



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A NOVA TEORIA DAS NULIDADES ADOTADA NA LEI Nº 14.133/21 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS) E OS EFEITOS JURÍDICOS NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE SUA REGÊNCIA

Alessandra da Silva Ribeiro

Rio de Janeiro
2023

ALESSANDRA DA SILVA RIBEIRO

A NOVA TEORIA DAS NULIDADES ADOTADA NA LEI Nº 14.133/21 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS) E OS EFEITOS JURÍDICOS NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE SUA REGÊNCIA

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo

Coorientadora:

Profª Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro
2023

ALESSANDRA DA SILVA RIBEIRO

A NOVA TEORIA DAS NULIDADES ADOTADA NA LEI Nº 14.133/21 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS) E OS EFEITOS JURÍDICOS NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE SUA REGÊNCIA

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2023. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Valter Shuenquener de Araújo - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A)

A Jesus, pela vida.
Aos meus pais, meu irmão e minha irmã pelo amor e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela provisão.

Aos meus pais, eternos tesouros, fonte inesgotável de apoio, compreensão e sólida referência de amor e virtude na minha vida.

Ao meu irmão e minha irmã pelos conselhos, incentivo, colaboração e companheirismo.

À minha tia Eterna, pelo convívio cotidiano e pela incansável torcida.

Às minhas sobrinhas por me desejarem os melhores sentimentos nesta etapa.

Ao meu padrinho Milton Carlos e toda minha família pela alegria e encorajamento.

Ao amigo e eterno magistrado, Dr. Jander, por ter identificado em mim vocação para magistratura.

Às amigas Rosângela, Lúcia, Celeste, Adriana, Cristina, Renilda e ao casal de amigos, Sueli e Clóvis pelas orações constantes e edificantes.

Ao professor e orientador Valter Shuenquener de Araújo, pelo acolhimento, pela imprescindível orientação, generosidade e admirável sabedoria.

À coorientadora, Mônica Cavalieri Fetzner Areal, por toda a paciência e dedicação, pelas incansáveis leituras e releituras, nas correções deste trabalho.

À EMERJ, em especial às equipes da BIBLIOTECA e do SEMON, sempre disponíveis e atenciosos.

Às todos que intercederam por mim e contribuíram de alguma forma para o meu êxito ao longo destes anos de estudo.

“Abram as portas da justiça para mim, pois quero entrar para dar graças ao Senhor. Esta é a porta do Senhor, pela qual entram os justos. Dou-te graças, porque me respondeste e foste a minha Salvação.”

Salmos 118 19:21

SÍNTESE

O presente trabalho analisa os diferentes tratamentos jurídicos que os atos ou contratos eivados de vícios receberam ao longo dos anos no Direito Administrativo brasileiro, especialmente pelas leis que regem as licitações e contratações públicas. Neste contexto, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) é um marco da renovação da teoria das nulidades, pois apesar de manter a concepção clássica como regra geral, positivou outras possibilidades de se tratar as invalidades e recompor o ordenamento jurídico violado, potencializando uma atuação estatal mais responsável e capaz de realizar entregas mais úteis a sociedade por meio de decisões que sejam capazes de promover os valores e princípios constitucionais, sendo esse o objeto de estudo. A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e histórico. Pelo primeiro, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las, adotando-se o critério argumentativo. Pelo segundo, porque o pesquisador objetiva realizar uma breve análise histórica da evolução e aplicação da teoria das nulidades no direito administrativo brasileiro

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das nulidades; Atos inválidos; Nova Lei de Licitações e Contratos; Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. ATUAÇÃO ESTATAL E O ATO ADMINISTRATIVO.....	12
1.1. Construção da teoria da nulidade e sua evolução.....	14
1.2. Teoria do ato administrativo e a teoria das nulidades	16
1.3. Invalidação do ato ou contrato administrativo.....	18
1.4 A validade de atos administrativos. Efeitos retroativos da invalidação	24
2. GESTÃO PÚBLICA E A QUESTÃO DAS NULIDADES	26
2.1. Novas práticas para a gestão pública e segurança jurídica	26
2.2. Nulidades na Lei nº 8.666/93.....	33
2.3. As alterações na LINDB e o impacto no modelo de invalidades na nova lei de licitações	36
2.4. Parâmetros para decidir sobre nulidades	44
3. AS NULIDADES NA LEI Nº 14.133/2021	48
3.1. Possibilidade de saneamento de irregularidades antes de se declarar a nulidade ...	49
3.2 Hipóteses de nulidade e admissão de saneamento do defeito	55
3.3. Parâmetros para a aferição da nulidade no caso concreto	59
3.4. O reflexo do consequencialismo no regime de nulidades no Direito Público.....	62
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva investigar se houve uma renovação da teoria das nulidades no Direito Administrativo à luz da Lei nº 14.133/21.

Esta pesquisa é relevante, pois visa a identificar se os dispositivos que tratam do instituto das nulidades da referida lei, contribuíram para evolução dessa disciplina no Direito Administrativo, pois no Brasil, prevaleceu, por muitos anos a concepção teórica clássica mecanicista de que o ato nulo não produz efeitos.

Esse pensamento está positivado, por exemplo, no art. 59, da Lei nº 8.666/93 que prevê que a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

A influência desse pensamento também é encontrada na primeira parte da Súmula 473 do STF que dispõe que a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

Ocorre que tal entendimento, foi capaz de engessar gestores que se viam obrigados a nortear suas decisões, consoante o disposto no referido art. 59, ainda que as consequências práticas da decretação da invalidação do ato ou contrato se mostrassem mais gravosas à coletividade e conseqüentemente ao interesse público.

Em suma, na realidade, o tratamento conferido às nulidades a partir da orientação clássica não se mostrava suficiente para oferecer soluções para as demandas contemporâneas da sociedade, rogando assim por uma releitura.

Muitas vezes, o vício contido no ato ou no contrato administrativo só é identificado na fase de produção de seus efeitos e, por vezes, em estágio avançado, não sendo possível, na prática, a desconstituição dos efeitos do ato inválido, sem que haja prejuízo para os envolvidos.

A promulgação da Constituição de 1988 (CRFB/88) permitiu a releitura da disciplina das nulidades em matéria administrativa, embora essa evolução tenha sido lenta, ela se faz notar na Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB) e na nova Lei de Licitações.

A ideia da existência de um princípio superior aos demais princípios constitucionais já não se mostra compatível com os valores da República, devendo os mesmos coexistirem de forma sistemática e harmônica. Nesse cenário, a melhor decisão é a que confere efetividade ao maior número de princípios envolvidos, às normas constitucionais e aos valores republicanos.

Portanto, a ideia da supremacia do interesse público que tem como base a prevalência do princípio da legalidade sobre os demais princípios constitucionais começa a ser confrontada pelos novos valores constitucionais e as novas demandas do mundo contemporâneo que nela não encontram solução satisfatória.

Assim, busca-se refletir se a teoria clássica das nulidades contemplada na Lei nº 8.666/93 subsiste ou se houve superação da mesma com a promulgação da Lei nº 14.133/21.

Mesmo após a promulgação da CRFB/88 e da LINDB, os gestores temiam inovar em matéria de nulidades com receio de serem penalizados pelos órgãos controladores. Por isso, reproduziam, de forma mecânica, a regra prevista no art. 59, da Lei nº 8.666/93, sem considerar as consequências práticas da decisão e, muitas vezes, entregavam uma decisão inútil para a sociedade. Como um exemplo de obra pública paralisada e não concluída, em virtude da decretação de nulidade de seu contrato, mencione-se a do metrô da Gávea no Rio de Janeiro.

Com o advento da LINDB e da Lei nº 14.133/21, esse cenário começa a mudar. Ao mesmo tempo em que o gestor é obrigado a analisar e indicar as possíveis consequências práticas da decisão de invalidação de ato ou contrato administrativo, a nova lei de licitações contempla critérios objetivos para o auxiliar nesta decisão. Aliás, o gestor, pode, inclusive, se for o caso, tolerar o ato inválido e, até mesmo, modular os efeitos dessa declaração.

A partir de uma moderna concepção do Direito Administrativo, que aponta para a necessidade de o Estado e a realidade caminharem juntos, busca-se uma reflexão sobre a possibilidade de não se anular o ato inválido, quando os efeitos dessa anulação forem mais gravosos ao interesse público envolvido e a tutela do cidadão.

Tal reflexão justifica-se, posto que, em regra, o efeito da decretação de nulidade de ato, contrato, ajuste, norma ou processo administrativo é o imediato desfazimento do mesmo, tornando inválidos seus efeitos, retroagindo até a data do ato praticado e atingindo todos os atos subsequentes.

Por isso, questiona-se a respeito da possibilidade de manutenção dos efeitos do ato ou contrato administrativo inválido não passível de convalidação, com a finalidade de realizar os objetivos e valores constitucionais da República, previstos no art. 3º, da CRFB/88, a exemplo de construir uma sociedade justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional, proporcionando segurança jurídica e garantindo direitos fundamentais e preservando o interesse público.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo com a abordagem de aspectos relevantes sobre a atuação estatal e o ato administrativo sob a ótica constitucional.

Segue-se o segundo capítulo que busca refletir sobre a finalidade da gestão pública e os valores democráticos, bem como se faz uma abordagem dos princípios que orientam a Licitação, conforme esculpido na Lei nº 14.133/21, em especial o da eficiência.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta, de forma específica, as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21. Elas, apontam para uma evolução no sistema das nulidades adotado pela nova Lei de licitações e contratos administrativos, que parecem verticalizar o princípio da proporcionalidade contido na Constituição Federal e na LINDB ao impor uma análise concreta dos efeitos de sua declaração.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e histórico. Pelo primeiro, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las, adotando-se o critério argumentativo. Pelo segundo, porque o pesquisador objetiva realizar uma breve análise histórica da evolução e aplicação da teoria das nulidades no Direito Administrativo brasileiro.

Nesse sentido, abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua argumentação.

1. ATUAÇÃO ESTATAL E O ATO ADMINISTRATIVO

Nos termos da Constituição Federal (CRFB/88), o poder do Estado é uno, indivisível e indelegável. Contudo, ele se desdobra em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

É possível compreender a função legislativa como aquela que estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; a executiva e a jurisdicional como aquelas que aplicam a lei ao caso concreto, sendo que na jurisdicional a lei é aplicada de forma coativa na solução de conflitos de interesse quando as partes espontaneamente não a cumprem e a executiva se externaliza por meio de atos concretos direcionados para a realização dos fins do próprio Estado, de satisfação dos interesses coletivos.

Por isso, o estudo do ato administrativo e dos seus efeitos é de grande relevância no Estado de Direito, pois ele constitui, um dos principais meios pelos quais as autoridades e órgãos administrativos atuam e manifestam suas decisões ao exercerem sua função constitucional dentro da ideia de gestão ou direção.

O ato administrativo decorre da função estatal. A Administração Pública no exercício de sua função estatal de administrar deve ter como objetivo oferecer aos administrados um resultado útil, pois tem como principal pilar realizar o interesse público. Por isso, está inserida em um regime jurídico próprio para viabilizar o exercício de suas prerrogativas e sujeições aos princípios republicanos e democráticos esculpido na Constituição.

Para desempenhar sua função estatal constitucional, a Administração Pública se utiliza de atos administrativos para alcançar os resultados por ela pretendidos, sendo necessário o estudo do ato administrativo para compreensão da declaração do Estado ou quem lhe faça as vezes e da organização social onde está inserido.

Muitas decisões administrativas interferem na esfera da autonomia da vontade do indivíduo, criando ou modificando os seus direitos.

O ato administrativo delimita o agir dos administradores. Estabelece o marco inicial e final do exercício do Poder Público constituído com a finalidade de promover o desenvolvimento das relações intersubjetivas no Estado de Direito.

Na esfera jurídica, o ato administrativo não se caracteriza somente como instrumento formador da vontade da Administração, mas também disciplina os interesses dos cidadãos e em razão dessa peculiaridade é mister que respeite o princípio da proteção da confiança¹.

¹ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p.167.

No dizer de Valter Shuenquener de Araújo²:

Um ato administrativo é um manifesto exemplo do exercício da autoridade estatal. Através dele, o Estado exterioriza a sua vontade e projeta suas intenções. Por serem dotados de uma presunção de legitimidade, são capazes de gerar confiança de seus destinatários. Por isso, aquele que crê na validade de um ato administrativo deve receber uma adequada proteção do ordenamento.

O ato administrativo torna a atuação estatal visível, sendo o mesmo dotado de presunção de legitimidade gera confiança por parte de seus destinatários. Por essa razão, o ato administrativo de conteúdo decisório precisa não só observar a legalidade estrita, mas toda a juridicidade constitucional do ordenamento jurídico.

No Direito Administrativo contemporâneo, não basta que o gestor observe só o princípio da legalidade estrita que é o seu norte por excelência, mas toda a constitucionalidade do sistema jurídico.

Não se pode olvidar que o gestor público por ser humano, também está sujeito a erro em suas decisões administrativas. Por isso existem os mecanismos de controle do ato administrativo.

O controle do ato administrativo pode ser feito pela própria Administração Pública ao aplicar o princípio da autotutela, pelos Tribunais de Contas ou ainda, pela via judicial para que se verifique a legalidade do mesmo.

Quando a lei prevê outras possibilidades de recomposição do ordenamento jurídico violado que não seja apenas a nulificação do ato viciado com a retroatividade de seus efeitos *ex-tunc*, o gestor ganha autonomia para ponderar os valores constitucionais envolvidos e tem parâmetros objetivos para tomar uma decisão diferente da nulificação se esta for mais gravosa ao interesse público.

Quando a lei confere ao gestor a possibilidade de convalidar o ato anulável ou, nos casos em que não seja possível a convalidação, dê ao gestor a possibilidade de decidir pela modelação dos efeitos da declaração da nulidade, quando esta for a decisão que melhor atenda ao interesse público e mantenha a isonomia da concorrência sem afetar direitos de terceiros, possibilita-se que princípios constitucionais sejam implementados, como é o caso do princípio da confiança.

