parte da Administração;
- seja consultado o Setor de Contabilidade para confirmação do não pagamento;
- seja firmado Termo de Ajuste de Contas e promovida sua publicação no Diário Oficial do Município;



– comprovação da regularidade fiscal da empresa perante as fazendas públicas federal, estadual e municipal, INSS e FGTS, nos termos do art. 29 da Lei nº 8.666/93.

Ou seja, quanto à efetivação do pagamento, se é realmente devido à empresa contratada, antes que seja efetuado, é necessário exigir certidões atualizadas que comprovem sua regularidade fiscal.

Somente depois de cumpridos esses requisitos é que o pagamento deverá ser concretizado.

Dessa maneira, mesmo a avença quando nula, não existindo responsabilização do particular, a remuneração pelos serviços deve ser adimplida, a título de indenização, conforme legislação de regência constante do art. 59 da Lei nº 8.666/93, para que não ocorra enriquecimento sem causa, por parte da Contratante ora Administração, in verbis:

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

Parágrafo Único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Inobstante a isso, deve a administração indenizar o particular pelos serviços executados no período que ficou sem pagamento ou ainda contrato formalizado e sem a adoção dos procedimentos legais.

Destarte, a imputação de responsabilidade a quem causou perdas comprovadamente efetivados é componente primordial para que seguindo os princípios da moralidade e da legalidade, haja apuração pela administração pública.

Dessa forma, o Código Civil traz a possibilidade de devolução ao particular ora contratado de importâncias recebidos com a falta de pagamento, por enriquecimento ilícito, na possibilidade do particular não ter dado causa à nulidade contratual, vejamos:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Inobstante a isso, apreciando que houve enriquecimento ilícito por parte do contratante ora Administração Pública, sobrevém a obrigação de recompensar o particular pelas importâncias indevidamente embolsados, desde que juridicamente comprovados em processo a ser aberto para esta finalidade.

Desta maneira, comprovado que a Administração Pública deve ressarcir o licitante / contratado, espera-se que seja encaminhado o procedimento para efetuar o pagamento pelo procedimento de ajustes de contas legais.

Assim, para que seja realizado o pagamento deverá ser lavrado Termo de Ajuste de Contas previsto no artigo 63, § 2º, da Lei nº 4.320/64, no qual deve fazer parte a descrição dos serviços e a emissão da quitação do objeto pelo particular.

Neste ponto, é importante trazer os ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão, Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro, mestre em Direito Público pela UERJ, em artigo publicado no Informativo de Licitações e Contratos – ILC nº 102 (agosto/2002 – p. 658):

A lavratura do termo de ajuste de contas, em casos como o ora analisado, é exigência da Lei Federal nº 4.320/64 (arts. 60 a 64) e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, da Lei Fluminense nº 287 (arts. 90 a 95). O pagamento da despesa deve ser precedido de sua liquidação, que deve constar de documento escrito (art. 63, § 2º, Inc. I, Lei nº 4.320/64 e art. 90, § 2º, Inc. I, da Lei Fluminense nº 287/90) e possuir o respectivo empenho.

O termo de ajuste deverá conter a descrição e atestação minuciosa dos serviços prestados sem cobertura contratual válida e a quitação, sem ressalvas a ser dada pelo prestador dos serviços.

O valor a ser pago, conforme entendimento firmado em acordo deve corresponder ao que fora estipulado no Termo de Ajuste de Contas ou no Relatório de Sindicância, caso não haja acordo, e desde que esgotadas todas as fases investigativas, mesmo sendo inválida a contratação. Evidentemente que desse critério de pagamento não pode resultar preço superior ao de mercado.

O artigo 63 da Lei 4.320/64, nada mais é do que uma comprovação do direito adquirido pelo particular para que se efetive seu pagamento através da indenização. Objetiva apurar o objeto da contratação, seus valores e as comprovações de entrega/execução, de empenho e de acordos efetuados para se extinguir a obrigação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I – a origem e o objeto do que se deve pagar;

II – a importância exata a pagar;

III – a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II – a nota de empenho;

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Dessa forma, procede-se à liquidação dos valores devidos, comprovados através de todos os documentos que compõem o procedimento. Esta liquidação, pelo princípio da publicidade, deve ser publicada oficialmente por meio do Termo de Ajuste de Contas no Órgão Oficial.

A ausência dessa divulgação representaria afronta ao princípio da publicidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, e no art. 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93.

A responsabilidade pela contratação indevida ou pelo não adimplemento deverá sempre ser apurada, a bem da moralidade no serviço público.

Se o pagamento ao particular não se efetivou, os danos ao erário deverão provocar a efetiva responsabilização do agente que lhe deu causa para que se responda os valores e para que se puna exemplarmente quem agiu com conduta inadequada a um agente público.

