



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

SARELLE ALVES DO NASCIMENTO

DECRETAÇÃO DE INVALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Uma
análise da lei 14.133/2021 à luz da lindb e a construção de uma nova teoria das invalidades

Recife
2023

SARELLE ALVES DO NASCIMENTO

DECRETAÇÃO DE INVALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Uma análise da lei 14.133/2021 à luz da lindb e a construção de uma nova teoria das invalidades

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo

Orientador(a): Profa. Larissa Medeiros Santos

Recife
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do
programa de geração automática do SIB/UFPE

Nascimento, Sarelle Alves do .

Decretação de invalidez dos contratos administrativos: Uma análise da lei
14.133/2021 à luz da lndb e a construção de uma nova teoria das invalidezes. /
Sarelle Alves do Nascimento. - Recife, 2023.

43 p.

Orientador(a): Larissa Medeiros Santos

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

10.

Inclui referências.

1. Teoria da invalidez. 2. Contratos Administrativos. 3.
Consequencialismo. 4. Interesse Público. 5. Lei nº 14.133/2021. I. Santos,
Larissa Medeiros . (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

SARELLE ALVES DO NASCIMENTO

DECRETAÇÃO DE INVALIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

Uma análise da lei 14.133/2021 à luz da lindb e a construção de uma nova teoria das invalidades

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 24/04/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Larissa Medeiros Santos (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^º. Dr. Manoel de Oliveira Erhardt (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^º. Dr. Marcos Antonio Rios da Nóbrega (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Aos meus pais: Sandra Lourdes Alves da Silva e Cloves Alves do Nascimento (*in memoriam*) por toda oportunidade, amor e cuidado e aos meus grandes amigos de caminhada. Sem vocês, eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Somos o resultado de todas as pessoas que passaram pelo nosso caminho. Durante minha trajetória acadêmica agradeço imensamente:

Aos professores que estiveram dispostos a contribuir para um melhor aprendizado, em especial a minha professora e orientadora, Larissa Medeiros.

Aos meus colegas de trabalho, em especial, aos servidores do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Pernambuco, por todo conhecimento compartilhado.

À minha psicóloga, Walkyria Cabral, que me ajudou a controlar a minha ansiedade na reta final de curso e me apoiou em todas as decisões e angústias desse período.

À minha mãe, Sandra Lourdes Alves, por me dar a oportunidade de fazer uma graduação com todos os recursos possíveis.

Aos meus grandes amigos, de escola, de graduação, de trabalho e de vida, por acreditarem sempre no meu potencial e me lembrarem que sou capaz.

À Deus, por sempre me guiar nas minhas escolhas e por colocar no meu caminho pessoas e oportunidades tão incríveis para o meu desenvolvimento emocional, moral, e profissional.

“O progresso do conhecimento depende da renovação do pensamento cristalizado, que se torna obsoleto com o passar do tempo. É necessário que novos (e jovens) pensadores proponham soluções heterodoxas, questionem os dogmas e desafiem a certeza dos antigos.” (JUSTEN FILHO, 2022, p. 7).

RESUMO

A monografia analisa a “nova” teoria das invalidades aplicada aos contratos administrativos, advinda da Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021) e da alteração da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. No Direito Administrativo Clássico havia uma incompletude acerca do regime jurídico dos atos inválidos. Isso porque a decisão de não invalidar um contrato considerando as circunstâncias práticas ou os efeitos já produzidos já era aceita pela jurisprudência e por parte da doutrina, mas por muitas vezes desconsiderada pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. Desse modo, por muitos anos a ausência de um texto legal expresso e claro que tratasse de tal matéria foi sendo suprida pelas “acrobacias” dos atores da Administração Pública na prática cotidiana. Nesse toar, foi necessária a positivação pelo legislador, iniciando com o advento da Lei nº 13.655/2018 e as alterações e acréscimos que promoveu na LINDB, ao dispor sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Assim, como o excessivo culto ao formalismo da Lei nº 8.666/93 acabava por imperar em detrimento do exame das consequências práticas da invalidação e com a sociedade cada vez mais complexa e a necessidade de se construir um regime jurídico mais sólido e real de invalidades, a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021) vem para estabelecer parâmetros indicativos para os atores da Administração Pública para fins de analisar eventual invalidade na licitação ou no contrato. Estes parâmetros deverão considerar os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão. Eles são um misto de critérios políticos, econômicos e sociais, variando de “impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios” previstos para o contrato a “riscos sociais, ambientais e à segurança da população decorrentes do atraso na fruição” desses benefícios. O exame de eventual invalidade na licitação ou no contrato também pode considerar a “motivação social e ambiental do contrato”, o “custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas”; a “despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados”; o “fechamento dos postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação”, o “custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato”, entre outros. Com isso, são compilados os novos estudos desenvolvidos sobre a teoria das invalidades dos contratos administrativos, trazendo o disposto na Lei 14.133/2021 à luz das disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público previstas pela LINDB, além de se analisar, brevemente, caso concreto julgado pelo Tribunal de Contas da União com a utilização da lógica consequencialista.