A Lei nº 14.133/21 é um exemplo de legislação que confere tal possibilidade ao gestor. O novo marco legal de licitações desenvolveu um sistema de nulidades que possibilita ao

²MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 473.

administrador público, a partir da análise das consequências jurídicas da desconstituição da atuação estatal, ponderar os interesses envolvidos e tomar a decisão que melhor realize os valores constitucionais substantivos.

Assim, nota-se que a nova lei de licitações expande as possibilidades de tomada de decisão por parte do gestor, mas ao mesmo tempo, exige que este demonstre a necessidade e adequação da medida imposta.

O sistema de nulidades encontrado na Lei nº 14.133/21 fortalece a observância dos princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da proteção da confiança, ora em comento, visto que criou critérios objetivos para servir de parâmetro para o gestor analisar quais serão as consequências jurídicas da desconstituição do ato e se tal desconstituição é mesmo a única possibilidade de reintegração da violação sofrida pelo ordenamento jurídico, considerando que o ato administrativo também disciplina os interesses dos cidadãos.

1.1. Construção da teoria da nulidade e sua evolução

As nulidades no ato jurídico tem sido objeto de estudo da Ciência do Direito há muito tempo e, usualmente sua natureza jurídica vem sendo considerada como espécie típica de sanção originária da violação de normas jurídicas pelos sujeitos que a elas estão vinculados³.

Pode-se dizer que quando é verificada alguma inconformidade na observância das normas jurídicas entre os atos oriundo de diferentes níveis hierárquicos, conforme o grau de imperfeição, as consequências jurídicas em relação aos efeitos dessa inconformidade não ganharam ao longo dos anos um tratamento uniforme⁴.

Nesse sentido, foram suscitados debates nos mais diversos ramos do Direito, tendo a origem e desenvolvimento dessa reflexão se dado no campo do Direito Privado, o que se convencionou chamar de Teoria das Nulidades.

Como resultado desses debates, sob o prisma de uma análise sistêmica, desde o desenvolvimento das teorias positivistas do século XIX, a premissa de que a legitimidade dos atos jurídicos inferiores de um ordenamento jurídico depende de sua perfeita conformidade aos atos considerados superiores é aceita⁵.

³Ibid.

⁴PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 392.

⁵FEITOSA, Rogério Augusto Borger. *O problema das nulidades nos contratos administrativos e a nova lei de licitações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56211/o-problema-das-nulidades-nos-contratos-administrativos-e-a-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 26 set. 2021.

A Teoria das Nulidades ainda nos dias atuais ao ser transportada do Direito Privado para o Direito Administrativo como reflexão, apresenta dificuldade de adequação às especificidades desse último e, ainda é objeto de maiores discussões, em especial, no que concerne à eficácia dos atos jurídicos contrários à ordem normativa em vigor⁶, pois ainda está em construção.

A divergência doutrinária a respeito do ajustamento da Teoria das Nulidades ao Direito Administrativo e, em especial, aos contratos administrativos é de longa data. Os conceitos de perfeição, vigência e eficácia dos atos administrativos ensejam algumas controvérsias doutrinárias.

Não obstante a isso, o mais antigo desafio que se enfrenta em relação à existência de vícios no ato jurídico originário da conduta da Administração Pública é definir a sua validade, ou não.

Ao enfrentar o debate no que diz respeito à eficácia dos atos jurídicos em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente, se faz necessário, primeiro, examinar os planos da existência (ou da perfeição), da validade e da eficácia do fenômeno jurídico, com vistas a tornar possível uma adequada compreensão do tema.

Em rigor, pode-se afirmar que o plano da existência (ou da perfeição) diz respeito ao campo em que se situam aqueles fatos considerados jurídicos. Ou seja, na linha do que expõe Caio Mário, a partir da concepção de Savigny, aqueles acontecimentos que são relevantes e, portanto, existem para o Direito, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas⁷.

No Direito Público no tempo em que o Estado administrava praticamente por meio de atos unilaterais, dominava o pensamento defendido pela teoria monista.

Segundo a ótica monista, a existência de vícios nos elementos e pressupostos do ato administrativo tinha como única consequência possível a sua invalidação e, ao contrário, se o ato fosse regular, o mesmo seria válido diante do sistema.

Dentro dessa visão não cabe sequer falar em anulabilidade, sendo para esse pensamento inaplicável ao Direito Administrativo a dicotomia enunciada na Teoria das Nulidades, sob o argumento de que, nessa seara, as normas eventualmente violadas seriam sempre de ordem pública e os interesses envolvidos seriam, igualmente públicos.

Nesse sentido, só era considerado válido o ato sem vícios e, qualquer inconformidade, implicaria a sua extinção, mediante a declaração de nulidade. Importantes autores, como Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini compartilhavam dessa orientação.

⁶PEREIRA, op. cit., p.392.

⁷Ibid.

A outra corrente de pensamento que não compartilhava dessa orientação, defendida por autores igualmente importantes, como Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, diferente da teoria monista, reconhecia graduações quanto à repulsa jurídica da desconformidade à lei sob a perspectiva da existência de atos nulos e anuláveis, embora em sentido diferente do defendido no Direito Privado, tendo em vista a impossibilidade de se conferir natureza privada aos interesses geridos pela Administração.

Segundo essa orientação, os atos administrativos nulos corresponderiam àqueles impassíveis de convalidação, haja vista a gravidade do defeito subjacente, enquanto os atos considerados anuláveis, marcados por ilegalidades menos relevantes, poderiam ser aproveitados mediante a superação do vício jurídico⁸.

1.2. Teoria do ato administrativo e a teoria das nulidades

Diante da inexistência de um conceito jurídico-positivo no Direito Pátrio, inúmeros conceitos foram formulados pelos doutrinadores numa tentativa de construir uma teoria do ato administrativo.

Ainda que não tenha encontrado um consenso e uma unificação de pensamento é evidente que toda a reflexão doutrinária e a orientação jurisprudencial vem contribuindo para uma construção da teoria das nulidades no Direito Administrativo consentâneo as novas demandas, considerando a função social do direito que é prática e deve considerar a realidade.

Ressalte-se, entretanto, a lição de Weida Zancaner⁹ de que esse tipo de conceito tem caráter metodológico, pois não podem ser analisados sob os ângulos de validade ou falsidade, só sob o aspecto de utilidade em razão da realidade que visam operacionalizar.

Importa compreender como foi estruturada a definição do ato administrativo que vem sendo utilizada, sendo que muitos doutrinadores no direito brasileiro, a exemplo de Maria Silva Zanella Di Pietro¹⁰, foram buscar, historicamente, sua construção, a partir do conceito de ato jurídico, pois consideram que este é gênero e aquele uma de suas espécies.

Explica Di Pietro¹¹ que o art. 81 do Código Civil de 1916 definia o ato jurídico como sendo todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou

⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 163-165.

⁹ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 28-29.

¹⁰DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 208.

¹¹Ibid.

extinguir direitos. Na visão da doutrinadora, os mesmos elementos caracterizadores do ato jurídico estão presentes no ato administrativo: “manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos imediatos.

Esse conceito não foi mantido pelo Código Civil de 2002, ficou como registro histórico, visto que muitos doutrinadores desenvolveram a noção de ato administrativo a partir dele, fazendo apenas algumas adequações¹².

A essa noção doutrinária de ato jurídico, caracterizada pelos elementos: manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos imediatos, José Cretella Júnior¹³ acrescentou o agente (que é sempre o poder público ou a pessoa que o represente) e a matéria administrativa.

Não se pode deixar de notar que essa construção teórica clássica sobredita foi pensada a partir de um modelo de Administração agressiva, dentro de um contexto do Estado liberal.

Tal estrutura carrega reflexos da natureza autoritária própria do Estado liberal que já não existe mais e não consegue explicar a integralidade dos vínculos jurídicos que atualmente se estabelecem entre os indivíduos e as autoridades administrativas, sendo necessário sua releitura, como explica Phillip Gil França¹⁴

Nota-se que a resposta da ciência jurídica varia conforme o tempo e as normas do ordenamento, sendo certo que a teoria da nulidade ao longo dos anos vem sofrendo uma paulatina transformação e sua aplicação no Direito Administrativo vêm sendo construída com a evolução das figuras jurídicas e o surgimento de novas teorias e superveniência diplomas legais, como a Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (LINDB)¹⁵ e a nova Lei de Licitações¹⁶.

Diante das novas demandas surgidas no Estado Pós-Social e percepção da necessidade de readequação das ordens jurídicas, a legalidade precisa ser entendida como uma norma de estatura jurídica superior que convive harmonicamente com outros interesses constitucionais, mas que, por vezes, poderá se envolver em conflitos pontuais que tenha, eventualmente, de ceder espaço a outros valores relevantes na situação concreta, conforme nos ensina Gustavo Binenbojm¹⁷.

¹²Ibid., p. 209.

¹³CRETELLA JÚNIOR apud ibid.

¹⁴FRANÇA, Phillip Gil França. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance: Gestão de Riscos, Proteção de Dados e Soluções para o Controle Judicial na Era da IA*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 45-46.

¹⁵BRASIL. *Lei nº 4.657/42*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2021.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 14.133/21*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil/03/_Ato2019-2022/Lei/L14133.htm. Acesso em: 31 jul. 2022.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.25.

Nos tempos em que imperava o positivismo jurídico, o eixo vetor para assegurar a segurança jurídica era a análise da legalidade estrita. Hoje, este eixo se deslocou para a constitucionalidade do sistema jurídico, ampliando essa análise¹⁸.

Nessa linha de pensamento, pode-se dizer que os efeitos dos atos jurídicos como consequência da aplicação do Direito no mundo real, precisa manter a constitucionalidade do sistema.

Tal qual apresentado, a atualização da LINDB positiva uma nova lógica de interpretação do direito público, o consequencialismo jurídico.

Ensina Phillip Gil França¹⁹ ao tratar da atualização da LINDB e das inovações introduzidas pelos art. 20²⁰ e 21 desse diploma legal:

[...] assim determinado, é de se qualificar o consequencialismo jurídico no mundo real como a consideração dos efeitos da decisão estatal no *tempo*, no *espaço* e no *impacto direto e indireto que causará nas pessoas*, conectado com a proporcionalidade, a partir de uma robusta motivação que demonstrará a adequação e a necessidade da medida, conforme o razoável (responsável e responsabilizável) manejo da coisa pública (consequências no mundo real).

Significa dizer que, pela atualização da LINDB a preocupação atual do legislador não é voltada apenas à aplicação da Lei no tempo e no espaço para definir o que se encaixa ou não nos limites do texto legal que via de regra traça os limites da legalidade, sendo fundamental analisar os efeitos e as consequências reais.

Por ser um mecanismo hermenêutico, as decisões e invalidações proferidas pelos agentes estatais não podem se fundamentar unicamente em princípios e valores de dimensão abstratas, devem considerar os efeitos concretos que tendem a produzir.

1.3. Invalidação do ato ou contrato administrativo

A legalidade como norte principal do Direito Administrativo favoreceu o acolhimento da ideia de que o ato nulo não produz efeitos. Porém, na prática, não raro, esse entendimento conduz a uma interpretação excessivamente formalista e em certos casos, tal dogma acaba impedindo que a Administração Pública cumpra sua função estatal e, que o Estado concretize seus fins.

¹⁸FRANÇA, op. cit., p. 136.

¹⁹Ibid., p. 137.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 8.

Devido a obrigatoriedade de o Administrador observar o princípio da legalidade, é necessário que todo ato administrativo emanado conviva harmonicamente com o ordenamento jurídico vigente para produzir os efeitos desejados.

A legalidade do ato administrativo está ligada à ideia de sua conformidade ao ordenamento jurídico. Quando existe alguma não conformidade do ato com o ordenamento, costuma-se dizer que existe um defeito.

A depender do defeito, se não for passível de convalidação (refazimento / conserto) pela própria Administração, o ato desconforme pode ser retirado do mundo jurídico.

Existem ainda, outras possibilidades de o ato ser desfeito por outras razões, como por conveniência e discricionariedade. Porém, o entendimento da doutrina atual especializada é no sentido de que o ato deve ser motivado, pois discricionariedade não significa arbitrariedade.

Em regra, o ato administrativo que contenha alguma ilegalidade implica no não reconhecimento de efeitos que tenha produzido.

Conforme ensina Odete Medauar²¹:

[...] se o ato administrativo deve ingressar no mundo jurídico sob o impulso da lei para produzir efeitos válidos, que vão repercutir sobre os administrados e sobre a própria Administração, é evidente que também sob a égide da lei e de outros preceitos, mesmo não escritos, tal ato possa ser desfeito. Esse desfazimento igualmente afeta administrados e Administração.

Importante lembrar que o ato administrativo quanto aos seus efeitos, em regra, pode ser revisto por outros atos administrativos ou por atos jurisdicionais, visto que o ato administrativo decorrente da função administrativa, portanto, ausente a qualidade da imutabilidade da coisa julgada, típica da função jurisdicional.²²

No Direito Administrativo, a expressão anulação é empregada no sentido de invalidação. Ou seja, é o desfazimento do ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, ou de ambos, por terem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

Como já mencionado, um dos temas mais debatidos na doutrina diz respeito à classificação dos atos inválidos, tendo por muitos anos sido aplicada a teoria clássica dicotômica.

A ausência de codificação do Direito Administrativo brasileiro e a autonomia política conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) a cada entidade

²¹MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

²²Ibid., p. 60.

federativo contribuíram para que nunca existisse no Brasil uma unificação legislativa no que tange ao regime jurídico dos atos inválidos²³.

É o princípio federativo que fundamenta a inexistência de uma legislação comum. Isso sempre dificultou a sistematização dessa matéria. Durante muito tempo, não se encontrava qualquer legislação que pudesse ser um parâmetro normativo seguro para a construção de uma teoria das invalidades dos atos administrativos.