Observa-se que, tanto o particular que deu causa à inexecução contratual, quanto ao servidor da administração pública que foi responsável pela nulidade na licitação ou contratação podem ser responsabilizados e a própria administração pública deve proceder a uma sindicância, no caso de faltas leves, ou processo administrativo, no caso de faltas graves, para apuração de responsabilidades aplicando-se as sanções previstas em lei.

Assim, a conduta de probidade do servidor público deve nortear os procedimentos administrativos de licitação e contratação pelo ente público para que toda a sociedade conviva de maneira plena com a seriedade no trato com a coisa pública e para que o justo desenvolvimento não venha apenas no campo financeiro ou político, mas, e principalmente, no campo da justiça social, que só se efetiva com o fiel cumprimento da legislação e com a conduta moral adequada reservada a todos os agentes públicos. Só assim o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e digna terá sentido.

Ante o exposto, atendidos os requisitos acima elencados, nada a opor à indenização, via administrativa, no valor de (descrever valor em algarismo e por extenso).

É o parecer.

Local e data.

(Nome responsável jurídico)

Cargo ocupado

Número inscrição OAB

## CONCLUSÃO

Diante das reflexões abordadas, pode-se verificar que as inquietações iniciais que deram origem à presente pesquisa permitem construir uma estrutura de pensamento que propõe uma solução jurídica à problemática da relação contratual na Administração Pública quando há necessidade de seu desfazimento com a consequente necessidade do pagamento da indenização, quando for o caso.

Tal construção de pensamento doutrinário, jurisprudencial e legalista, opera por meio de uma concepção integrativa de vários ramos jurídicos assim definido pelo princípio da legalidade e do não enriquecimento sem causa, congregando em si peculiaridades complexas numa abordagem jurídico-fática na formação do Estado Democrático de Direito conservando a relação entre Particular e Administração Pública.

Por esse prisma, procurou-se fundamentar a possibilidade do pagamento da indenização ao particular quando do desfazimento do contrato celebrado, ou ainda, da revogação/nulidade do procedimento licitatório, na Lei nº 8.666/1993, Código Civil, LINDB e nos ensinamentos doutrinários de autores dos diversos ramos do direito, em especial do Direito Administrativo.

O modelo identificado como ideal como resposta à problemática do desfazimento da relação entre Particular e Administração exprime a necessidade de se compreender e reconhecer de fato as garantias Constitucionais na relação Público x Privado, como direito ao Contraditório e à Ampla Defesa. Nesse mesmo diapasão, modificando “regras” que deixavam a Administração em superioridade imensurável em comparação ao particular, tais como aplicação da Supremacia do Interesse Público de forma indiscriminada, revogação de Ato Administrativo por “conveniência e oportunidade” sem apresentação de justificativa plausível e, principalmente, realizando o desfazimento do ato administrativo causando prejuízo de toda monta ao particular sem a competente indenização.

A abordagem reflete a busca pela compreensão para o melhor caminho a se tomar quando do desfazimento do procedimento licitatório e a celeuma que acomete os operadores do direito em encontrar respaldo legal para implementar as medidas

necessárias para que sejam cumpridas as normas de Direito Administrativo sem incorrer em dano ao erário público. Sendo simultaneamente necessário compreender as diversas formas de desfazimento dos Atos Administrativos – Anulabilidade, Nulidade e ainda a figura da Revogação – para que sejam aplicadas a solução jurídica adequada e, como visto alhures, com pagamento da respectiva indenização com perdas e danos, se for o caso.

Vislumbrou-se ainda, a existência de responsabilidade administrativa para o Administrador que dolosamente/culposamente motivou a rescisão contratual. Tal punição pode se dar no campo administrativo, civil e penal a depender do caso concreto e da conduta implementada.

Considerou-se, em primeiro lugar, o emaranhado de situações e singularidades constituintes da contratação administrativa, via procedimento licitatório; sendo que a regra é que as avenças sejam realizadas por instrumento escrito e a exceção instrumento verbal. Em ambos os casos, visando recompor o patrimônio do particular admite-se o pagamento de indenização de forma ampla ou restrita a depender do caso concreto. O procedimento indenizatório deve respeitar as mesmas regras estipuladas ao contrato administrativo devendo haver empenho prévio, publicação do extrato, parecer jurídico e contrato escrito que aqui apresentamos com a nomenclatura de Termo de Ajuste de Contas.

Não se pode olvidar que as lições de Marçal Justen Filho levam aqueles que se debruçam à investigação científica acerca do tema desenvolvido, à reflexão de que uma concepção mutilada do Direito pode causar empobrecimento do particular e enriquecimento ilícito da Administração e, quiçá, enfraquecimento das bases de concretização do que fora estabelecido por meio da norma licitatória.

