



NULIDADE CONTRATUAL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

CONTRACTUAL INVALIDITY IN THE BIDDING LAW

Camila Paula de Barros Gomes¹

RESUMO: A nova Lei 14.133/21, que disciplina as licitações e contratos, altera o modelo de nulidades. Inspirada nas proposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), atualiza a tradicional visão segundo a qual os atos nulos não produzem direitos, abrindo uma série de oportunidades para o gestor público na tomada de decisão acerca da invalidação contratual. A inovação é relevante pois traz segurança ao administrador público, que passa a contar com mais um instrumento normativo que fortalece e ampara decisões pautadas na análise das consequências práticas dela derivadas.

Palavras-chave: Nulidade. Contrato administrativo. Licitação.

ABSTRACT: The new Law 14.133/21, which regulates bids and contracts, changes the nullity model. Inspired by the propositions of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB), it updates the traditional view according to which null acts do not produce rights, opening up a series of opportunities for the public manager in making decisions regarding contractual invalidation. Innovation is relevant because it brings security to the public administrator, who now has yet another normative instrument that

¹ Advogada graduada pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Unitoledo (Araçatuba, SP). Professora de Direito Administrativo e Constitucional

strengthens and supports decisions based on the analysis of the practical consequences derived from it.

Keywords: Nullity. Administrative contract. Bidding.

INTRODUÇÃO

A recente Lei 14.133/21, que traz nova disciplina para as licitações e contratos no Brasil, promove importantes modificações no contexto das nulidades. O sistema clássico, pautado na nulidade absoluta, é substituído por um modelo mais dinâmico, com maior liberdade para o administrador e alinhado às previsões da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que, após as alterações feitas em 2018, passou a exigir que as consequências jurídicas decorrentes das invalidações de atos e contratos administrativos fossem analisadas.

A alteração trazida pela Nova Lei de Licitações não chega a surpreender, vez que a LINDB já havia introduzido no sistema a necessidade de ponderação acerca das consequências derivadas das nulidades. No entanto, é um grande avanço legislativo, em especial por dar mais segurança ao administrador público, que passa a ter expresso amparo legal para a tomada de decisões. Em tempos em que se lida com o chamado “direito administrativo do medo”, caracterizado pelo receio que muitos gestores públicos têm de tomar algumas decisões, em função dos riscos de responsabilização, alterações legislativas são necessárias. Não é raro perceber certa paralisia decisória, onde o administrador simplesmente não toma a decisão necessária, como uma forma de autoproteção, derivada do receio de não ser compreendido e vir a sofrer processos, seja na esfera judicial ou administrativa. Criar respaldos legislativos que amparem a tomada de decisões e reduzam o receio do gestor de que sua atuação possa ser considerada ímproba ou irregular é fundamental. A nova regulamentação legal do regime de nulidades contratuais é importante para dar sustentação legal a decisões que, buscando assegurar o interesse público, fogem dos efeitos tradicionais atribuídos ao regime de nulidades.

O objeto desse artigo é analisar o regime de nulidades contratuais previsto na Lei 8666/93 e os avanços introduzidos no modelo a partir da Lei 14.133/21.

1. O REGIME DAS NULIDADES

A análise da questão da nulidade sempre foi tormentosa no direito administrativo. Como bem alertou Miguel Seabra Fagundes (1979, p.46), “a deficiência e a falta de sistematização dos textos de Direito Administrativo embaraçam a construção da teoria das nulidades dos atos da Administração Pública”. Essa ausência de uma normatização específica fez surgir duas linhas centrais de pensamento acerca do tema. De um lado estão aqueles que defendem que todo ato administrativo que ofenda a legislação é ato nulo; de outro, existem os que aceitam a transposição, para o direito administrativo, da distinção entre atos nulos e anuláveis, tão característica do direito privado.

Hely Lopes Meirelles (2016, p.199) está entre os autores que não aceitam a categoria dos atos anuláveis, no contexto do direito administrativo. Em sua visão, não é admissível a manutenção de atos ilegais, vez que tal postura viola a legalidade administrativa. Interesses privados não podem se sobrepor a interesses públicos, de modo que ou o ato observou a lei e é válido, ou não observou e é nulo. Dessa forma, reconhecida a nulidade de um ato administrativo, os efeitos seriam retroativos, de modo a apagar as consequências passadas, presentes e futuras do mesmo. Nas palavras do próprio autor:

...em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis. Isto porque a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse privado e do interesse público na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares – o que só ocorre no Direito Privado – embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público – e tais são todos os atos administrativos - a sua legalidade se impõe como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a manutenção ou invalidação, porque isso ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio ilegal, válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal (MEIRELLES, 1964, p.35).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p.480), em contrapartida, se posiciona entre aqueles que admitem a categoria dos atos anuláveis, que se caracterizam por permitir a convalidação, no direito administrativo. Referindo-se aos atos inválidos, assim se manifesta o autor: “O grau de intolerância em relação a eles há de ser compassado com

o tipo de ilegitimidade. Se esta é suscetível de ser sanada, recusar-lhe em tese a possibilidade de suprimento é renegar a satisfação de interesses públicos em múltiplos casos” (MELLO, 2019, p.484). Os adeptos desse pensamento fazem acertada ponderação acerca da segurança jurídica, da estabilidade das relações e identificam, na convalidação, uma forma de permitir a recomposição da legalidade que fora ofendida.

Apesar de se identificar entre os que admitem a existência de atos anuláveis no contexto do direito administrativo, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.156) mostra-se cauteloso quanto às hipóteses que possibilitam a anulabilidade:

É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra. Apenas quando não houver reflexos dos efeitos do ato viciado na esfera jurídica de terceiros é que se poderá admitir seja convalidado; a não ser assim, forçoso seria aceitar que a invalidade possa produzir efeitos válidos.

Percebe-se, portanto, que o tema da invalidação de atos administrativos sempre foi controverso no contexto nacional. Nem mesmo a previsão de convalidação, trazida pelo artigo 55 da Lei 9784/99, foi capaz de pacificar a discussão. Pelo texto legal, “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Conforme destaca Lucas Rocha Furtado (2010, p.308), a lei menciona defeitos sanáveis, mas não indica o que é, ou quais são, os vícios sanáveis, o que inviabiliza o reconhecimento da categoria ato anulável como algo distinto do ato nulo. Assim, a polêmica acerca do reconhecimento da existência de atos anuláveis no contexto administrativo permanece presente.

Se a questão das nulidades já se apresentava complexa em um cenário marcado por uma Administração Pública imperativa e autoexecutória, a situação fica ainda mais delicada com um contexto em que a Administração precisa voltar seus olhos não só para o interesse público, mas também para os direitos fundamentais. A modernidade tem exigido uma adaptação de muitos comportamentos administrativos. A participação do administrado, a eficiência e a confiança na Administração são caminhos importantes para a construção da chamada “Administração dialógica” (LIMA, 2010). Como assinalam Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega (2021, s.p), “a sociedade

mudou e, junto com ela, os conceitos tradicionais do Direito Administrativo precisam ser ressignificados”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 134) assinala que, aos poucos, o conceito de Administração Pública vai perdendo suas características imperativas, expressivas de um poder de Estado, para assumir uma “função constitucionalmente vinculada a ser desempenhada pelo Estado e a ser o mais amplamente que possível compartilhada com a sociedade, compreendendo todo o seu desenvolvimento, desde o seu planejamento até o seu controle”.

Diante de tamanhas mudanças sociais, que produzem a necessidade de adaptações no modelo administrativo, a questão das nulidades também precisa ser ressignificada. Nesse sentido, Luiz Cabral de Moncada (2013, p. 119):

Assim sendo, o regime jurídico da nulidade do acto administrativo (e do contrato administrativo) nem sempre pode ser aplicado à letra. Impõem-se distinções em nome da valia de determinados princípios gerais de direito quais sejam a boa-fé, a tutela da confiança, o peso de conspícuos interesses públicos, como os ambientais, e dos direitos e interesses privados, a exigir a estabilidade do acto administrativo, a protecção de terceiros, etc... mediante uma adequada ponderação das soluções a dar pela Administração e pelos tribunais administrativos.

O momento atual, que busca construir uma Administração Pública menos burocratizada e mais dialógica, é oportuno para trazer de volta a discussão sobre a questão das nulidades, tão relevante para o contexto dos atos administrativos, das licitações e dos contratos. O foco desse artigo está justamente na nulidade contratual e na oportuna remodelação trazida pela Lei 14.133/21. Para uma adequada evolução da temática, impõe-se verificar como o tema das nulidades contratuais foi abordado pela Lei 8666/93.

2. NULIDADE CONTRATUAL NA LEI 8666/93

A Lei 8666/93, em seu artigo 59, prevê que o contrato administrativo celebrado em contrariedade à legislação seja declarado nulo, com produção de efeitos *ex tunc*. Dessa forma, ficam impedidos os efeitos jurídicos que ele deveria produzir, bem como são desconstituídos aqueles já produzidos. Em outras palavras, a legislação estabelece que ou o contrato respeitou o ordenamento jurídico, e é válido; ou não respeitou, e é nulo, portanto, incapaz de produzir efeitos.

Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Pablo Ademir de Souza (2021) relacionam a origem do dispositivo legal ao pensamento de Hely Lopes Meirelles, que não aceitava a distinção entre atos nulos e anuláveis no contexto administrativo, e foi o responsável pela redação do Decreto-lei 2300/86, cuja redação do art. 49 foi replicada no art. 59 da Lei 8666/93. Nas palavras dos autores:

Trata-se de pensamento pautado exclusivamente na concepção formalista ou legalista de adequação de determinado ato ou procedimento às exigências prescritas em lei, de maneira que, sendo estas contrariadas, aqueles teriam de ser inevitavelmente anulados.

É como se a violação aos preceitos legais representasse um grau de reprovabilidade maior que qualquer consequência prática decorrente da suspensão da execução ou anulação de contratos administrativos. Coloca-se o equilíbrio dos interesses envolvidos em um patamar inferior à literalidade semântica das leis (TEIXEIRA JÚNIOR, SOUZA, 2021)

Quando da elaboração da Lei 8666, no final do século passado, não havia uma grande reflexão acerca das consequências derivadas da adoção do clássico regime das nulidades. Ao invalidar contratos, com produção retroativa de efeitos, obras públicas são paralisadas e serviços públicos são interrompidos, com grande prejuízo para a sociedade, fatores que, àquela época, não foram considerados.

Há que se lembrar, ainda, que de acordo com a previsão do art. 49, §2º da Lei 8666/93, a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, o que pode gerar, por falhas no procedimento licitatório, a nulidade de muitos contratos administrativos e, conseqüentemente, a suspensão ou paralisação de obras, serviços e fornecimentos.

O reconhecimento da nulidade seria imposto para preservar a legalidade. Porém, diante de uma situação que justifique a invalidação de um contrato, a Administração deve instaurar um procedimento administrativo e proporcionar ao contratado a possibilidade de ampla defesa. Afinal, a Administração Pública deve prezar pela transparência, pela clareza, assegurando ao contratado a possibilidade de se manifestar antes que sejam tomadas atitudes que reflitam desfavoravelmente sobre seus interesses.

Apesar da previsão de desconstituição dos efeitos do contrato, em razão da sua invalidação, a Administração não se exime do dever de pagar o contratado pelo que este já executou, sob pena de incidir em enriquecimento ilícito. Assim dispõe o art. 59, parágrafo único da Lei 8666/93:

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. (BRASIL, Lei 8666/93)

É nítida a intenção do legislador de evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública, que deve ressarcir o contratado pelo que foi executado até o reconhecimento da nulidade, desde que o contratado não tenha agido com má fé e ocasionado a nulidade.

Esse tratamento restritivo, segundo o qual o contrato ou é válido ou é nulo não se mostrou eficiente ao longo dos anos. É preciso deixar consignado que, na esfera administrativa, o reconhecimento da nulidade não é uma competência exclusiva do Poder Judiciário. A própria Administração Pública, baseada na autotutela, pode anular seus atos ilegais, vez que deles não se originam direitos. Esse é o teor da primeira parte da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, cujo significado também precisa ser repensado.

É claramente adequado que a Administração possa anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade. Trata-se de uma manifestação de controle interno da atuação administrativa, bastante necessária e salutar para a construção de um sistema eficiente. No entanto, a ideia de que dos atos ilegais não derivam direitos precisa ser reajustada à modernidade. Isso porque já não é possível basear a invalidação de um contrato administrativo apenas em uma relação de causa e efeito, no sentido de que, presente uma ilegalidade, impõe-se o reconhecimento da nulidade contratual com efeitos retroativos. Egon Bockmann Moreira (2019) assinala que a referida Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal está obsoleta, pois parte do pressuposto de que as nulidades no direito administrativo são absolutas, não gerando direitos em nenhuma situação. As alterações feitas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em 2018, trouxeram para o sistema normativo dispositivos importantes, que rompem com essa lógica mecânica do sistema de causa e efeito e não podem ser ignoradas.

3. AS ALTERAÇÕES NA LINDB E O IMPACTO NO MODELO DE INVALIDAÇÃO CONTRATUAL

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se caracteriza por disciplinar as próprias normas jurídicas, em termos de interpretação, aplicação, vigência e solução de conflitos. Busca trazer estabilidade ao ordenamento jurídico e deve ser aplicada a todas as normas, e não apenas ao direito privado, como era tradicional no Brasil. Afinal, como ensina Duguit (2005, p.70-71): “o direito público e o direito privado devem ser estudados com o mesmo espírito e o mesmo método”, o que, como destaca Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho (2019, p.313), torna apropriado a reunião, em uma mesma legislação, de diretrizes hermenêuticas para os dois ramos do direito. Esse foi o propósito da atualização, feita na LINDB, pela Lei 13.655/18, que incluiu em seu texto disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, de modo a buscar melhorar a qualidade das decisões administrativas.