Não é por acaso que alguns juristas como, por exemplo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, utilizaram como parâmetro a estrutura da teoria das invalidades dos atos de Direito Privado, adaptando-a ao Direito Administrativo, sob o argumento de que se tratava de teoria geral do Direito.²⁴

Já outros juristas, como Seabra Fagundes, não via viabilidade de aplicação integral da teoria das invalidades do Direito Privado aos atos administrativos, sob o argumento de que a classificação do direito privado em atos nulos e anuláveis, constante no Código Civil de 1916, não se ajusta ao Direito Administrativo, tendo em vista o princípio do interesse público. Com base nesses pressupostos, ele classifica os atos inválidos em absolutamente insanáveis (nulos), relativamente inválidos (anuláveis) e atos irregulares.²⁵

A distinção entre eles se funda na maior ou menor ofensa ao interesse público (gravidade do vício).

Hely Lopes Meirelles também afasta a aplicação da classificação dos atos em nulos e anuláveis no âmbito do Direito Administrativo. Na lição do jurista, nulidade e anulabilidade se fundam, respectivamente, no interesse público e no interesse privado na manutenção ou eliminação do ato inválido. Como para ele não há, no Direito Público, ato editado no interesse privado, não existe a categoria dos atos administrativos anuláveis.²⁶

Na lição de Hely Lopes Meirelles²⁷ os atos administrativos inválidos serão sempre nulos para ele, impondo-se duas observações: a primeira, é a de que os efeitos do anulamento são idênticos para os atos nulos como para os chamados atos inexistentes; a segunda, é a de que, em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis. Isto porque a nulidade (absoluta)

²³TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; SOUZA, Pablo Ademir de. *A teoria das nulidades na nova lei de licitações: um anteparo contra as paralisações de obras públicas?* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343240/a-teoria-das-nulidades-na-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 12 dez.2021.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.

²⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Revogação e anulação de ato administrativo*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.ojs/index.php/rda/article/view/25736>> Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁷Ibid.

e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse privado e do interesse público na manutenção ou eliminação do ato irregular.

Ainda sobre o tema, ensina que, quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares, 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 na visão de Meirelles, todos os atos administrativos o são, a sua legalidade se impõe como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública.

Nessa linha de pensamento, o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; 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.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸ sistematiza, conforme o regime jurídico aplicável, os atos inválidos em inexistentes, nulos e anuláveis. Os atos inexistentes seriam os que se encontram no campo do impossível jurídico, ou seja, aqueles cujo comportamento consiste na prática de crimes que ofendam os direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade.

A diferença entre os atos nulos e anuláveis, segundo Bandeira de Mello, reside basicamente na possibilidade de convalidação, a qual só existe em relação aos atos anuláveis. Ademais, no curso de uma lide, a arguição do vício dos atos nulos pode ser feita pelo Ministério Público ou, de ofício, pelo juiz; nos atos anuláveis, tal arguição somente pode ser feita pelo interessado.

Importa esclarecer que o previsto nos dispositivos da LINDB e no Novo Marco Legal de Contratações Públicas, em matéria de invalidade de ato ou contrato administrativo, não se confunde com o instituto da convalidação, já consagrado há tempos no Direito Administrativo brasileiro, inclusive na doutrina clássica.

Convalidação é um instituto que, apenas, é aceito no Direito Administrativo por autores que acreditam na possibilidade de gradação do vício dos atos administrativos. Quem enxerga na ilegalidade uma única saída, qual seja, a da anulação com efeitos *ex tunc*, não permitirá a adoção de qualquer medida para que o vício seja expurgado²⁹.

²⁸MELLO, op. cit., p. 467.

²⁹Ibid.

No magistério de Odete Medauar³⁰, algumas figuras jurídicas expressam a manutenção do ato administrativo, embora dotado de ilegalidade. Afirma a autora que a convalidação, a ratificação e a conversão aparecem na rubrica instituto da sanatória.

Na visão da autora, convalidação “é o ato administrativo que efetua a supressão de defeito de ato anteriormente editado, para mantê-lo no mundo jurídico, retroagindo seus efeitos a partir da edição do primeiro.”

A ratificação para ela é o ato que expurga ou corrige um defeito relativo à competência, declarando sua validade desde o momento em que foi editado. E a conversão na visão da autora é o ato editado com aproveitamento de elementos válidos de um primitivo ato ilegal, para mesma finalidade deste, com retroação dos seus efeitos ao momento do ato original.

Na visão de Di Pietro, a convalidação ou saneamento é “o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”.³¹

Noutro giro, Weida Zancaner³² entende que a convalidação “é um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato de convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos”.

Antônio Carlos Cintra do Amaral³³ leciona que a convalidação ainda depende da possibilidade de retroação dos efeitos do ato convalidador ao momento de nascimento do ato a convalidar, salvo quando decorre exclusivamente de ato do particular. Nesta última hipótese, nenhum ato é praticado pela Administração, como ocorre, por exemplo, com alguém que foi destinatário de uma exoneração a pedido, sem que houvesse requerido. Se fizer o pedido depois, com expressa intenção legitimadora do ato exonerante, tê-lo-á convalidado.

Dentro desse contexto, emerge uma dificuldade a superar, se se põe como regra a irretroatividade do ato administrativo, como saber em que hipóteses, excepcionalmente, produzirá efeitos retroativos? Concebendo a irretroatividade como defluência dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, possível compreender-se que cederá ante a retroação, quando esta for justamente necessária para concretização daqueles princípios em dada situação concreta.

³⁰MEDAUAR, op. cit., p. 182.

³¹DI PIETRO, op. cit., p. 252.

³²ZANCANER, op. cit., p. 55.

³³AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62.

Com a finalidade de diagnosticar a retroatividade ou não de um ato administrativo em um dado caso concreto, Carlos Ari Sundfeld³⁴ aponta ser necessário verificar se a retro eficácia realiza os valores da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. Se o fizer, a retroação é admissível; se negar tais valores, deve-se proscrevê-la. Em se tratando de convalidação ou convalidação, portanto, a regra é a retroação. Todavia, não se poderá admiti-la quando resultar prejudicial ou danosa aos administrados. É o segundo critério aferidor da retroação

No entender de Flávio Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega³⁵, a eficácia *ex tunc* para prejudicar frustra a sua base principiológica e axiológica: a segurança jurídica e a proteção à confiança, que, atuam em favor da harmonia social, se preordenam à inalterabilidade de situações positivas fruídas pelos administrados. Por conseguinte, para que aconteça a convalidação, além da possibilidade de o ato ser praticado novamente sem vício e da possibilidade de retroação, é imprescindível que o ato convalidador nenhum prejuízo acarrete aos interessados.

Ademais, no Direito Administrativo Clássico, a obrigação de convalidar surgia, em muitos casos, como o único caminho apto a realizar, in concreto, os cânones da segurança jurídica e da boa-fé, tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari³⁶, no entanto, que endossam a posição assumida por Weida Zancanner, tanto a anulação quanto a convalidação são atividades vinculadas.

É pensamento dos autores mencionados que a convalidação é emanção direta dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não remanescendo, destarte, margem de volição para o agente administrativo.

Não se pode negar que a questão não desfruta de uniformidade na doutrina. Edmir Netto de Araújo³⁷, divergindo dos juristas transcritos, é peremptório em assegurar que não há um dever de convalidar o ato anulável, mas o dever de recompor a legalidade ferida, o que se faz tanto fulminando o ato viciado quanto convalidando-o, e esta opção, como se viu, é discricionariamente voltada à melhor solução para o Direito, com vistas ao cumprimento do fim específico de interesse público do ato em revisão, pois o fim especial do novo ato é o resguardo da ordem jurídica.

³⁴FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Limites de invalidação ao ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 133-134.

³⁵TEIXEIRA JÚNIOR, op. cit.

³⁶FERRAZ, op. cit.

³⁷ARAÚJO NETO, Edmir. *Convalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: Ltr, 1999, p. 135.

Prega-se, portanto, a utilização da convalidação com fundamento não somente no princípio da segurança jurídica, mas também nos princípios da proporcionalidade e da boa-fé, uma vez que se pode entender que a atuação desproporcionada é atentatória ou contrária à boa-fé.

Consoante Clarissa Sampaio Silva³⁸, deve-se adotar a convalidação nas hipóteses em que atos vinculados criaram benefícios aos particulares, por constituir meio menos gravoso do que a invalidação e atingir idêntico fim, que é a recuperação da legalidade ferida. Não nos cabe aqui um estudo aprofundado acerca do instituto da convalidação.

A exposição acima foi feita apenas com o escopo de refletir que a convalidação pressupõe a supressão da ilegalidade, com efeitos, em regra, retroativos (*ex tunc*).

No caso da LINDB e do Novo Marco Legal de Contratações Públicas, como será demonstrado mais à frente, foi positivada a possibilidade de o gestor decidir por não invalidar um ato ou contrato, formalmente viciado, quando a declaração de invalidade, a partir de um juízo de ponderação dentro dos parâmetros legais, por óbvio, não atender ao equilíbrio de interesses envolvidos.

A legalidade, portanto, passa a ostentar um caráter notadamente funcional em que o interesse público e os direitos fundamentais tutelados no caso concreto complexo devem ser analisados em uma visão sistêmica para realizar a melhor entrega para a sociedade.

1.4 A validade de atos administrativos. Efeitos retroativos da invalidação

A decisão legislativa expressa por meios das normas não consegue solucionar a complexidade dos casos concretos, vez que a realidade é bem mais rica do que a prévia visão do legislador pode alcançar, surgindo questões na aplicação prática da lei que demandam algo mais do jurista do que simplesmente subsumir os comandos constantes nas normas às situações em concreto que devem ser decididas.

Exemplo de complexidade que não é passível de ser abarcada completamente pelas previsões normativas, a questão da validade ou invalidade de atos administrativos constitui fonte de perplexidade que tem atormentado os estudiosos do tema, às voltas com as diversas soluções que tem sido construídas ao longo do tempo.

A construção clássica romana no que diz respeito a validade dos atos jurídicos seguia um parâmetro dicotômico que admitia apenas duas alternativas: ou o ato era válido e produzia todos

³⁸SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites de invalidação a ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 133-134.

os efeitos, ou era inválido e deveria ser anulado desde o início, sendo inconcebível que produzisse qualquer efeito.

A referida solução clássica romana era simples, entretanto não atendia com respostas viáveis aos casos complexos.

O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, influenciado por tal visão, consagrou a solução preconizada pelo Direito Romano quanto às nulidades do ato administrativo, tendo editado a Súmula 473 que apresenta o entendimento de que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos [...].³⁹

Ocorre que, especialmente na área do Direito Público, que tem como um de seus primados a presunção de legitimidade e legalidade dos atos estatais, a visão clássica romana entra em rota de colisão com a realidade cotidiana, que testemunha a produção de efeitos jurídicos por atos eivados de nulidades, enquanto não sobreviesse decisão que os desconstituísse.

Tais efeitos, às vezes, eram produzidos durante longo lapso temporal e, ainda que fosse declarada a invalidade do ato, a modificação que ele havia produzido na realidade poderia ocasionar situações em que se questionava se realmente se atendia o interesse público no seu desfazimento. De igual forma, leis inconstitucionais até que fossem assim declaradas, produziam todos os efeitos na regulação das situações para as quais foram criadas.

Ou seja, quando se trata de Direito Público, atos eivados de vícios produzem sim efeitos que, não raro, perduram por grandes períodos de tempo. De igual modo, leis inconstitucionais, enquanto não sejam assim declaradas, tem o potencial de perdurar por muito tempo, às vezes décadas, criando expectativas, constituindo situações e, porque não admitir, gerando direitos adquiridos.

A partir de tal constatação, diversas teorias têm sido desenvolvidas para dirimir as situações reguladas tanto por leis quanto por atos administrativos maculados de vícios, dentre elas a técnica da ponderação, da qual, por sua vez, deriva o denominado consequencialismo, sob o viés de ferramenta de hermenêutica moderna.

³⁹Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sumula n° 473*. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 30 jan. 2023.

2. GESTÃO PÚBLICA E A QUESTÃO DAS NULIDADES

A modernidade tem exigido uma adaptação da gestão pública. Em razão disso, muitos comportamentos administrativos estão sendo revistos tanto por marcos regulatórios quanto por marcos principiológicos e no tratamento das nulidades não é diferente.

O desafio é grande, visto que a gestão pública vem evoluindo de um contexto histórico marcado por uma Administração Pública imperativa e auto executória para um contexto do Estado Pós-Social em que a atenção da gestão pública não pode ter sua entrega voltada apenas para o interesse social, mas também e, inclusive, para os direitos fundamentais.

A moderna noção de Administração Pública é aquela que busca, na maior medida possível, aproximar-se do cidadão, promovendo uma constante interlocução e diálogo com estes, aproveitando ao máximo essa proximidade como forma de ampliar a eficiência administrativa e, sobretudo, realizar os direitos e garantias individuais dos cidadãos, tendo a segurança jurídica como eixo norteador.

No atual estágio do Direito Administrativo, ao que parece, não há espaço para a defesa de uma supremacia do Estado, nem para a sujeição geral dos particulares, mas para um conjunto flexível de conformações possíveis entre direitos individuais e metas coletivas⁴⁰.

2.1. Novas práticas para a gestão pública e segurança jurídica

No que diz respeito à gestão pública, pode-se dizer que a nova lei de licitações e contratos administrativos fortalece a observância do princípio da segurança e transita entre as tentativas de implementação de novas práticas, dentre elas uma nova concepção teórica para a teoria das nulidades nos atos e contratos que envolvem o processo licitatório e, disposições maximalistas presentes em alguns comandos gerais.

A referida lei é composta por 194 artigos e por uma principiologia extensa o que pode levar a um subjetivismo na hora do gestor decidir e caso a decisão não seja devidamente motivada, isso gerar insegurança jurídica, visto que princípios são normas abstratas.

⁴⁰BINENBOJM, Gustavo. Crise, oportunismo e o retorno da supremacia do interesse público: o pêndulo que não voltou. *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE*, Rio de Janeiro, v. 3, nº 1, setembro 2020. Disponível em:< revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/126>. Acesso em: 03 ago. 2022.

Neste aspecto, Marçal Justen Filho⁴¹ faz críticas ao excesso de inserção de princípios, que sob a ótica de uma perspectiva realista é desnecessária.