Palavras-chave: Teoria da invalidade; Contratos Administrativos; Consequencialismo; Interesse Público.

ABSTRACT

The monograph analyzes the “new” theory of invalidities applied to administrative contracts, arising from the Bidding and Contracts Law (Law 14.133/2021) and the amendment of LINDB by Law No. 13.655/2018. In Classic Administrative Law there was an incompleteness regarding the legal regime of invalid acts. This is because the decision not to invalidate a contract considering the practical circumstances or the effects already produced was already accepted by jurisprudence and part of the doctrine, but often disregarded by the control bodies and the Judiciary. Thus, for many years, the absence of an express and clear legal text dealing with such matter was supplied by the “acrobatics” of Public Administration actors in daily practice. In this regard, it was necessary for the legislator to affirm it, starting with the enactment of Law n° 13.655/2018 and the changes and additions that it promoted in LINDB, when providing for legal certainty and efficiency in the creation and application of public law. Thus, as the excessive cult of the formalism of Law n° 8.666/93 ended up prevailing to the detriment of the examination of the practical consequences of invalidation and with an increasingly complex society and the need to build a more solid and real legal regime of invalidities, the new Public Bidding and Contracting Law (Law 14.133/2021) comes to establish indicative parameters for Public Administration actors for the purpose of analyzing possible invalidity in the bidding or in the contract. These parameters should consider the facts, prognosis and informative asymmetries contemporary to the decision-making process. They are a mix of political, economic and social criteria, ranging from “economic and financial impacts arising from the delay in enjoying the benefits” provided for in the contract to “social, environmental and public safety risks arising from the delay in enjoying” these benefits. The examination of eventual invalidity in the bidding process or in the contract can also consider the “social and environmental motivation of the contract”, the “cost of deterioration or loss of the executed installments”; the “necessary expense for the preservation of facilities and services already performed”; the “closing of direct and indirect jobs due to the stoppage”, the “cost of carrying out a new tender or entering into a new contract”, among others. With this, the new studies developed on the theory of invalidity of administrative contracts are compiled, bringing the provisions of Law 14.133/2021 in the light of the provisions on legal certainty and efficiency in the creation and application of public law provided for by LINDB, in addition to briefly analyze a concrete case judged by the Federal Court of Auditors using consequentialist logic.

Keywords: Invalidity theory; Administrative Contracts; Consequentialism; Public interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB Constituição da República Federativa do Brasil

LINDB Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

NLLC Nova Lei de Licitações e Contratos

Administrativos STF Superior Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TC Tribunal de Contas

TCC Trabalho de Conclusão de Curso

TCU Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUA EXTINÇÃO	15
2.1 Contratos Administrativos: Vícios e Efeitos	15
2.2 Extinção dos Contratos Administrativos	20
3. ALTERAÇÃO DA LINDB PELA LEI Nº 13.655/18 E SEUS REFLEXOS NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO	23
4 A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA TEORIA DAS INVALIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADVINDA DA LEI Nº 14.133/2021	29
5 ANÁLISE DE CASO: PREGÃO ELETRÔNICO PROMOVIDO PELA COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO	35
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido – “Decretação de invalidade dos contratos administrativos: Uma análise da Lei 14.133/2021 à luz da LINDB e a construção de uma nova teoria das invalidades” – tem como objetivo demonstrar que a nova teoria das invalidades, advinda da Lei 14.133/2021, surge para consagrar os princípios da eficiência, da economia e da supremacia do interesse público em face da lógica estritamente formalista e inflexível da Lei nº 8.666/93, nos contratos administrativos eivados de vícios, tanto vícios oriundos dos processos licitatórios que os deram origem, como vícios em sua própria formação.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 37 que são princípios norteadores da Administração Pública os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse toar, fora estabelecido, conforme vislumbra-se na doutrina clássica, um certo favoritismo pelo princípio da legalidade e o culto exacerbado do formalismo, prevalecendo tal lógica em muitas decisões tomadas pela Administração Pública.