A preocupação da lei é com a melhoria da qualidade das decisões públicas no Brasil, segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, como consta, inclusive, em sua ementa. Dessa forma, seus artigos devem ser recebidos como normas gerais que nortearão outras normas e as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial. Logo, o conteúdo da lei nº 13.655/2018 está alinhado com a função da Lindb, contemplando disposições que devem ser recebidas como diretrizes hermenêuticas para outras normas e decisões (CARVALHO, 2019, p.313)

A inovação legislativa tem o claro intuito de trazer mais segurança ao administrador público, que, frequentemente, teme ser alvo de responsabilização pessoal em razão de interpretação divergente daquela proferida pelos órgãos de controle. O estabelecimento de balizas interpretativas contribui para o aperfeiçoamento do sistema e evolução do modelo administrativo brasileiro.

Entre as normas introduzidas na LINDB, algumas se destacam pela relevância no que tange à temática aqui abordada. Assim, de acordo com os artigos 20 e 21, fica estabelecido que nas esferas administrativa, controladora e judicial, a tomada de decisão deverá considerar as consequências práticas dela derivadas, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação de eventual invalidação de contrato, ato ou ajuste, indicando de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Fica

nítida a intenção de ampliar a relevância da motivação das condutas administrativas, elevando o ônus argumentativo. A realidade passa a ser importante parâmetro a ser considerado no momento da tomada de decisões, de modo que, apesar de serem admitidos fundamentos pautados em valores jurídicos abstratos, estes já não podem ser utilizados de forma desconectada com a avaliação das consequências práticas da medida adotada.

Essa exigência de conexão com a realidade pretende afastar o que Carlos Ari Sundfeld (2014, p.205) chamou de “ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”, e revela que a legislação é fortemente influenciada pelo pragmatismo norte-americano. Este, como leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2011, p.132), apresenta três características centrais: a) antifundacionalismo, pois rejeita a existência de conceitos abstratos estáticos, imunes às transformações da sociedade; b) contextualismo, vez que qualquer interpretação jurídica deve ser norteada pelas questões práticas; e c) consequencialismo, no sentido de que as decisões devem ter um olhar para o futuro e medir suas consequências práticas.

Dessas influências, destaca-se a necessidade de se analisar o direito conectado com os fatos da realidade, de modo a permitir uma interpretação jurídica contextualizada. Conforme ensinam Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Pablo Ademir de Souza (2021): “o direito não mais pode sobrepor-se aos fatos, mas sim, deve dialogar com eles, num movimento pendular entre a realidade fática e o arcabouço normativo”.

Na visão de Rafael Maffini e Juliano Heinen (2018, p.254):

...o art. 21 (caput e seu parágrafo único) contempla duas bem-vindas obrigações à administração pública, quando da invalidação das condutas administrativas: de um lado impõe sejam explicitadas as consequências jurídicas da invalidação, a partir de modulações subjetivas (relativização em relação a quem se sujeitará aos efeitos da invalidação), objetivas (relativização em relação ao que produzirá a invalidação) e temporais (relativização em relação a quando a invalidação surtirá efeitos); de outro, impõe sejam indicadas as soluções de modo proporcional, equânime e atentas aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos, públicos ou privados, atingidos consequências desfavoráveis que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas.

Tais previsões impactaram, diretamente, o regime das nulidades. Já não se mostra adequado aceitar que ou um contrato é válido ou ele é nulo, sem considerar as

consequências derivadas do reconhecimento da nulidade. Ao se desconstituir um ato ou um contrato ilegítimo, é necessário “fixar em que medida e extensão os efeitos da nulidade decretada se espraiam para aqueles por ela atingidos” (MELLO, 2019, p. 130). Na lição de Maria Sylvania Zanela di Pietro (2021, p.312):

...nem sempre a invalidação é a melhor solução, já que em determinadas situações a manutenção do ato ilegal atende melhor ao interesse público e às necessidades imediatas da Administração. Isto sem prejuízo da punição dos responsáveis pela ilicitude. A invalidação de um contrato, por exemplo, pode levar à necessidade de contratações emergências, sem licitação, para evitar a paralisação de um serviço ou obra essenciais.