Vale ressaltar que o Princípio da Proporcionalidade em conjunto com a LINDB estabelecem critérios para o desfazimento da relação contratual, dentre eles a possibilidade de continuidade contratual mesmo sendo constatada causa de anulabilidade nos casos em que a rescisão for mais gravosa à Administração. E, ainda, inclusão da respectiva indenização no instrumento de distrato, transformando-se em norma jurídica exaurindo-se apenas quando de sua concretização.

Viu-se ainda a necessidade de se aplicar um dos principais Princípios da Administração Pública, o da Publicidade, ao se exigir a norma de que sejam publicados os atos do procedimento indenizatório.

Ainda, a boa-fé do particular no desfazimento do negócio jurídico é coroada com a possibilidade de ser devido a ampla indenização (indenização pelos prejuízos causados mais perdas e danos). Assim, surgem novas inquietações e reflexões do alcance da indenização, ou seja, partindo de uma compreensão da extensão da culpa do particular na contratação irregular, urge a problemática do alcance da indenização; se ampla, devendo ser incluída perdas e danos; ou simples, com a pura e tão somente reposição patrimonial ao particular; excetuando-se, inclusive, o lucro decorrente do negócio jurídico.

Essa abordagem, a decretação de nulidade tem de ser seguida de deliberação dos valores referentes à indenização por perdas e danos devida ao contratado, quando cabida. Restaria incompleto o procedimento administrativo sem tal determinação e estaríamos diante de tamanha afronta ao Estado Democrático de Direito caso a decretação de invalidade do ato administrativo fosse válvula de escape para a Administração Pública enriquecer-se indevidamente e assim não honrar seus compromissos contratuais.

A responsabilidade civil surge de um dever intrínseco da convivência humana, daquele que por ação ou omissão causa prejuízo a outrem deve tornar ileso o prejudicado (com pagamento de indenização). Dessa combinação permitiu-se verificar uma possível alternativa na solução dos conflitos administrativos quando da necessidade do desfazimento do procedimento licitatório.

Tal concepção, quiçá, pode contribuir para o estabelecimento de novos paradigmas que congregam em si elementos constituintes das variadas áreas do conhecimento e experiência administrativa contratual entre particular e Administração, nos moldes apresentados neste trabalho.

Vale reiterar que a presente análise não buscou consumir as vias persecutórias acerca da temática perquirida; ao contrário, verificou-se que tal investida apenas aponta o início de uma meditação mais ampla e, quiçá, inovadora no modo de se

compreender o Direito, evidenciando-se a cada momento uma inovação que remete para o desconhecido. Deste modo, pode-se definir que o arcabouço do pensamento apresentado dar-se-á a necessidade de se observar o desfazimento do contrato administrativo com naturalidade e o pagamento de indenização como uma forma jurídica de se aplicar o Direito com lisura, sob a égide do Estado Democrático do Direito como princípio norteador do balizamento da Administração Pública.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JUNIOR, Jorge. **A coisa julgada nas decisões dos tribunais de contas**. Consulex: Revista Jurídica, Brasília , v. 18, n. 416 15 maio 2014, p.44-45

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual Direito Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. cit. p. 73.

Contratações públicas. Estudos em homenagem ao professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum. p. 23-31.

CRUZ, Flávio. **Comentários a Lei nº 4.320**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2001.

**Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.**

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

ELIAS, Cristiano. **Da primazia da repressão civil à corrupção pública**. Revista dos Tribunais, São Paulo , v.103, n.939 Jan. 2014, p.79-106

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2016.

Freitas, Juarez. **Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos**, Estudos de Direitos Administrativo, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 23.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

----- **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 408.

MACHADO, Hugo de Brito. **Conceitos imprecisos e atividade administrativa discricionária**. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 16, n. 84, .mar./abr. 2014, p.185-191

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2019.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 137.

MORATO, Alexandre Figueiredo; MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. **Da cômoda inércia à proteção constitucional suficiente: o Ministério Público como legitimado para executar as penalidades pecuniárias impostas pelos Tribunais de Contas**. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 16, n. 86, set./out. 2014, p.285-300

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas. 2017.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento público, administração financeira e orçamentária e LRF I**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2017.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Manole Jurídico. 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Conflito de competência entre entes da federação e o equilíbrio econômico financeiro dos contratos: estudo de caso**. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 16, n. 86, set./out. 2014, p.103-109

PESSOA, Robertônio Santos. **Constitucionalismo, direitos fundamentais e direito administrativo no Brasil**. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 16, n. 85, .maio/jun. 2014, p.73-95

ROCCO, Galli, **Curso Di diritto amministrativo**, 2ª ed. Padova: Cedam, 1996, p. 743.

SARLET, Ingo Wolfgang. *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Método. 2019.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.110.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 9.076/DF. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 26.10.2004.

Lei nº 8.666/1993. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)

Lei nº 10.406/2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

Lei nº 13.979/2020. Disponível em:

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)

Lei nº 4.320/64. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)

<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>

<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>

Projeto Lei nº 4.253/2020. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>