A exemplo da inserção do princípio do interesse público⁴² na Lei nº 14.133,21, que ao longo do processo de evolução do conceito de Administração Pública, vem sendo adotado como a própria razão de ser da atuação do Estado:

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).

Isso quer dizer que a noção de interesse público em si, vem sendo ressignificada na proporção em que se conjuga fatores no âmbito da atividade estatal que pressupõem pluralidade de interesses, tensões e dicotomias no campo da gestão das necessidades coletivas⁴³.

Em razão disso, observa-se que não existe apenas uma dimensão linear e estável de interesse público, mas também, em uma visão contemporânea, uma dimensão dinâmica, não estática, visando realizar o bem comum de toda a coletividade alinhada a concretização de direitos humanos.

Os modelos políticos da antiguidade raramente abriam espaços para a liberdade individual das pessoas, segundo ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁴, esses modelos políticos “fundavam-se na concepção oposta, de que era necessária a existência de um polo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e segurar uma convergência fundada na coerção [...]”, ao afirmar que “[...] o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e garante, mais do que a de detentor do poder de império [...]”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁵ assinala ainda que, aos poucos, o conceito de Administração Pública vai perdendo suas características imperativas, expressivas de um poder

⁴¹JUSTEN FILHO, Marçal. *A nova Lei de Licitações e a ilusão do ‘governo dos seres humanos: se uma lei não funciona, o problema é a própria lei.* Disponível em :<<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/12/15.12.20-A-nova-Lei-de-Licitacoes-ea-ilusao-do-governo-dos-seres-humanos-JOTA.Info.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 14.

⁴³MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratos públicos e Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

⁴⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – legitimidade, finalidade, eficiência, resultados.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.88.

⁴⁵Ibid., p.134.

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 vem ganhando um ressignificado.

Nesse sentido, Valter Shuenquener de Araujo⁴⁶ ensina que:

[...] A ilegalidade é, de fato, algo indesejado em todo e qualquer Estado de Direito. Um Estado que prestigie o errado, que vulgarize o inválido e que tolere, exageradamente e sem qualquer parcimônia, aquilo que está em conflito com as regras e princípios do ordenamento não subsistirá enquanto Estado de Direito. Um Estado que renuncia completamente ao princípio da legalidade abandona a sua condição de Estado de Direito. Por outro lado, a Constituição da República não valoriza, apenas, a legalidade. O princípio da segurança jurídica, bem como o da proteção da confiança, enquanto sua dimensão subjetiva, também precisam ser reconhecidos e o caso concreto é o que melhor dirá qual solução deve ser adotada.

Surge para o administrador responsável pela invalidação o dever de ponderar valores constitucionais reconhecidos e estipular as consequências da decisão tomada.

Norberto Bobbio⁴⁷ busca refletir uma nova visão estatal, na qual o cidadão, individualmente considerado, passa a ter o papel de responsável pela busca do bem comum, atuando conjuntamente com a Administração Pública no desenvolvimento de políticas voltadas para o bem estar coletivo.

Nos primórdios do direito administrativo não era vista qualquer tipo de atividade ou decisão consensual tomada pela Administração Pública. Na verdade, o diálogo entre a Administração Pública e o Particular era rechaçada pelo gestor. A função administrativa era vista apenas como uma executora dos comandos legais, sem espaço para discussão e ponderação sobre a melhor forma de aplicação da letra fria da lei para os integrantes daquele Estado⁴⁸.

Ibid., p. 212.

A imperatividade⁴⁹, um dos conhecidos atributos do ato administrativo, integra o legítimo modo de agir do Estado, fazendo com que o particular se veja compelido a cumprir as

⁴⁶ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *Segurança Jurídica diante de atos administrativos ilegais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-22/valter-araujo-seguranca-juridica-diante-atos-administrativos-ilegais>> Acesso em: 06 ago. 2022.

⁴⁷BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 13-19.

⁴⁸DI PIETRO, op. cit., 2021, p. 4.

⁴⁹Ibid., p. 212.

determinações estatais. Sob este viés, percebe-se a predominância da imperatividade no atuar do Estado, marcada pela tomada de decisões unilaterais sem margem de diálogo com os administrados.

Acontece que esta imperatividade da atuação estatal deve ser compatibilizada com instrumentos consensuais de atuação do Poder Público, trazendo o particular para manter intenso diálogo quando da gestão da coisa pública.

Esta forma de agir da Administração Pública, refratária à instituição, criação e desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade convencionou-se chamar de Administração Pública monológica.

A partir do Estado Democrático de Direito, já é possível reconhecer um princípio do consenso em construção, figurando nas relações de poder entre a sociedade e o Estado o primado da concertação sobre a imposição. Inaugura-se, desse modo, era de relações paritárias entre os cidadãos e a Administração Pública.

Neste novo momento o Estado vira as suas preocupações para o administrado, para o cidadão, o elemento humano dentro da abstração jurídica nomeada de Estado. A consensualidade, consensualismo, Administração concertada, Administração consensual, *soft administration* são expressões que traduzem as formas da nova democracia participativa, onde as decisões administrativas são tomadas após o debate com os destinatários das políticas públicas que serão implementadas.

Gustavo Binenbojm⁵⁰ busca dar a tessitura constitucional para esta hodierna visão da Administração Pública:

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a fortiori, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

A partir do momento que a Constituição da República Federativa do Brasil cria um sistema de direitos fundamentais da pessoa humana e faz a opção pela democracia como sistema político, a Administração Pública deve seguir tais vetores axiológicos e agir pautada em buscar e efetivar a dignidade da pessoa humana⁵¹.

⁵⁰BINENBOJM, op. cit.

⁵¹ Ibid.

Antes dessa evolução de perspectiva, Canotilho⁵² já defendia que o Estado de Direito deve proporcionar segurança e confiança às pessoas e elas tem o direito de poder confiar nos atos e nas decisões públicas.

No intuito de satisfazer as necessidades coletivas são implementadas e ampliadas políticas públicas e ocorre a criação de parcerias entre o Estado e o particular, a partir da disso, começa a ser empregada a expressão administração dialógica.

O efetivo diálogo entre a Administração e o particular somente ocorre quando políticas que privilegiam técnicas, métodos e instrumentos negociais são implementadas, possibilitando que o cidadão seja ouvido e possa, em grupo, definir os rumos da sociedade que integra.

Neste sentido, em se tratando de matéria cujo objeto envolve licitação e contratos, a Lei nº 8.666/93⁵³ já trazia previsão de participação popular, mediante consulta pública, para a realização de procedimentos licitatórios cujo montante do contrato administrativo a ser celebrado apresenta-se como muito elevado. Veja-se a redação da referida lei geral das licitações:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Outro exemplo legislado em que se evidencia a administração dialógica pela existência de dispositivos que refletem em implementação de novas práticas para a gestão pública e observância do princípio da segurança é a Lei nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades) que traz um capítulo inteiro denominado “Da Gestão Democrática da Cidade”.

O referido capítulo prevê em seu art. 43 que para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, instrumentos como órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

⁵²CANOTILHO apud ARAÚJO, op. cit., 2009, p. 43.

⁵³BRASIL. *Lei nº 8.666/93*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil/03/_Ato2019-2022/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 31 dez. 2021.

O Estatuto das Cidades prevê ainda no art. 45 que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Além de consectário do direito fundamental à boa administração pública, a noção de administração pública dialógica pode ser considerada também uma decorrência do princípio da segurança jurídica, mais especificamente da noção de proteção da confiança ou das expectativas legítimas, conforme explica Rafael Maffini⁵⁴:

[...] a noção de “administração pública dialógica”, do qual se colocam em posição proeminente primados jurídicos de relevância ímpar, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a noção de participação, entre outros aspectos dotados de status constitucional, pode ser igualmente considerado uma decorrência lógica da noção de “proteção da confiança”.

Pode-se dizer que a noção de administração pública dialógica no que diz respeito ao controle de atos viciados fortalece os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e aponta para a necessidade de o administrado ser ouvido antes do gestor decidir pela nulidade para que lhe seja oportunizado apresentar suas razões e influenciar na decisão do mesmo, buscando a melhor decisão a ser entregue a coletividade.

Rafael Maffini⁵⁵ defende que administração pública dialógica é uma noção jurídica pela qual se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação estatal.

Desta forma, percebe-se que a moderna noção de Administração Pública é aquela que busca, na maior medida possível, aproximar-se do cidadão, promovendo uma constante interlocução e diálogo com estes, aproveitando ao máximo essa proximidade como forma de ampliar a eficiência administrativa e, sobretudo, realizar os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Neste, atual contexto, os princípios administrativos, a exemplo dos da participação do administrado, da eficiência e da confiança na Administração são caminhos importantes para a comportamentos administrativos. A participação do administrado, a eficiência e a confiança na

⁵⁴ MAFFINI, Rafael. *Solução dialógica*. Disponível em: <<http://search?q=administração+pública+dialógica+rafael+maffini&cvid=5ced8c7f2442475caa484d9da4a4213a&aqs=edge..69i57.19190j0j9&FORM=ANAB01&PC=U531>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

⁵⁵Ibid.

Administração são caminhos importantes para a construção da chamada “Administração dialógica”⁵⁶.

Se a questão das nulidades já se apresentava complexa em um cenário marcado por uma Administração Pública imperativa e auto executória, 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, nessa noção de participação do administrado no que se pode chamar de administração dialógica.

Como assinalam Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega⁵⁷ “A sociedade mudou e, junto com ela, os conceitos tradicionais do Direito Administrativo precisam ser ressignificados”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁸ 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 Moncada⁵⁹:

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 proteção de terceiros, e outros fatores, 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.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A teoria das invalidades na nova lei de contratações públicas e o equilíbrio dos interesses. *Revista Juris Unitoledo*, Araçatuba, Sp: Unitoledo, v. 07, nº 1, jan./jun., 2022.

⁵⁸MOREIRA NETO, op. cit., 2008, p. 134.

⁵⁹MONCADA apud MAFFINI, op. cit.

O foco dessa monografia é justamente analisar a teoria das nulidades na remodelação trazida pela Lei nº 14.133/21, sendo que para uma adequada evolução da temática, impõe-se verificar como o tema das nulidades contratuais foi abordado pela Lei nº 8.666/93.

2.2. Nulidades na Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 59, prevê que o contrato administrativo celebrado em contrariedade à legislação seja declarado nulo, com produção de efeitos *ex tunc*.

Entre as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21, que instituiu a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tem-se a destinação de capítulo específico para tratar da nulidade dos contratos, composto pelos artigos 147 a 150.

O novo regramento é bastante mais extenso e detalhado do que o encontrado na Lei nº 8.666/1993⁶⁰, que dedicava ao tema apenas o art. 59, *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.

Não obstante reproduza, em essência, as mesmas regras no caput do art. 148 e no caput do art. 149, a Lei nº 14.133/21 apresenta outras disposições que afastam a noção apriorística de que, diante de vício de ilegalidade considerado insanável, a Administração Pública deve declarar a nulidade do ato, desconstituindo seus efeitos desde a origem⁶¹.

A mudança citada pode ser constatada tanto na determinação do procedimento que deve anteceder a declaração de nulidade, quanto nos efeitos de seu eventual reconhecimento. A propósito, o art. 148 exige análise prévia do interesse público envolvido, na forma estipulada no art. 147, no sentido de 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 como a avaliação, ao menos, dos onze aspectos previstos em suas alíneas.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 47.

⁶¹GODINHO, Guilherme Temponi Dias. *A nulidade dos contratos na lei nº 14.133/2021: aportes da nova lei de licitações e contratos administrativos a uma teoria de nulidades em construção*. 2021. 32f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2021.

Tais aspectos abrangem desde impactos econômicos e financeiros e riscos sociais, ambientais e à segurança da população, relacionados ao objeto do contrato, até o custo de oportunidade do capital.

Dessa forma, ficam impedidos os efeitos jurídicos que ele deveria produzir, bem como são desconstituídos aqueles já produzidos.

Diferente da nova ideia de nulidade exposta no Novo Marco das Licitações e Contratos, o art. 59, da Lei nº 8.666/93 estabelece que ou o contrato respeitou o ordenamento jurídico e é válido; ou não respeitou, e é nulo, portanto, incapaz de produzir efeitos.

Pablo Ademir de Souza ⁶² relaciona a origem do referido 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 2.300/86, cuja redação do art. 49 foi replicada no art. 59 da Lei nº 8.666/93:

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.

Quando da elaboração da Lei nº 8.666/93, 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 nº 8.666/93, 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.

⁶²SOUZA, Pablo Ademir de. *A teoria das nulidades na nova lei de licitações: Um anteparo contra as paralisações de obras públicas?* Disponível em: <<http://A teoria das nulidades na nova lei de licitações: Um anteparo contra as paralisações de obras públicas?>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

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.

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 causa⁶³.

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 o entendimento era de 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 evitados 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.

⁶³GODINHO, op. cit.

Egon Bockmann Moreira⁶⁴ 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.

2.3. As alterações na LINDB e o impacto no modelo de invalidades na nova lei de licitações

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 as normas que integram a o que se pode chamar de teoria geral do Direito devem ser aplicadas a todas as normas e não apenas ao direito privado, como era tradicional no Brasil.

Ensina Duguit⁶⁵ que “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 Carvalho⁶⁶, 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 nº 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.

⁶⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Súmula 473: é hora de dizer adeus*. 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: 01 mar. 2021.

⁶⁵ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.70-71.

⁶⁶ 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 ago. 2021.

Logo, o conteúdo da Lei nº 13.655/18 está alinhado com a função da LINDB, contemplando disposições que devem ser recebidas como diretrizes hermenêuticas para outras normas e decisões⁶⁷.

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 arts. 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 expresso 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.

Na lição de Carlos Ari Sundfeld⁶⁸ essa exigência de conexão com a realidade, no direito público brasileiro, advém da necessidade de serem afastadas das decisões administrativas a utilização de princípios abstratos vagos e, revela que a legislação é fortemente influenciada pelo pragmatismo norte-americano.

O pragmatismo jurídico, como leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁶⁹, 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)

⁶⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 313.