Nesse novo modelo, introduzido com a LINDB, ponderações acerca da melhor solução para o caso concreto são exigidas e, em algumas situações, podem justificar a não desconstituição de efeitos de um ato ou contrato invalidado, por exemplo. É nesse sentido a previsão do art. 4º, §4º e §5º do Decreto 9830/19, que regulamentou a LINDB, e assim estabelece:

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso. (BRASIL, Decreto 9830/19)

A antiquada convicção de que o direito administrativo só admite a figura da nulidade absoluta, de modo a se exigir a não produção de efeitos por contratos e atos eivados de vício, é superada pelas novas orientações interpretativas trazidas pela lei, cujo objetivo é melhorar a qualidade das decisões e aumentar a segurança jurídica.

As modificações introduzidas na LINDB, porém, não ficaram imunes a críticas, em especial dos órgãos de fiscalização, que veem na lei uma forma de enfraquecimento dos mecanismos de controle da Administração Pública. No entanto, diante de administradores tolhidos em sua capacidade de inovar em razão de divergências interpretativas com os órgãos de controle, situação que tem causado paralisia decisória

decorrente do medo de que a conduta seja considerada irregular e o agente público responsabilizado, é preciso repensar o modelo de controle. Não com o objetivo de enfraquecê-lo, mas com intuito de aprimorá-lo, evitando que se torne uma barreira para a construção de uma gestão mais eficiente. Nas palavras de Thiago Priess Valiati (2018): “Na realidade, o que a Lei traz é justamente a imposição de uma atividade mais responsável por parte dos órgãos de controle, contribuindo para o seu necessário aperfeiçoamento, por meio do estabelecimento de novas balizas interpretativas para os decisores no âmbito do Direito Público”.

Destaque-se, mais uma vez que, em nenhum momento é proibido que se tome decisões com base em valores abstratos. Afinal, a própria Constituição Federal é repleta de termos abertos como dignidade humana, interesse público, entre outros. O que a lei não permite é que tais decisões sejam “proferidas de modo irresponsável, sem considerar as consequências práticas delas decorrentes. A *ratio* consiste em evitar o que não raras vezes ocorre – decisões que culminam por encerrar consequências desastrosas pelo fato de serem proferidas sem qualquer padrão de razoabilidade” (CARVALHO FILHO, 2019, s.p).

Uma decisão pautada em conceitos abertos não pode ser motivada de modo superficial. Mais uma vez é preciso destacar o alerta de Carlos Ari Sundfeld (2014, p.229), que, referindo-se às decisões judiciais, afirma que o juiz, ao decidir baseado em princípios exerce função regulatória e deve cumprir alguns ônus na motivação adequada de sua decisão, como o estudo profundo da realidade, das alternativas possíveis, dos impactos positivos e negativos daquela escolha.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das instituições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.

É preciso insistir nisso: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça (SUNDFELD, 2014, p.229).

Não são apenas decisões judiciais que precisam ser devidamente motivadas. O alerta feito por Sundfeld aplica-se, também, para as esferas administrativa e controladora, que assim como a judicial, precisam ter um olhar conectado ao mundo fático, às

consequências de suas decisões, de modo a apresentar uma motivação convincente, razoável e com análise aprofundada da situação discutida.

Todas as inovações trazidas para a interpretação das normas de direito público e motivação das decisões administrativas contribuem para a atualização do direito administrativo brasileiro e servem de guia condutor na criação de novas normas. Não poderia ser diferente com a nova Lei de Licitações e Contratos, de 2021, que traz esses preceitos inseridos em seu texto e modifica, significativamente, o modo como a antiga Lei 8666/93 lidava com a questão das nulidades contratuais.

4. AS NULIDADES CONTRATUAIS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Ao tratar do tema da nulidade contratual, a Lei 14.133/21 incorporou o espírito trazido pela LINDB, explicitando um modelo significativamente distinto daquele preconizado pela antiga lei de licitações e contratos. É sabido que a Lei 8666/93 impunha a invalidação do contrato, com previsão de desconstituição de efeitos, quando identificado um vício. Nos moldes da nova legislação, uma série de fatores serão considerados para a tomada da decisão acerca da nulidade contratual, de modo que essa só será declarada se ficar demonstrado que se trata de medida que atende o interesse público. Caso contrário, o gestor fica autorizado a dar continuidade ao contrato e solucionar a irregularidade mediante indenização por perdas e danos. Para melhor compreensão, eis o teor do artigo 147 do novo diploma normativo:

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 (BRASIL, Lei 14.133/21)

A análise do dispositivo legal deixa claro que, mesmo uma contratação irregular pode ter sua execução preservada, vez que a presença de uma irregularidade contratual não impõe, necessariamente, a desconstituição do contrato. A evolução normativa é evidente. Abandona-se a ideia de desfazimento obrigatório dos contratos administrativos viciados, independentemente de análise do tipo ou consequência da irregularidade. Reconhece-se ao gestor público a possibilidade de sanear o contrato ou, até mesmo, ponderando os interesses em jogo, tolerar a manutenção do ajuste ilegal, caso a providência seja a que melhor satisfaz o interesse público.