Contudo, no decorrer dos anos e ao se analisar a realidade dos contratos administrativos dos entes federativos foi possível perceber que havia um maior prejuízo na decretação de invalidade de contratos, do que na manutenção do contrato, seja por conta de vícios em sua formação - nesse caso passíveis de serem sanados - ou seja por conta da manutenção de vícios decorrentes do procedimento licitatório que deu origem ao contrato.

Em outras palavras, apesar da invalidação ter como regra propiciar efeitos tanto no âmbito jurídico, como no âmbito fático, desconstituindo ambos. Contudo, conforme será melhor desenvolvido ao longo do presente texto, existem casos em que o vício permanece sem saneamento pois a invalidação não pode mais atingir os efeitos fáticos, seja por não existir a possibilidade de desconstituição do efeito material, ou seja por existir uma norma que proteja tal situação.

Nesse sentido, a importância da temática deve-se aos impactos que uma nova norma e uma nova lógica de atuação da Administração Pública podem gerar em contratos administrativos que sob a égide de uma teoria clássica seriam considerados inválidos. Logo, compreende-se a necessidade de debater tal tema pela complexidade existente na atualidade e pela perspectiva trazida pela nova Lei de Licitações. Isso porque, apesar da concepção antiquada da Lei nº 8.666/93 e, por vezes, superada, por parte da jurisprudência, ainda é

possível perceber que seus ditames ainda ecoam no modo de agir e pensar dos agentes administrativos.

Ora, é clarividente que a Administração Pública necessita de legislações e procedimentos mais rigorosos, contudo, isso não significa que ela precisa ficar engessada em concepções extremamente formalistas que não se coadunam com a realidade. O engenheiro de produção, Alonso Mazini Soler¹, citado por Marcos Nóbrega e Flávio Germano assim se manifesta:

Paralisar uma obra pública implica, necessariamente, revisão ou cancelamento de contratos com projetistas, empreiteiras, montadoras, gerenciadoras, fabricantes de equipamentos etc. Isso desencadeia desequilíbrios econômico-financeiros às partes afetadas e provoca a proliferação de litígios judiciais (ou arbitrais) que acabam onerando bastante a Administração Pública e por um longo prazo.²

Desse modo, na nova (e em construção) teoria da invalidade no direito administrativo defende-se que a existência de um vício no contrato não deve ocasionar, automaticamente, a suspensão ou interrupção da execução contratual. É preciso avaliar quais os prejuízos que a decretação de invalidade irá trazer para a coletividade. Destarte, é nesse ponto que o princípio da legalidade será interpretado considerando outros os princípios basilares da Administração Pública e não se sobressaindo em relação a eles.

Dessa forma, trazer um estudo comparativo entre as leis é também se aprofundar mais sobre uma nova teoria das invalidades que emerge no Direito Administrativo brasileiro, sendo um meio bastante eficaz de se visualizar tais nuances. Nesse sentido, faz-se necessário trazer uma perspectiva doutrinária acerca do tema das invalidades e das alterações promovidas na LINDB, com seus reflexos nos procedimento licitatórios e contratos administrativos, bem como analisar e comparar o disposto sobre o tema na Lei nº 8.666/93 e na Lei 14.133/2021.

Para, ao final, trazer a análise de um caso julgado pelo Tribunal de Contas da União, o qual se utilizou da lógica consequencialista, tem em vista que apesar da constatação de vício no procedimento licitatório, a corte de contas determinou a manutenção da contratação visto que a decretação de sua invalidade iria acarretar dano ao interesse

¹ SOLER, A. M. **Obras públicas: impacto econômico das paralisações**. 2017. Disponível em: <https://www.buildin.com.br/obras-publicas-impacto-das-paralisacoes/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

² TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021. p. 131.

público.

Assim, o trabalho tem como objetivo demonstrar que todos os atores envolvidos com a Administração Pública, sejam eles agentes administrativos, órgãos de controles, particulares, necessitam organizar as suas concepções para que possam contribuir para o aperfeiçoamento e a construção dessa nova teoria das invalidades, com o intuito de atender ao interesse público e não mais a um formalismo sem propósito de ser.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUA EXTINÇÃO

Antes de iniciar as discussões acerca do tema central torna-se necessário trazer breves noções sobre a base conceitual que permeia o conceito de contrato administrativo para o melhor desenvolvimento da tese.