⁶⁸SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

⁶⁹OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O Controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 25 mai. 2021. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-controle-dos-tribunais-de-contas-e-o-art-171-da-lei-14-133-2021-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 24 set. 2021.

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 Souza⁷⁰, “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 Heinen⁷¹, 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 atingidos⁷²”.

Na lição de Maria Sylvia Zanela Di Pietro⁷³, “[...] 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.”

⁷⁰TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena, SOUZA, Plabo Ademir de Souza. *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 ago. 2021.

⁷¹MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. 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 ago. 2021.

⁷²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 130.

⁷³DI PIETRO, op. cit., 2021, p. 312.

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 9.830/19, que regulamentou a LINDB, e assim estabelece:

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o **caput** indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 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.

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 LINDB, 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 Valiati⁷⁴:

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.

Há situações em que o decisor erra, mas que não é possível que lhe seja cobrada conduta diversa por serem os fatos imprevisíveis ou por a legislação que rege a matéria objeto da decisão conter dispositivos ambíguos que geram interpretações possíveis diferentes e isso precisa ser avaliado pelo órgão controlador antes de decidir pela penalização do gestor que tomou decisões com base em valores abstratos.

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 decisões que culminam por encerrar consequências desastrosas pelo fato de serem proferidas sem qualquer padrão de razoabilidade.⁷⁵

Uma decisão pautada em conceitos abertos não pode ser motivada de modo superficial. Mais uma vez é preciso destacar o alerta de Carlos Ari Sundfeld⁷⁶, 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.

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

⁷⁴ VALIATI, Thiago Priess. *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 ago. 2021.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2019, [ebook].

⁷⁶ SUNDFELD, op. cit.

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 nº 8.666/93 lidava com a questão das nulidades contratuais.

Ao tratar do tema da nulidade contratual, a Lei nº 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 nº 8.666/93 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

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.

Por essa nova diretriz, 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 efetivo⁷⁷.

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 Nóbrega⁷⁸ 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.

⁷⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/93*. 18 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1544.

⁷⁸TEIXEIRA JÚNIOR; SOUZA, op. cit.

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 Filho⁷⁹:

[...] 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 nº 8.666/93, 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.

⁷⁹JUSTEN FILHO, op. cit., 2021, p. 1.544.

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 Moreira⁸⁰, 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.

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 nº 8.666/93, acrescido de importantes aprimoramentos.

2.4. Parâmetros para decidir sobre nulidades

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 indispensável⁸¹.

Nessa hipótese, a previsão do caput do art. 148 da Lei nº 14.133/21 se pauta nas mesmas premissas estabelecidas na antiga lei de licitações. Ou seja, o reconhecimento da

⁸⁰ 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 ago. 2021.

⁸¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. In: QUIRINO, Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (coords). *Inovações no Direito Público*. Curitiba: CRV, 2018, p. 151-158.

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 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 Maffini⁸² propõem essa alteração agora introduzida no 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 nº 14.133/21:

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.

⁸²MAFFINI, op. cit.

§ 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.

A norma prediz que 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.

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 atrasam 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 sistema⁸³.

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, frise-se.

⁸³ARAÚJO, op. cit., p. 131.

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 e o gestor a garantia de que ao buscar a melhor solução no interesse público não será penalizado pelos órgãos de controle em caso de erro escusável.

A Lei nº 14.133/21, assim como a LINDB, se propõe a desmontar antigas premissas referentes às nulidades no direito administrativo.

Essa transformação no cenário das nulidades é benéfica e necessária, com potencial para fortalecer o papel do gestor público, na medida que apresenta um novo instrumental hermenêutico que contribui para a redução da incerteza e da insegurança dele na hora de decidir sobre nulidades.

3. AS NULIDADES NA LEI Nº 14.133/2021

No Direito Administrativo, pode-se entender a nulidade ou invalidação como forma de desfazimento do ato ou do contrato administrativo, em virtude da existência de vício de legalidade, sendo certo que o ato ou o contrato, precisam observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos.

A partir da compreensão de que a nulidade, no Direito Administrativo não encontra uma sistematização uniforme, a análise que se propõe é o critério interno fixado na Lei de Licitações e Contratos e sua interação com as demais normas do Direito Público para identificar as possíveis consequências que um ato ou contrato administrativo viciado pode gerar nas contratações públicas sob o prisma jurídico.

A Lei nº 14.133/21 desenvolve uma sistemática própria em relação às nulidades e abre possibilidades de melhorias nas licitações e contratações públicas para os entes federativos, sendo que previsões anteriores, jurisprudência e doutrina fundamentada nas leis que serão revogadas, deverão ser revisitadas e revistas, visto que o novo regime de nulidades difere do anterior.

Dentre as novidades trazidas pela nova Lei de Licitações tem-se a destinação de um capítulo específico para tratar da nulidade dos contratos composto pelos arts. 147 a 150⁸⁴, sendo que na Lei nº 8.666/93 foi dedicado apenas o art. 59⁸⁵, constata-se a preocupação do legislador em sanar eventuais vícios existentes na licitação ou no instrumento contratual.

A anulação da licitação baseia-se na ilegalidade e poderá ser feita em qualquer fase do procedimento, antes ou depois da assinatura do contrato, desde que aponte a infringência à lei.

O novo regramento é mais extenso e detalhado ao tratar do tema das nulidades e privilegia os princípios administrativos constitucionais.

Dentre esses princípios, o princípio da proporcionalidade é um vetor de ponderação a ser utilizado no exercício da autotutela administrativa para que seja identificada a medida que privilegia o melhor interesse público a ser concretizado e identificar os pontos em que podem ocorrer eventuais fraudes.

Assim, caso a paralisação do contrato ou a anulação não se revele a medida de interesse público, o poder público deve optar pela continuidade do contrato e pela solução de irregularidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

⁸⁴ BRASIL. *Lei nº 14.133/21*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133. Acesso em: 27 ago. 2022.

⁸⁵BRASIL, op. cit., nota 47.

3.1. Possibilidade de saneamento de irregularidades antes de se declarar a nulidade

No âmbito da contratação pública antes de se declarar a nulidade de um ato ou contrato administrativo é necessário primeiro analisar se há possibilidade de saneamento do mesmo, caso exista, essa deve ser a providência.

Há a possibilidade de que o ato administrativo tenha defeitos que não afetem sua validade, como são os casos de meras irregularidades irrelevantes ou supríveis, além da própria inexistência jurídica, em que a desconformidade com qualquer modelo jurídico não permite sequer falar em ato jurídico defeituoso.

Na Administração Pública, tendo em vista que o formalismo é moderado, o legislador somente autoriza a anulação dos atos irregulares nas hipóteses em que não for possível o saneamento.

Leciona Rafael Oliveira⁸⁶ a respeito do tema:

Tradicionalmente, o regime jurídico da Lei nº 8.666/93 era extremamente formalista, com pouco espaço para saneamento de falhas formais. Ainda que fosse possível admitir o saneamento em situações que não gerassem prejuízos ao interesse público ou aos direitos dos licitantes, o fato é que a Lei de Licitações basicamente não tratava da sanatória ou convalidação de atos irregulares.

A licitação é uma regra constitucionalmente imposta com previsão no art. 37, XXI, da CRFB/88 que deve ser seguida para formalização de contratos pela Administração Pública, portanto, cuida-se de procedimento administrativo instrumental, pois serve como instrumento necessário para o alcance de seu objetivo que é a contratação pública⁸⁷.

O art. 49, da Lei nº 8.666/93 trata das invalidades na contratação pública, ora como nulidade, ora como anulabilidade.

Veja-se:

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.

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova Lei de licitações e contratos administrativos comparada e comentada*: lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 347.

⁸⁷Id. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3.

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

Ainda sobre o tema nulidade dos contratos, dispõe o art. 59, *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.

Na Lei nº 14.133/21 foi destinado um capítulo específico para tratar da nulidade nos contratos, integrado pelos arts. 147 a 150, ou seja, o novo regramento é mais extenso e detalhado do que o encontrado na Lei nº 8.666/93, conforme pode-se ler na transcrição abaixo:

CAPÍTULO XI DA NULIDADE DOS CONTRATOS

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.

A indagação que permanece e só o tempo poderá responder é se ao seguir a análise racional considerando os aspectos apresentados nos incisos acima transcrito, o gestor encontrará uma fórmula segura ao apreciar certos contratos defeituosos que não o ponha em risco de uma interpretação diferente pelos órgãos controladores.

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.

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. 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.

É perceptível que em sua substância as regras do *caput* do art. 148 e do *caput* do art. 149 da Lei nº 14.133/21 reproduziram o art. 59 da Lei nº 8.666/93, mas apresenta outras disposições que afastam a noção de que diante de vício de ilegalidade considerado insanável, a Administração Pública deve declarar a nulidade do ato, desconstituindo seus efeitos desde a origem.

A mudança pode ser verificada na determinação do procedimento que deve anteceder a declaração de nulidade e nos efeitos de seu eventual reconhecimento.

A exigência contida no art. 148 é de análise prévia do interesse público envolvido na forma disposta no art. 147, no sentido de 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, ao menos, dos onze critérios previstos em suas alíneas.

Tais critérios abrangem desde impactos econômicos, financeiros, riscos sociais, ambientais à segurança da população relacionados ao objeto do contrato, até o custo de oportunidade de capital durante o período de paralisação e os gastos para a realização de nova licitação ou a celebração de novo contrato.

Não se pode perder de vista a relevância de se ter nos incisos do art. 147 critérios balizadores para avaliar se cabe a manutenção do contrato ou da licitação eivada de vício, numa verdadeira tentativa de buscar manter o ato, mesmo que declarada a nulidade, é concebida a possibilidade de projetá-la para momento futuro (art. 148, § 2º) ou de resolvê-la não pelo retorno à situação fática anterior, mas pela continuidade do contrato com o saneamento da irregularidade mediante “indenização por perdas e danos, sem prejuízo da

apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis” (art. 147, parágrafo único, e art. 148, § 1º).

O advento da Lei nº 14.133/21, assim, não somente impõe a tarefa de compreender o conteúdo das novas normas e das soluções propostas na realidade das contratações públicas, como também demanda o seu enquadramento em uma teoria das nulidades mais ampla, em sintonia com o Direito Administrativo atual.

Com isso, busca-se compreender alguns aspectos básicos do regime jurídico das invalidades na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, como a existência, ou não, de espécies distintas de nulidade, que possam ser classificadas em absoluta e relativa, e as alternativas disponíveis para, quando for o caso, superar o vício.

A hipótese formulada é de que a Lei nº 14.133/21, ao tratar da nulidade dos contratos, modifica substancialmente o tratamento legal encontrado na Lei nº 8.666/93, levando em consideração alguns parâmetros legislativos mais amplos, como os trazidos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Nessa perspectiva, a compreensão das normas introduzidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos depende e contribui com a formulação de uma teoria das nulidades mais adequada ao Direito Administrativo atual.

Adota-se como premissa teórica a afirmação de que a atuação administrativa está submetida à lei e ao Direito, em decorrência do denominado princípio da juridicidade, releitura do princípio da legalidade que orienta a observância, pela Administração Pública do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, ao analisar a validade de contratos, admitiu-se que o administrador está vinculado às normas jurídicas vigentes, consideradas de forma sistêmica.

Na Lei nº 8.666/93, encontra-se a previsão de que a autoridade competente deve anular a licitação por ilegalidade (art. 49, *caput*) e que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato (§2º).

Por sua vez, o já mencionado art. 59 cogita, a princípio, da existência de apenas dois tipos de contratos: os válidos, que produzem seus efeitos regularmente, e os nulos, que não possuem aptidão para gerar efeitos, devendo os já produzidos ser desconstituídos e os futuros, impedidos.

Feitas essas considerações, constata-se que a Lei anterior aproxima-se da noção de nulidade absoluta do Direito Privado e, a primeira vista, reflete a concepção da teoria monista do Direito Administrativo.

Registre-se que, antes mesmo do advento da Lei nº 14.133/21, a doutrina e jurisprudência já apontavam caminhos interpretativos que contornavam a limitação do texto da Lei nº 8.666/93, com respaldo, inclusive, na evolução do tratamento legal da matéria, observada em Leis como as de nº 9.784/99 e 13.655/18.

A respeito do art. 59, em específico, Marçal Justen Filho⁸⁸ propõe que o dispositivo não se aplicaria às irregularidades nem à anulabilidade: quando o defeito envolver mera irregularidade ou apenas o interesse privado, a pronúncia do vício se delimitaria ao necessário para restabelecer o interesse lesado.

A Lei nº 14.133/21 apresenta pontos de conexão com a Lei nº 8.666/93, pois reproduz alguns dispositivos desta, porém com ajustes de redação ou realocação no capítulo específico que é dedicado ao tema, entre os artigos 147 e 150.E, ainda que se encontrem previsões muito semelhantes ao *caput* e ao parágrafo único do art. 59 da Lei anterior, as inovações trazidas, apontam para a superação da visão dicotômica que somente admitia a existência de atos válidos, que geram efeitos, e atos inválidos, que não possuem aptidão para tanto⁸⁹.

Registra-se, desde já, que a mencionada superação não se dá pela definição objetiva e precisa de duas espécies de invalidade. Inclusive, a Lei faz uso de expressões como “declaração de nulidade” e “anulação” sem necessariamente a intenção de referir, no primeiro caso, à nulidade absoluta e, no segundo, à anulabilidade a exemplo do que se observa, por exemplo, na comparação entre o *caput* e o parágrafo único do art. 147.

A evolução da Lei nº 14.133/21 é verificável desde a disciplina da fase da licitação. Substitui-se a ideia de que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato pela orientação trazida pelo art. 71: a anulação terá lugar “sempre que presente ilegalidade insanável” (inciso III) e, ao pronunciar a nulidade, a autoridade deve indicar expressamente os atos com vícios insanáveis, “tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam” (§1º).⁹⁰

No art. 148, reaparece a ideia do art. 59 da Lei anterior, de que a declaração de nulidade opera retroativamente, “impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos”.