Identifica-se, portanto, “uma atenuação de rigorismos, especialmente formais, não vinculados à proteção efetiva de valores protegidos juridicamente. Afirma-se a tese de que a simples discordância entre a conduta concreta e um modelo normativo é insuficiente para configurar a nulidade se inexistir um efeito nocivo efetivo” (JUSTEN FILHO, 2021, p.1544).

O legislador estabelece a necessidade de reflexões acerca dos impactos sobre a realidade prática, fatores que devem ser considerados pelo gestor ao averiguar se a invalidação contratual se mostra benéfica ao interesse público. São arrolados uma série de critérios no texto legal, em rol meramente exemplificativo, que devem ser ponderados, quando da tomada da decisão, e envolvem a avaliação dos impactos, riscos envolvidos, custos diretos e indiretos, enfim, das consequências fáticas derivadas de uma possível suspensão ou invalidação contratual. Compete ao administrador público refletir acerca de todos esses fatores e fazer uma análise de proporcionalidade, de modo a verificar se a anulação é a medida mais adequada e necessária para a satisfação do interesse público.

Em interessante estudo acerca do tema, Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega (2021) assim se manifestam:

...o tradicional dualismo no regime jurídico das invalidades do ato administrativo - assente na distinção radical entre nulidade e anulabilidade – não serve ao Direito Administrativo atual. Este necessita de uma dogmática própria, em matéria de invalidação, permeável a regimes jurídicos elásticos e compatíveis com a vastidão das questões suscitadas, atenta às complexidades dos problemas práticos e aos valores/interesses que deverão ser levados em conta. Nesse sentido, substitui-se à legalidade tradicional pela noção de legalidade funcional.

A nova legislação abraça esse regime mais elástico, mencionado pelos autores, deixando como marca um perceptível caráter pragmático e consequencialista. Considerando os efeitos nocivos que uma invalidação contratual pode acarretar para a sociedade, com paralisação de obras públicas ou interrupção no fornecimento de bens ou serviços, fica expressamente autorizada a continuidade de um contrato irregular, a partir de um juízo motivado acerca das consequências de eventual decisão em sentido contrário. Ressalte-se, no entanto, que não se trata de um permissivo legal para violações indiscriminadas à legalidade administrativa. Apesar da possibilidade de se seguir com a execução contratual, quando a anulação não atender o interesse público, a questão da irregularidade será tratada por meio de perdas e danos, apuração das responsabilidades e aplicação de penalidades. Ou seja, vícios e ofensas à legalidade não ficarão impunes em razão de se adotar uma nova disciplina para o tratamento das nulidades.

A opção pela invalidação contratual depende, portanto, de prévia análise acerca do interesse público envolvido e das consequências da decisão. Este passa a ser parâmetro fundamental a ser considerado pelo gestor público. Como explana Marçal Justen Filho (2021, p.1544):

A referência a *interesse público* indica a possibilidade de serem sanados vícios sérios e graves, inclusive a nulidade absoluta, desde que essa seja a solução mais razoável e adequada em face do sistema jurídico.

Deverá ser examinado se a decisão de invalidação será a mais vantajosa para os interesses fundamentais. Se anular o ato importar responsabilidade civil da Administração Pública de dimensões mais elevadas e séria 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.

A nova legislação traz segurança para o administrador. Apesar da LINDB já prever a necessidade de análise das consequências práticas da sua decisão, o texto

expresso da Lei 8666/93, que impunha a invalidação dos contratos irregulares, podia tolher a iniciativa de dar seguimento à execução contratual. Como já assinalado, o controle sobre a gestão administrativa é intenso e, o receio de responsabilização pelos rigorosos órgãos de controle ou pelo Ministério Público, conduz os agentes públicos a agirem com excesso de cautela, evitando decisões de risco. A nova legislação contribui para a redução desse temor, pois dá amparo legal para que o administrador, após as devidas ponderações e com adequada motivação, opte por preservar o interesse público, mesmo que isso implique na manutenção de um contrato viciado.

Importante ressaltar, nesse ponto, que a nova previsão legislativa conflita com o teor da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Pelo menos no que tange às licitações e contratos administrativos, já não é possível aceitar que não possam derivar direitos a partir de um contrato viciado. Como assinala Egon Bockmann Moreira (2019), a atual legalidade não admite que a Administração Pública simplesmente anule seus atos por serem ilegais. Nas palavras do autor:

Ao contrário: deve envidar os melhores esforços para sanear, convalidar e assumir compromissos. Já se passou o tempo da administração não igualitária, repressiva e subordinada ao passado.