Contudo, frisa-se a necessidade de análise prévia do interesse público envolvido, na forma do artigo anterior e, oferecem-se diversas alternativas à pronúncia de nulidade: se não for

⁸⁸JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei n. 8.666/93. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p.1.235.

⁸⁹TEIXEIRA JÚNIOR, op. cit., nota 23.

⁹⁰BRASIL, op. cit., nota 74.

possível o retorno à situação fática anterior (art. 148, § 1º) ou se o interesse público assim recomendar (art. 147, parágrafo único), pode haver continuidade do contrato e saneamento da irregularidade por meio de “indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis”.

Ademais, é autorizado projetar os efeitos da nulidade para momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, pelo prazo de até seis meses, prorrogável uma vez (art. 148, § 2º).

Por fim, o art. 149 ressalva o direito do contratado de ser indenizado pelo que houver executado até a data em que a nulidade for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e determina à Administração que promova a responsabilização de quem ocasionou a nulidade. Aqui, a única diferença para o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 é a referência à declaração de eficácia de nulidade, no que parece ser uma alusão à hipótese do art. 148, § 2º.

Verifica-se que os arts. 147, 148 e 149 da Lei nº 14.133/21 cogitam de diferentes alternativas a serem adotadas diante de irregularidades na realidade das contratações públicas, desde a declaração de nulidade até a continuidade do contrato.

Neste ponto, há uma interseção do tema das invalidades com o das responsabilidades contratual, civil, administrativa e criminal dos envolvidos, pois os dispositivos referidos frisam a necessidade de, quando for o caso, ser apurada indenização por perdas e danos e promovida a penalização dos responsáveis.

Trata-se, naturalmente, de questão relevante e complexa, que afeta interesses diversos da administração contratante, do particular contratado e dos agentes públicos e privados envolvidos na contratação. Para o propósito deste trabalho, o que se constata é superação, pelo texto legal, da noção de que a declaração de nulidade obstaría, *a priori*, a incidência de quaisquer desses efeitos.

A título de exemplo, com fundamento no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 (equivalente ao art. 150 da nova lei), o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes afirmando que, diante de contrato administrativo declarado nulo, é inconcebível, com base na vedação ao enriquecimento sem causa, que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício.⁹¹

⁹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 753.039/PR*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/06/2007, DJ03/09/2007p. 122. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCOn/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

A definição se há, ou não, responsabilidade estatal por indenizar o particular dependerá não propriamente da nulidade, mas da apuração de responsabilidades no caso concreto, que pode se basear em fatores diversos, como a distribuição dos riscos do contrato; especificidades do objeto e de sua execução; a irregularidade constatada; e a conduta das partes.

Com efeito, os arts. 147 a 150, embora contidos no capítulo intitulado “nulidade dos contratos”, tratam de responsabilidades que não necessariamente decorrem de invalidade ou da alternativa para sua superação, podendo resultar também de irregularidade que acarrete a paralisação da execução contratual. A aproximação entre os temas parece ter sido possível porque a nova Lei não mais concebe a nulidade como hipótese de imediata cessação de eficácia e de obrigatoriedade de desfazimento dos efeitos pretéritos.

A esse respeito, Teixeira Júnior e Nóbrega⁹² afirmam que o disciplinamento das condições para o desaparecimento do ato ilegal criador de direitos não pode mais ser estruturado apenas em torno do princípio da legalidade, em sua acepção tradicional. Propõem, assim, que seja considerada a legalidade em seu aspecto funcional, isto é, uma legalidade que seja permeável a regimes jurídicos flexíveis, elásticos, compatíveis com a complexidade dos problemas práticos e com a necessidade de equilibrar os interesses envolvidos nas contratações públicas.

A legalidade funcional defendida pelos autores aproxima-se do já trabalhado conceito de juridicidade e, a partir do texto da Lei nº 14.133/21, ganha força a percepção de que vícios de legalidade estrita podem ser superados a partir da prevalência de outros interesses normativamente consagrados.

3.2 Hipóteses de nulidade e admissão de saneamento do defeito

A Lei nº 14.133/21, em alguns dispositivos, prevê hipóteses específicas de nulidade. Ainda que a comparação com a Lei nº 8.666/93 evidencie que muitas das previsões não são novidades, é relevante verificar como deve se dar sua interpretação à luz da ampla possibilidade de superação do vício indicado, em especial, pelos arts. 147 e 148 da nova Lei.

Como a distinção entre nulidade e anulabilidade não está expressa de modo objetivo

⁹²TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, MARCOS. A teoria das invalidades na nova lei de contratações públicas e o equilíbrio dos interesses. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte: RBDP, nº 72, jan./mar.2021.

no texto legal é apenas a aplicação dessas hipóteses que permitirá dizer quais defeitos podem, ou não, ser superados.

O art. 76, §6º, da nova Lei, assim como o art. 17, §4º, da Lei nº 8.666/93, prevê que a doação com encargo “será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão são exemplos de nulidade do ato, dispensada a licitação em caso de interesse público devidamente justificado”.

O art. 94, da Lei nº 14.133/21, inova e como regra, estabelece que a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é “condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos”, devendo ser efetuada no prazo de 20 ou 10 dias úteis a contar da data de assinatura, conforme se trate de licitação ou contratação direta.

Na hipótese de contratos celebrados em caso de urgência, todavia, admite-se a eficácia a partir da assinatura e exige-se que a publicação ocorra nos prazos estipulados, sob pena de nulidade, conforme disposto no § 1º, do art. 94, da referida lei.

O art. 95, §2º, da Lei nº 14.133/21 estabelece que é “nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração”, mas modifica os casos excepcionais em que isso será possível, adicionando às pequenas compras mencionadas no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, os serviços de pronto pagamento e fixando o limite de valor de R\$ 10.000,00, em substituição à referência da regra anterior, a percentual do limite da modalidade convite.

Dito de outro modo, as exigências afetas à publicidade no âmbito do PNCP repercutem no plano da eficácia do contrato, mas, no caso em que a regra é excepcionada devido à urgência, a consequência da inobservância dos prazos é mais grave e atinge o plano da validade.

Tem-se ainda o art. 150 da Lei nº 14.133/21 que, tornando mais abrangente a redação do art. 14 da Lei nº 8.666/93, comina a pena de nulidade, com responsabilização de quem a tiver causado, às contratações que não sejam precedidas de caracterização adequada de seu objeto ou não indiquem os créditos orçamentários pertinentes.

O novo dispositivo passa a se referir a qualquer contratação e não apenas às , até por isso, explicita que a “indicação dos créditos orçamentários” diz respeito ao “pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação”.

Corroborado, também, pela redação do *caput* do art. 147, uma hipótese mais geral de invalidade contratual pode ser extraída do art. 71 que alude aos vícios insanáveis na licitação, estabelecendo que seu reconhecimento tornará sem efeito todos os atos subsequentes que dependam do ato nulo, no que se inclui, potencialmente, o contrato. Veja-se:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subseqüentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.

§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

De antemão, o legislador não explicita quando o vício da licitação levará à nulidade do contrato, nem se, dentre todas as hipóteses citadas, alguma nulidade é absoluta, insanável.

Poder-se-ia indagar, a esse respeito, se existiria alguma distinção entre as hipóteses dispersas ao longo da Lei e a previsão do art. 150, que é a única cominação de nulidade no capítulo específico sobre o tema. Seria este vício ausência de caracterização adequada de seu objeto e ou da indicação dos créditos orçamentários, considerado mais grave e, portanto, insuscetível de saneamento.

De outro lado, se, conforme o art. 95, §2º, o contrato verbal é “nulo e de nenhum efeito”, ao caso fica o questionamento de que se não poderia ser aplicado sequer o art. 148, §2º.

Para responder às questões, alguns parâmetros podem ser encontrados na doutrina e na jurisprudência estabelecida a partir da interpretação dos dispositivos correspondentes na Lei nº 8.666/93.

Marçal Justen Filho⁹³ já defendia, em termos gerais, que o reconhecimento da existência de vício na contratação não impõe, como solução necessária inafastável, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos, sendo admissível a preservação do contrato, assim como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício.

Sobre a modulação de efeitos, argumenta que, por muito tempo, prevaleceu o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade produzia efeitos retroativos necessários, porquanto reputado inexistente o ato inconstitucional, mas, com o advento da Lei nº 9.868/99, passou a ser permitida a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, apesar da previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, se o Poder Público contratou de forma verbal

⁹³JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.234.

indevidamente e recebeu a mercadoria, o pagamento ainda assim é devido, em virtude da vedação ao enriquecimento ilícito e da boa-fé objetiva, além do fato de 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 nº 8.666/93.⁹⁴

A seu turno, no Acórdão 1.972/12, o Tribunal de Contas da União (TCU) apreciou representação a respeito de um contrato entre e a Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp e uma sociedade de propósito específico, em que se constatou a alteração irregular da área da instalação portuária a ser explorada e o julgamento foi no sentido de manter a contratação.

Nesse caso, entendeu-se pela manutenção do contrato devido à comprovação de que as repercussões econômico-financeiras decorrentes da declaração de nulidade do contrato poderiam resultar em vultosos prejuízos à contratante, sem contar o risco de ofensa a direitos de terceiros interessados na normalidade das operações portuárias. Então, no referido acórdão, determinou-se à Codesp que:⁹⁵

Acórdão

“(...) 9.6.2. não prorogue a vigência do contrato PRES/028/1998, tendo em vista a grave ilegalidade que recai sobre essa avença, consubstanciada na substituição da área originalmente prevista sem observância ao devido procedimento licitatório, em afronta aos princípios da isonomia entre os licitantes, da ampla competitividade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório e aos arts. 1º, § 2º, e 4º, inciso I, da Lei 8.630/1993, 2º e 3º da Lei 8.666/1993 e 14 da Lei 8.987/1995; (...)”

Não obstante, no caso, o TCU tenha afirmado expressamente que não estava a reconhecer a nulidade, talvez, sob o enquadramento da Lei nº 14.133/21, a solução adotada se aproximasse mais da declaração de nulidade com modulação de efeitos, a teor do disposto no art. 148, §2º. Isso porque, de fato, a Corte de Contas afirmou que grave ilegalidade recaía sobre a avença e reputou necessária a realização de nova licitação oportunamente.

A partir das razões de decidir do TCU, seria possível afirmar que, mesmo uma caracterização irregular do objeto contratual, em afronta ao art. 150 da Lei nº 14.133/21, não excluiria a análise e as alternativas oferecidas pelas normas dos arts. 147 e 148 da mesma Lei.

Todavia, extrai-se do julgado que também uma gama de interesses juridicamente

⁹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.111.083/GO*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

⁹⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.972/2012*. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

tutelados que, quando violados, serão sempre contraditórios com a manutenção dos princípios da isonomia entre os licitantes, da ampla competitividade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

E tais princípios, além de contemplados no art. 5º da Lei nº 14.133/21, são essenciais para a igualdade de condições entre os concorrentes no certame, direito com estatura constitucional (art. 37, XXI, da CRFB/88⁹⁶).

Por conseguinte, sob a perspectiva de um regime de nulidades mais flexível, é indispensável que essas normas integrem, ao lado das razões de natureza econômico-financeiras, a avaliação sobre o interesse público em se manter ou desfazer determinado contrato.

3.3. Parâmetros para a aferição da nulidade no caso concreto

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 5º, consagra diversos princípios, sendo de se destacar, na comparação com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, a determinação específica de observância às disposições da LINDB e a consagração do princípio do interesse público.

Eduardo de Carvalho Rêgo defende que trata-se do interesse coletivo, na consecução do bem comum, que deve ser analisado em contraposição ao interesse privado. O autor afirma, assim que é natural e imperativo que, nas licitações, prevaleça o interesse público em detrimento do interesse privado, exemplificando que, com base no princípio citado, a Administração Pública pode, a depender das circunstâncias e da demonstração do interesse público em jogo, revogar uma licitação cujo resultado não tenha sido satisfatório ou empreender contratação emergencial dispensando a realização do certame.⁹⁷

E, de fato, o interesse público também ocupa posição central no que concerne à declaração de invalidade, desde a origem da noção de nulidade absoluta no Direito Privado até o texto expresso dos arts. 147 e 148 da Lei nº 14.133/21, passando pela jurisprudência do TCU firmada ainda com base na Lei nº 8.666/93.

⁹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 ago. 2022.

⁹⁷REGO, Eduardo de Carvalho. Princípios jurídicos previstos no projeto da nova lei de licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2020, p. 21.

Em resumo, a pronúncia de nulidade, assim como a suspensão da execução contratual, só pode ocorrer se o vício não for sanável e se houver interesse público consubstanciado a partir da avaliação dos onze aspectos listados nos incisos do *caput*. Para Teixeira Júnior e Nóbrega, os aspectos materializam, justamente, a moderna ideia de legalidade funcional, que permite maior flexibilidade no balanceamento do interesse das partes.⁹⁸

A expressão “entre outros” sugere, ainda, que exemplificativa a lista seria meramente, abrindo espaço para que a autoridade considere outras circunstâncias para justificar o interesse público na solução adotada. A propósito, já se demonstrou que, a depender da irregularidade constatada, a garantia de igualdade de condições entre os licitantes tenderá a concorrer contra a manutenção do contrato.

Nesse contexto, mostra-se duplamente relevante a previsão trazida no art. 22 da LINDB, no sentido de que a decisão sobre validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deve considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.⁹⁹

Por um lado, os incisos do art. 147 da Lei nº 14.133/21 trazem maior concretude para as circunstâncias que podem, validamente, condicionar a decisão da autoridade competente sobre, por exemplo, a continuidade da execução de um contrato; por outro, a dificuldade em se aferir com exatidão todos os aspectos listados é um fator a ser considerado quando, eventualmente, a decisão do gestor for submetida ao controle dos Tribunais de Contas ou do Poder Judiciário.