O direito não aceita decisões que contrariem a boa-fé, a confiança legítima e a segurança jurídica. Mesmo se o ato for nulo, dele podem advir soluções que criem valor – e não só problemas, como naqueles casos julgados há mais de 50 anos. Está na hora de dizer adeus, com todas as honras e glórias, à Súmula 473 (MOREIRA, 2019)

É preciso consignar que a análise das consequências da invalidação pode levar o administrador à conclusão de que a anulação do contrato é a decisão mais adequada para o interesse público. Nesse caso, algumas previsões normativas lembram o disposto na Lei 8666/93, acrescido de importantes aprimoramentos.

4.1 A decisão de anular o contrato

Estimados os efeitos de eventual invalidação do contrato administrativo, o juízo de proporcionalidade pode conduzir o gestor público ao entendimento de que a medida mais adequada para o interesse público é, efetivamente, a anulação do contrato. É provável que isso ocorra em situações marcadas por vícios graves, casos restritos, em que

a invalidação se revele indispensável. Nessa hipótese, a previsão do *caput* do art. 148 da Lei 14.133/21 se pauta nas mesmas premissas estabelecidas na antiga lei de licitações. Ou seja, o reconhecimento da nulidade produzirá efeitos retroativos, de modo a impedir a produção de efeitos jurídicos pelo contrato, bem como desconstituindo aqueles já produzidos. Ocorre que, muitas vezes, em razão do momento em que se dá a decisão de anulação, já não é possível o desfazimento, situação em que a nova lei prevê a resolução por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades cabíveis.

Em complemento, o artigo 149 mantém a previsão de que a Administração deve indenizar o contratado pelo que já tiver sido executado na data da invalidação, bem como por outros prejuízos comprovados, desde que não lhe sejam imputáveis. O princípio por traz do dispositivo é a vedação do enriquecimento sem causa. Se um particular celebrou, de boa-fé, contrato com a Administração e, posteriormente, este é invalidado sem que o particular tenha contribuído para esse resultado, faz jus à indenização.

Em importante avanço, passa a ser permitida a modulação dos efeitos da decisão de invalidação do contrato, visando evitar a paralisação da atividade administrativa. Dessa forma, já não é obrigatória a produção de efeitos *ex tunc*. Esse último aspecto se revela importante atualização legislativa, pois, como lembra Rogerio Augusto Boger Feitosa (2021):

De fato, é importante ressaltar a autorização concebida para que gestor, mesmo reconhecendo a existência de um vício e, ainda, a invalidade do ajuste, mantenha temporariamente hígidos os seus efeitos, inclusive no período posterior à pronúncia da nulidade. Isso porque é certo que a expedita paralisação da atividade contratada pode, em alguns casos, acarretar prejuízos graves ao interesse público e, sobretudo, superiores àqueles derivados da subsistência provisória da eficácia do concerto.

Já há muito tempo, autores como Rafael Maffini (2012, p.5339) propõem essa alteração agora introduzida em nosso ordenamento jurídico. Ao assinalar que ao lado da legalidade é preciso assegurar a boa-fé e a proteção da confiança, o autor já propunha que a anulação de condutas administrativas deveria ser vista como uma espécie de regra transitória, de modo que o contrato continuaria a produzir efeitos até o momento fixado pela autoridade que promoveu a anulação. Tal medida, agora expressamente autorizada, contribui muito para dar segurança jurídica ao sistema e está assim disciplinada no art.

148, §2º da Lei 14133/21: “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”.

CONCLUSÃO

A exigência de análise acerca das consequências da invalidação do contrato administrativo e seu impacto para o interesse público é positiva. A possibilidade de manutenção da execução contratual, mesmo diante de um vício, permitindo a resolução por perdas e danos associada à admissão de modulação de efeitos nos casos em que se opte pela nulidade contratual trazem novos caminhos para a Administração Pública. A segurança jurídica é reforçada, valoriza-se a boa-fé e a relação de confiança entre administrador e administrado, por meio de uma legislação que moderniza antigos entendimentos, que não mais se compatibilizam com as necessidades sociais.

O gestor público precisa ter em mãos instrumentos que lhe permitam decidir de maneira segura, afastando temores que provocam paralisia e atravancam a eficiência administrativa. Precisa de liberdade para ponderar acerca da situação concreta e definir qual o caminho que melhor atende os anseios e necessidades sociais. Já não é compatível, com o moderno direito administrativo, uma teoria das nulidades focada, estritamente, na legalidade. Por mais importante que esta seja, não é o único vetor a orientar decisões administrativas. Segurança jurídica, proteção da confiança, boa-fé e proporcionalidade são fatores essenciais, precisam ser considerados para possibilitar uma maior estabilidade ao sistema.