Ademais, o dispositivo analisado possui forte relação com o planejamento, que, segundo Fortini e Amorim, é um dos eixos estruturantes da Lei nº 14.133/21, consoante previsto em seu art. 5º, elevado, inclusive, à condição de princípio.¹⁰⁰

Afinal, suspensão da execução ou a declaração de nulidade do contrato são medidas que, por si sós, já fogem ao planejamento do contratante e demandam reorientação de seus esforços para dar conta das respectivas consequências. Se, havendo interesse público devidamente justificado nas hipóteses do art. 147, mostrar-se viável a continuidade da relação contratual, decerto haverá uma otimização na utilização dos recursos mobilizados na seara das contratações públicas.

Tradicionalmente, mesmo na doutrina dualista, a declaração de nulidade do ato viciado

⁹⁸TEIXEIRA JÚNIOR; NÓBREGA, op. cit., p. 131.

⁹⁹BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁰⁰FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. *Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores*. Disponível em: <<http://www.licitacaoecontrato.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

é identificada como regra geral, sendo excepcional a possibilidade de ter o ato como anulável e admitir sua convalidação; isso decorreria tanto da indisponibilidade do interesse público quanto da necessidade de se preservar a esfera jurídica de terceiros.¹⁰¹

A amplitude das alternativas à nulidade trazidas na Lei nº 14.133/21 permite refletir se não houve inversão entre regra e exceção, passando a pronúncia de nulidade a ter lugar apenas quando não for possível a continuidade do contrato.

Por outro lado, cumpre mencionar que, ainda com base na Lei nº 8.666/93, a jurisprudência do TCU já reconhecia que, embora, em regra, o ato eivado de ilegalidade deva ser excluído da ordem jurídica, a declaração de nulidade da licitação pode não conduzir ao desfazimento dos contratos celebrados e seus respectivos efeitos, a depender do exame aprofundado de cada caso concreto, em função da melhor forma de satisfazer o interesse público. Nesse sentido, transcreve-se por ser pertinente, trecho do Acórdão 2.789/2013:¹⁰²

[...] 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. (...) Diante, portanto, do contexto econômico no qual estamos atualmente inserido, entendo plausível a preocupação externada pela CODEVASF no sentido de que a realização de uma nova licitação “implicaria em um incremento de, aproximadamente, 12% por cisterna e 7% por instalação, o que representa um acréscimo na casa de 10% sobre toda a 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 às empresas que tiverem os seus contratos anulados, o qual, certamente, não se 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.

Nessa perspectiva, a maior contribuição da Lei nº 14.133/21 talvez seja dar contornos significativamente objetivos ao interesse público: “a nulidade será a medida adotada se, num exame de proporcionalidade entre a gravidade do vício encontrado e as consequências sociais, jurídicas e econômicas dessa decisão, o vício possuir maior relevância”; caso as consequências da declaração de nulidade sejam mais gravosas que o vício encontrado, então o administrador deve manter o contrato.¹⁰³

¹⁰¹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 316-317.

¹⁰²BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.789/2013*. Relator: Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

¹⁰³CURIATI, André Peron Pereira. *O regime de nulidades contratuais presente na nova lei de licitações e contratos*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-regime-de-nulidades-contratuais-presente-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

3.4. O reflexo do consequencialismo no regime de nulidades no Direito Público

É de fácil constatação a afinidade das inovações da Lei nº 14.133/21 no tema da nulidade dos contratos com a Lei nº 13.655/18, que inseriu disposições sobre Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).¹⁰⁴

Nas palavras de Teixeira Júnior e Souza, a nova Lei de Licitações e Contratos “não apenas supera a visão dicotômica da teoria das nulidades presentes na Lei nº 8.666/93, como também verticaliza a análise imposta pela LINDB”.¹⁰⁵

Para além dos pontos já trabalhados, cabe destacar a relação entre o art. 147 da Lei nº 14.133/21 e o consequencialismo introduzido pela reforma da LINDB.

O consequencialismo seria a característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito, ao passo que o consequencialismo jurídico é a “postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa”.¹⁰⁶

Basta ler os incisos do art. 147 para se verificar que foram estabelecidas “consequências” a serem ponderadas pelo gestor antes de tomar sua decisão que, para fins de simplificação, podem ser resumidas em consequências “jurídicas, sociais e econômicas”.¹⁰⁷

A reforma da LINDB resulta do Projeto de Lei nº 349, de 2015, em cuja justificativa o Senador Antonio Anastasia explica que a proposição partiu de anteprojeto dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, baseado na constatação de que, com o avanço da legislação administrativa que regula processos e controle dos mais diversos órgãos de Estado, também aumentou a incerteza e a imprevisibilidade, o que pode colocar em risco os próprios ganhos de estabilidade institucional desde a consolidação da democracia.¹⁰⁸

O art. 20 da LINDB prevê que a decisão baseada em valores jurídicos abstratos deve considerar as consequências práticas da decisão, expondo, em sua motivação, 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.

¹⁰⁴BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁰⁵TEIXEIRA JÚNIOR; SOUZA, op. cit., 2021, p.12.

¹⁰⁶MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 08 jul. 2022.

¹⁰⁷BRASIL. *Projeto de Lei nº 349*, de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁰⁸MENDONÇA, op. cit.

Tal dispositivo visa a enfrentar a insegurança jurídica que, muitas vezes, resulta de decisões fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata, reduzindo o subjetivismo e a superficialidade ao impor a obrigatoriedade do “efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade”.¹⁰⁹

Na sequência, o art. 21 da LINDB determina que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indique, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas, discriminando, se for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

Conforme Mendonça, a LINDB marca a chegada do consequentialismo ao Direito Público brasileiro. O autor frisa, porém, que consequência não é palpite, mas sim derivação lógico-jurídica ou cogitação empiricamente sustentada; consequências são estados de fato e de Direito.¹¹⁰

(i) admissíveis pela Constituição de 1988 e exequíveis; (ii) certos e prováveis, mas não apenas plausíveis; (iii) imediatos e imediatamente futuros, mas não remotos no tempo; e para os quais se possa indicar (iv) alguma base, lógica ou empírica, de evidenciação. Consequências jurídicas estão associadas à interpretação ou à aplicação do Direito; consequências administrativas referem-se à atuação pública.

Nesse sentido, na aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos, há que se atentar para as mesmas cautelas recomendadas diante da reforma da LINDB.

Os aspectos listados no art. 147 da Lei nº 14.133/21 possuem viés consequentialista para que o gestor pondere ao decidir sobre a suspensão da execução ou declaração de nulidade. Deste modo, verifica-se que a aferição de tais “consequências” deve seguir os critérios de que se tratou anteriormente.

A esse respeito, Gabardo e Souza¹¹¹ chama a atenção para o fato de que os argumentos consequentialistas, mesmo que lastreados em estudos técnicos realizados com o maior rigor metodológico possível (ou seja, dotados de cientificidade), não passarão de mera probabilidade quanto à ocorrência, ou não, dos fenômenos indicados.

Assim, além do óbice temporal e financeiro para que se configure um cenário ideal, no qual todas as decisões fundadas em argumentos consequentialistas estejam lastreada sem estudos e pareceres científicos, a fundamentação consequentialista, por si só, ainda estará limitada aos juízos de probabilidade.

¹⁰⁹BRASIL, op. cit., nota 106.

¹¹⁰MENDONÇA, op. cit., p. 51-58.

¹¹¹SOUZA, op. cit., p.23.

Portanto, a despeito da maior segurança que o art. 147 da Lei nº 14.133/21 possa proporcionar para a autoridade que decidir sobre a validade de determinado contrato, é imprescindível que as circunstâncias consideradas tenham consistência fática e a solução esteja em conformidade com o Direito.

De outro lado, conforme já se pontuou, o equilíbrio entre a maior segurança do administrador e sua adequada e oportuna revisão nas esferas controladora e judicial depende, em grande medida, do respeito à orientação do art. 22 da LINDB.

As preocupação com as consequências das decisões estatais encontra-se relacionada ao pragmatismo jurídico como já se pontou neste trabalho em momento anterior e foi incorporado à LINDB¹¹².

Como se vê existe um vínculo necessário entre a Administração Pública de resultados e o pragmatismo jurídico e sob esse enfoque é necessário levar as consequências a sério no controle, interno ou externo, dos atos estatais.

Nesse aspecto, o Tribunal de Contas da União (TCU) no seu processo de aproximação aos órgãos jurisdicionais, da sua ascensão como um órgão que exerce jurisdição administrativa, vem seguindo, a orientação disposta no art. 22 da LINDB.

Pelo menos no que diz respeito ao tema das nulidades no processo administrativo, o referido tribunal, tem priorizado, nos casos de irreversibilidade dos efeitos e ausência de má-fé por parte do administrado, a prevalência do princípio da proteção da confiança em favor do administrado, em detrimento do princípio da legalidade.

Nesse sentido foi proferido o Acórdão 1462/2020¹¹³ do Tribunal de Contas da União (TCU) – Segunda Câmara, relator conselheira Ana Arraes, que julgou a eventual ilegalidade da concessão de aposentadoria de ex-servidoras da Justiça Federal concedida a 17 anos antes do julgamento. Neste julgamento, a referida conselheira reconheceu a ilegalidade do ato, porém defendeu a prevalência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança sobre a estrita legalidade, o qual transcreve-se o enunciado e parte do trecho do acórdão, por ser elucidativo:

ENUNCIADO

É possível, excepcionalmente, a prevalência dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade e da proteção da confiança em favor do administrado, em detrimento do princípio da legalidade, quando a situação jurídica e

¹¹²OLIVEIRA, op. cit., p. 150-151.

¹¹³BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1462/2020*. Relator: Ana Arraes. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 set. 2022.

remuneratória irregular estiver consolidada por longo transcurso de tempo e não houver como afastar a presunção de boa-fé do beneficiário.

(...)

Voto:

Cuidam os autos de atos de concessão de aposentadoria (...) A Sefip opina pela ilegalidade dos atos, no que foi acompanhada pelo Parquet especializado.

2.Primeiramente, observo que os atos em análise foram expedidos há, pelo menos, 17 anos e submetidos a exame de legalidade do TCU há, pelo menos, 13 anos, conforme ilustra a tabela a seguir

(...)

3.Portanto, estamos diante de situações jurídicas consolidadas no tempo, cuja reversão só se dará mediante afronta direta a um dos principais pilares do próprio Direito, a segurança jurídica, mormente se considerarmos a idade atual das beneficiárias (acima de 70 anos).

4.Em casos como os ora examinados, tenho defendido a prevalência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança sobre a estrita legalidade. Destaco os seguintes precedentes, todos de minha relatoria: Acórdão 568/2019-TCU-Segunda Câmara, Acórdão 5199/2012-TCU-Primeira Câmara, Acórdão 1448/2016-TCU-Segunda Câmara e Acórdão 3426/2013-TCU-Plenário.

(...)

8.Nos presentes autos, inexistem evidências que indiquem má-fé das interessadas ou contribuição para as ilegalidades apontadas pela unidade técnica.

(...)

10. Em tal contexto, pugno por, excepcionalmente, considerar legais os atos em tela.

Acórdão:

9.1. considerar legais os atos de aposentadoria de [benef. 1, 2 e 3], ordenando-lhes o registro;

[...]

Ainda quanto aos efeitos produzidos pelos atos reconhecidos nulos, o TCU vem adotando o consequentialismo positivado pela LINDB como uma possível ferramenta da moderna hermenêutica capaz de oferecer respostas novas ao antigo problema dos efeitos jurídicos produzidos por atos inválidos.

Nesse sentido o julgamento realizado em 01/09/2021 pelo TCU, Acórdão 2075/2021¹¹⁴, julgamento realizado em 01/09/20121, relator o Conselheiro Raimundo Carreiro, o qual transcreve-se o Enunciado e alguns trechos do voto do relator:

ENUNCIADO

A Administração pode, por razões de interesse público, não declarar a nulidade de ato ilegal verificado na formalização do contrato ou no certame licitatório que o precedeu, quando tal medida puder causar prejuízo maior do que a manutenção do ato viciado.

(...)

Voto:

(...)

16. Embora contivesse vícios em sua formação, o ajuste já contava com mais de dez anos de vigência à época das análises empreendidas pela Secex-RJ nas contas da CDRJ relativas ao exercício de 2005 (peça 12, p. 25-53), e a declaração de nulidade do Contrato certamente romperia relações jurídicas consolidadas pelo tempo, gerando

¹¹⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2075/2021*. Relator: Ana Arraes. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2022.

efeitos indesejáveis para as partes e stakeholders (empregados, prestadores de serviços terceirizados), além de custos de desmobilização, indenizações, perdas de investimentos e ações judiciais por parte da Contratada, conforme alega o [responsável 2] e a qual, até prova em contrário, teria agido de boa-fé e em cumprimento às regras do edital.

17. Esse raciocínio coaduna-se com a jurisprudência desta Corte de Contas, que em casos similares, mesmo identificando vícios na formalização de contratos ou certames que os precedem, vem optando pela manutenção do vínculo, por entender que tal medida, em alguns casos, resta mais favorável ao interesse público. Nesse sentido, menciono os Acórdão 1524/2013-TCU-Plenário, de minha relatoria, 361/2011-TCU-1ª Câmara, relator o Ministro Walton Alencar Rodrigues, 7.326/2010-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes, 1.229/2008-TCU-Plenário, 1.474/2008-TCU-Plenário e 1.280/2008-TCU-Plenário, todos da relatoria do Ministro Guilherme Palmeira e 2.469/2007-TCU-Plenário, relator Ministro Marcos Bemquerer.

18. A própria doutrina tem admitido a não-invalidação dos atos administrativos quando se vislumbra, para a Administração, a incidência de maiores prejuízos. Nesse sentido menciono a lição da professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

"No direito privado, é possível a parte prejudicada pelo ato ilegal deixar de impugná-lo, nos casos de nulidade relativa; nesse caso, o ato se convalida. No direito administrativo, já vimos que a Administração não pode ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Mas a própria administração pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato." (in Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense: 2018, p. 329-330)

(...) consoante bem exposto nos autos, tudo leva a crer que a rescisão do contrato acarretaria prejuízos irreparáveis às partes, contrária, portanto, ao interesse público, dada a existência de relações jurídicas consolidadas durante o longo interregno de vigência do ajuste, o que faz prevalecer o princípio da segurança jurídica ante o princípio da legalidade.