A nova lei de licitações e contratos consolida importante mudança na teoria das nulidades, no contexto do direito administrativo. Tais alterações abrem um grande leque de opções para o gestor, que pode, entre outras coisas, escolher manter a execução de um contrato irregular ou entender que o melhor é invalidá-lo, com reconhecimento de efeitos não retroativos. Essa nova dinâmica fortalece o administrador, sua capacidade de tomada de decisões assertivas que privilegiem o interesse público e moderniza o direito administrativo, afastando-o de uma visão puramente legalista e adequando-o a um cenário multifacetado, onde princípios tradicionais como legalidade e moralidade precisam

conviver com valores como segurança jurídica, proteção da confiança, boa-fé, de modo a contribuir para a credibilidade do sistema normativo. Uma relação dialógica entre Administração e administrado depende de uma forte relação de confiança entre os envolvidos, conduzindo o particular à convicção de que não será prejudicado em função de invalidações de atos ou contratos para os quais não contribuiu.

A Lei 14.133/21, assim como a LINDB, se propõe a desmontar antigas premissas referentes às nulidades no direito administrativo. O mundo caminha para frente. A sociedade evolui e é necessário que a legislação ampare o administrador. A transformação no cenário das nulidades é benéfica e necessária, com potencial para fortalecer o papel do gestor público, que não pode se apequenar ou amedrontar diante das fiscalizações dos órgãos de controle. O legislador ofereceu o amparo jurídico. Resta, agora, usar com sabedoria a liberdade conferida pela lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-lei 4657*, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 05 de agosto de 2021.

BRASIL. *Decreto 9830*, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em 13 de agosto de 2021.

BRASIL. *Lei 8666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 13 de agosto de 2021.

BRASIL. *Lei 14.133*, de 01 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 10 de agosto de 2021.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da Administração Pública. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 17, n.2, jul-dez., 2019. Disponível em:

file:///C:/Users/flama/Downloads/529-Texto%20do%20artigo-1943-1-10-20191126.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26 ed., São Paulo:Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 34 ed., São Paulo:Atlas, 2019, ebook.

DUGUIT, L. *Fundamentos do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Rio de Janeiro:Forense, 1979.

FEITOSA, R A.B. O problema das nulidades nos contratos administrativos e a nova lei de licitações, *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56211/o-problema-das-nulidades-nos-contratos-administrativos-e-a-nova-lei-de-licitaes>. Acesso em: 11 de agosto de 2021.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*, 2ed., Belo Horizonte:Editora Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, M.S.DE. Fundamentos para uma Administração Pública Dialógica. *Perspectiva*, v. 34, n.126, junho, 2010. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf . Acesso em 05 de agosto de 2021.

MAFFINI, R. Modulação temporal in futurum dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, ano 1, n. 9, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5315_5341.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2021.

MAFFINI, R.;HEINEN, J. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.277, n.3, set-dez., 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77683/74646>. Acesso em 09 de agosto de 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 42 ed., São Paulo:Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Revogação e anulação de ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.75, 1964. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25736> .Acesso em 05 de agosto de 2021

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 34 ed., São Paulo:Malheiros, 2019.

MONCADA, Luiz Cabral de. A nulidade do acto administrativo. *Jurismat*, Portimão, n.2, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula 473: é hora de dizer adeus. *Jota Info*, 2019. Disponível em:
https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/S%C3%BAmula-473_-%C3%A9-hora-de-dizer-adeus-JOTA-Info.pdf . Acesso em 09 de agosto de 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

OLIVEIRA, R.C.R. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.256, jan.-abr., 2011. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

PIETRO, M.S.Z., *Direito Administrativo*, 34 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2021.

SUNDFELD, C.A. *Direito administrativo para céticos*. 2 ed., São Paulo:Malheiros, 2014.

TEIXEIRA JÚNIOR, F. G. S., NÓBREGA, M. *A teoria das invalidades na nova lei das contratações públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos*, 2021. Disponível em: A Teoria das Invalidades na Nova Lei de Contratações Públicas e o Equilíbrio dos Interesses Envolvidos - Ronny Charles . Acesso em 04 de agosto de 2021.

TEIXEIRA JÚNIOR, F. G. S., SOUZA, P. A. *A teoria das nulidades na nova lei de licitações:um anteparo contra as paralisações de obras públicas?*, 2021. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/343140/a-teoria-das-nulidades-na-nova-lei-de-licitacoes> . Acesso em 06 de agosto de 2021.

VALIATI, T. P. *O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo*, 2018. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em 10 de agosto de 2021.