20. Desse modo, considero razoável e prudente a atitude do [responsável 2], no sentido de que as consequências de eventual rescisão contratual poderiam inviabilizar as tentativas de revitalização da área portuária e afetar o transporte marítimo de passageiros, em função das contendas judiciais que poderiam se arrastar no tempo, ao passo em que a solução adotada foi a celebração do 4º Termo Aditivo.

[...].

O Direito Administrativo Contemporâneo vem evoluindo no sentido de adotar a hermenêutica consequencialista.

Essa linha de pensamento e aplicação, além de poder ser encontrada nos julgados do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme acima mencionado, também está presente no Projeto de Lei Ordinária (PL) nº 3.009, de 2022¹¹⁵, que dispõe sobre alterações na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) apresentado pelo Relatório Final da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que dinamizem, unifiquem e modernizem o processo administrativo e tributário nacional, instituída pelo Ato

¹¹⁵ BRASIL. *Projeto de Lei Ordinária nº 3.009, de 2022*. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-3009-2022>. Acesso em: 30 jan. 2023.

Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal nº 1, de 2022 e, que tramita no Senado Federal.

O referido projeto é resultado do trabalho da Comissão de Juristas instituída pelo Ato Conjunto do Presidente do Senado e do Supremo Tribunal Federal nº 1/2022 cuja finalidade é apresentar anteprojetos de proposições legislativas tendentes a dinamizar, unificar e modernizar o processo administrativo e tributário nacional.

Nessa perspectiva, o texto proposto tem o objetivo de atualizar, em diversos aspectos, a Lei nº 9.784/99 que ocupa o papel de competente protagonista no regramento do processo administrativo brasileiro.

Assim, pela leitura do texto do referido anteprojeto, nota-se o esforço dos juristas organizadores de trazer para essa lei as diretrizes e matérias mais contemporâneas do Direito Administrativo encontradas em um cenário mais recente que o da sua entrada em vigor.

Adotou-se a premissa de que o texto constitucional estabelece, em seu artigo 24, XI, a competência da União para legislar concorrentemente sobre normas gerais de procedimentos em matéria processual, o que é fundamental para, no âmbito da federação com mais de cinco mil entes, a uniformização de parâmetros garantidores mínimos dos direitos dos administrados nas suas relações processuais com a Administração Pública brasileira e os respectivos órgãos de controle.

O reconhecimento de que uma visão contemporânea da teoria das nulidades no Direito Administrativo exige o diálogo com o administrado, bem como a priorização da correção de vícios por meio da convalidação e da preservação dos efeitos irreversíveis dos atos inválidos é adotado como vetor no texto no referido anteprojeto.

Consta a ainda a previsão de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira pela Administração e, nessa perspectiva, deve haver a extensão dos efeitos das decisões para os referidos casos e o incentivo à criação de enunciados vinculantes.

No que tange à teoria das nulidades, o texto segue a tendência do Direito Administrativo contemporâneo de se prestigiar, com amparo na segurança jurídica e no princípio da proteção da confiança, a convalidação como técnica para expurgar os vícios existentes e a solução administrativa que melhor preserve os efeitos irreversíveis dos atos inválidos.

Nessa perspectiva, há previsão que autoriza expressamente a modulação temporal dos efeitos da invalidação, bem como dos efeitos da revogação. Em relação aos casos de má-fé, o direito potestativo de anular da Administração é ampliado de cinco para dez anos, afastando-se

a tese que origina insegurança jurídica de que a anulação poderia ocorrer a qualquer tempo nessas hipóteses.

Também se assegura à autoridade competente a prerrogativa de suspender, de modo cautelar, a execução de ato administrativo no curso do processo de anulação.

Na Seção IV que cuida dos vícios e das nulidades, o art. 11 apresenta importante regra do processo administrativo tributário segundo a qual a administração deve anular seus próprios atos quando identificados vícios de legalidade, independentemente de provocação do administrado.

Essa regra, há bastante tempo, é consagrada no art. 53 da Lei nº 9.784/99, e agora foi importada para o referido projeto de lei.

O art. 12 define os atos nulos, nos termos de seus incisos I e II, com as particularidades tratadas nos parágrafos do caput do dispositivo, aproveitando-se a atual redação do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

No inciso II, foi acrescentada a nulidade em face do lançamento, além do despacho ou da decisão proferida por autoridade incompetente ou impedida e da decisão sem fundamentação, em consonância com as regras do CPC.

As regras do art. 13 elencam situações de impedimento do julgador administrativo, observáveis em qualquer instância.

O art. 14 repete o art. 60 do Decreto nº 70.235/72, e, com exceção das nulidades prescritas nos incisos I e II do art. 12, todas as demais nulidades presentes no art. 14 serão formais.

Logo, as irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando as nulidades não resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa ou quando não influenciarem a solução do litígio.

O art. 15 repete o art. 61 do Decreto nº 70.235/1972, cujo teor disciplina que “a nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade”¹¹⁶.

Todas essas inovações ao serem propostas e aplicadas no Direito Administrativo vem contribuindo para a construção de uma nova teoria das nulidades cujos pilares de análise do eixo da segurança jurídica foi ampliado do princípio da legalidade estrita para o princípio da juridicidade que leva em conta não só o princípio da legalidade, mas todas as fontes do Direito.

¹¹⁶BRASIL, op. cit., nota 115.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que houve uma renovação da teoria das nulidades no Direito Administrativo à luz da Lei nº 14.133/21.

No Direito Administrativo contemporâneo, o gestor deve contemplar em sua decisão não só o princípio da legalidade estrita que é o seu norte por excelência, mas em toda constitucionalidade do sistema jurídico.

Do ponto de vista do regime das nulidades, a maior contribuição da Lei nº 14.133/21 foi ter dado contornos mais objetivos ao conceito de interesse público por meio dos critérios já aqui abordados e apontados no art. 147, desse diploma legal que possuem viés consequencialista orientando que o gestor use de ponderação dos interesses envolvidos ao decidir sobre a suspensão da execução ou declaração de nulidade do contrato quando se deparar um vício.

Observou-se que a concepção clássica foi mantida como regra geral, mas a nova lei inova quanto a possível manutenção no ordenamento jurídico do ato inválido quando esta medida for a menos gravosa ao interesse público sem prejuízo da apuração da responsabilidade dos envolvidos.

Notou-se que a alteração sofrida na LINDB por meio do art. 21, marcou a chegada do consequencialismo ao Direito Público brasileiro e a nova Lei de Licitações e Contratos no art. 147, em sua aplicação, atentou para as mesmas cautelas recomendadas diante da reforma da LINDB.

Motivado por esse vetor, observou-se que o gestor público, sob a moderna concepção do constitucionalismo no exercício da função estatal pelo Poder Executivo precisa ser comprometido em fazer entregas responsáveis à sociedade, por meio de uma gestão pública que realize o valor e o princípio da eficiência, por meio de uma decisão útil à coletividade, visto que o mesmo declara e forma a vontade da Administração (Estado) e disciplina interesses dos cidadãos por meio do ato administrativo.

Além disso, ficou evidente que pelo fato de o ato administrativo ser dotado de presunção de legitimidade, tal ato gera confiança por parte de seus destinatários.

Por essa razão, o ato administrativo, principalmente o de conteúdo decisório, precisa não só observar a legalidade estrita, mas toda a juridicidade constitucional do ordenamento jurídico.

Por fim, a nova lei de licitações prevê outras possibilidades de recomposição do ordenamento jurídico violado que não seja apenas a nulificação do ato viciado com a

retroatividade de seus efeitos *ex-tunc*, com isso o gestor ganhou autonomia para ponderar os valores constitucionais envolvidos e tem parâmetros objetivos na própria lei de licitações para tomar uma decisão diferente da nulificação se esta for mais gravosa ao interesse público.

Somente se o vício possuir maior relevância será decretada a invalidade, caso as consequências da declaração de nulidade sejam mais gravosas que o vício encontrado, então o administrador deve manter o contrato.

A invalidade passa ostentar um caráter notadamente funcional em que o interesse público e os direitos fundamentais tutelados envolvidos são analisados em uma visão sistêmica para realizar a melhor entrega pra a sociedade, privilegiando-se decisões responsáveis que tenham entregas úteis a sociedade.

Houve uma evolução da teoria das nulidades no Direito Administrativo contemporâneo. Isso pode ser constatado por meio da análise comparativa entre os dispositivos que disciplinam a matéria na Lei nº 8.666/93 e os da Lei nº 14.133/21.

Não se pode olvidar que o gestor público por ser humano, também está sujeito a erro em suas decisões administrativas. Por isso, existem os mecanismos de controle do ato administrativo.

O controle do ato administrativo pode ser feito pela própria Administração Pública ao aplicar o princípio da autotutela, pelos Tribunais de Contas ou ainda, pela via judicial para que se verifique a legalidade do mesmo.

Quando a lei prevê outras possibilidades de recomposição do ordenamento jurídico violado que não seja apenas a nulificação do ato viciado com a retroatividade de seus efeitos *ex-tunc*, o gestor ganha autonomia para ponderar os valores constitucionais envolvidos e tem parâmetros objetivos para tomar uma decisão diferente da nulificação se esta for mais gravosa ao interesse público.

Sobre o tema, a Lei nº 14.133/21 rompe com a concepção clássica de que uma vez constatada a existência de vício insanável a única solução possível como reação a ser adotada pelo ordenamento jurídico violado é a declaração de sua invalidade e a imediata cessação dos efeitos que tenha produzido.

O gestor, amparado pela referida lei e dentro das hipóteses legais, ganha autonomia para poder decidir como a recomposição do ordenamento jurídico violado se dará, se será pela desconstituição do ato ou contrato, decretando sua nulidade, podendo modular seus efeitos se esta for a melhor solução prática, ou, se será por meio da manutenção do ato viciado com a responsabilização dos envolvidos e perdas e danos, se for o caso.

Isso porque a nova Lei de Licitações tornou possível diagnosticar de forma objetiva por meio de um processo racional, se os efeitos da retroatividade de um ato ou contrato administrativo realiza os valores constitucionais da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

A referida lei reforçou valores e princípios constitucionais, a exemplo dos da segurança jurídica, proteção a confiança legítima, eficiência, proporcionalidade e economicidade, dando aos mesmos maior efetividade ao incentivar que o gestor faça uma avaliação racional dos impactos que sua decisão causará na prática, visto que a decisão do gestor deve ser no sentido de resultar no mínimo sacrifício dos interesses envolvidos para alcançar o fim esperado.

Conclui-se que o sistema de nulidades positivado na Lei nº 14.133/21 superou a concepção meramente mecanicista que prevaleceu no Brasil durante décadas, concepção esta encontrada no art. 59, da Lei nº 8.666/93 e na primeira parte da Súmula 473 do STF, apontando para uma evolução deste instituto no Direito Administrativo Contemporâneo, condizente com a implementação dos valores e os princípios constitucionais plurais previstos na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. In: QUIRINO, Carina de Castro; MENDONÇA, José Vicente Santos de; BAPTISTA, Patrícia Ferreira (coords). *Inovações no Direito Público*. Curitiba: CRV, 2018.

_____. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Segurança Jurídica diante de atos administrativos ilegais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-22/valter-araujo-seguranca-juridica-diante-atos-administrativos-ilegais>>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. Crise, oportunismo e o retorno da supremacia do interesse público: o pêndulo que não voltou. *Revista Eletrônica da Pge*, Rio de Janeiro, v. 3, nº 1, setembro 2020. Disponível em: <revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/126>. Acesso em: 03 ago. 2022.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Noberto. *Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. *Lei nº 14.133/21*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil/03/_Ato2019-2022/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 31 jul. 2022.

_____. *Lei nº 4.657/42*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 349, de 2015*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. *Projeto de Lei Ordinária nº 3009, de 2022*. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-3009-2022>>. Acesso em: 30 jan. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 753.039/PR*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/06/2007, DJ03/09/2007p. 122. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCOn/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.111.083/GO*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.972/2012*. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.972/2012*. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1462/2020*. Relator: Ana Arraes. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.789/2013*. Relator: Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2019, [ebook].

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 ago. 2021.

_____. 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 ago. 2021.

CURIATI, André Peron Pereira. *O regime de nulidades contratuais presente na nova lei de licitações e contratos*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-regime-de-nulidades-contratuais-presente-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

FEITOSA, Rogério Augusto Borger. *O problema das nulidades nos contratos administrativos e a nova lei de licitações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56211/o-problema-das-nulidades-nos-contratos-administrativos-e-a-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 26 set. 2021.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. *Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores*. Disponível em: <<http://www.licitacaoecontrato.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

FRANÇA, Phillip Gil França. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance: Gestão de Riscos, Proteção de Dados e Soluções para o Controle Judicial na Era da IA*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

GODINHO, Guilherme Temponi Dias. *A nulidade dos contratos na lei nº 14.133/2021: aportes da nova lei de licitações e contratos administrativos a uma teoria de nulidades em construção*.

2021. 32f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/93*. 18 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei n. 8.666/93*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. 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 ago. 2021.

_____. *Solução dialógica*. Disponível em: <<http://search?q=administração+pública+dialógica+rafael+maffini&cvid=5ced8c7f2442475caa484d9da4a4213a&aqs=edge..69i57.19190j0j9&FORM=ANAB01&PC=U531>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Revogação e anulação de ato administrativo*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25736>> Acesso em: 12 dez. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 08 jul. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Súmula 473: é hora de dizer adeus*. 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: 01 mar. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova Lei de licitações e contratos administrativos comparada e comentada: lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites de invalidação a ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena, SOUZA, Plabo Ademir de Souza. *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 ago. 2021.

_____; NÓBREGA, Marcos. A teoria das invalidades na nova lei de contratações públicas e o equilíbrio dos interesses. *Revista Juris Unitoledo*, Araçatuba, Sp: Unitoledo, v. 07, nº 1, jan./jun., 2022.

VALIATI, Thiago Priess. *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-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em: 10 ago. 2021.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.