Nesse toar, é fundamental esclarecer, desde já, que o contrato administrativo é um ato administrativo bilateral, sendo assim a sistematização referente aos atos administrativos inválidos é a mesma para os contratos administrativos. Desse modo, o tema será abordado a partir da teoria clássica dos atos administrativos inválidos, sendo válidas as considerações ao longo do presente trabalho aos procedimentos licitatórios e contratos administrativos portadores de vícios³.

2.1 Contratos Administrativos: Vícios e Efeitos

A Lei nº 8.666/93 dispõe em seu parágrafo único do Art. 2º que considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada⁴.

Contudo, cabe ressaltar que nos Contratos Administrativos a Administração atua com as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, as chamadas cláusulas exorbitantes. Ou seja, como bem delineado por Carlos S. de Barros Junior⁵, a especificidade dos contratos administrativos está na possibilidade de alterações e rescisões, independentemente de intervenção judicial, podendo ser realizadas de forma unilateral apenas pela Administração Pública.

Ainda sobre os contrato administrativo, no que diz respeito a sua forma, leciona Matheus Carvalho⁶, que o contrato deve ser, em regra, escrito, devendo haver um termo que materialize a sua celebração. Sendo assim, na maioria dos casos o procedimento licitatório é formalizado em processo regular e a contratação deve respeitar os requisitos definidos em lei e conter o objeto e suas características, regime de execução ou forma de

³ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalididades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Dou 22.6.1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

⁵ BARROS JÚNIOR, Carlos S. Contratos Administrativos. São Paulo: Saraiva, 1986.pg.22.

⁶ CARVALHO, Matheus. Administrativo: teoria e prática - OAB 1ª e 2ª Fase. 18.ed.rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022. pg. 169.

fornecimento, o preço e as condições de pagamento, bem como, critérios de reajuste, regras de atualização monetária e demais requisitos legais.

Pois bem. É exatamente na falta dos requisitos previstos para a celebração dos contratos administrativos que se configura um vício de ilegalidade, com efeitos a serem modulados a depender do regime jurídico da contratação, pois como será melhor explicitado, o tratamento dado a contratos eivados de vícios de ilegalidade é diverso se aplicada a Lei nº 8.666/93 ou se aplicada a Lei nº 14.133/21.

Nesse sentido, o que se pode extrair de relevante na doutrina clássica para dar base à argumentação aqui exposta é a forma de identificação dos vícios e a forma de tratamento dado a eles. Ou seja, a possibilidade de configuração de uma invalidade jurídica ou não, considerando a imputabilidade do vício com os valores jurídicos relevantes.

Portanto, uma forma de trazer uma sistemática para as invalidades consiste em observar o aspecto do ato administrativo a que se vinculam, ao identificar se o vício é de competência, de forma, de conteúdo ou de finalidade⁷. Destaca-se que esses vícios estão dispostos na Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965 (Lei de ação popular) em seu artigo 2º.⁸

Sobre tal sistematização, Marçal Justen Filho⁹, ao tratar dos vícios dos atos administrativos, visualiza as seguintes hipóteses:

Quadro 1 – Vícios dos atos administrativos

Vício de competência	inexistência de competência
	defeito quanto ao sujeito
	excesso de poder
Vício de forma	ofensa aos requisitos de existência e validade

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 438

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pg 526.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 439.

	ofensa ao procedimento
	defeito de motivação
Vício de conteúdo	ofensa aos requisitos de existência
	ofensa aos requisitos de validade
Vício de motivo	ausência de escolha consciente
	equivoco quanto à ocorrência dos fatos
	equivoco quanto à relação de causalidade entre motivo e decisão
	equivoco quanto à relação de necessidade entre motivo e decisão
Vício de finalidade	vício quanto à escolha da finalidade
	desvio de poder
	desvio de procedimento
	abuso de poder

Fonte: adaptado de JUSTEN FILHO (2014).

Nessa perspectiva, ao se identificar os vícios, a doutrina parte para analisar as consequências decorrentes deles. Isto é, se a partir da identificação de um vício, tanto nos contratos administrativo (ato administrativo bilateral)¹⁰, como nos procedimentos licitatórios que os deram origem, se o mesmo deve ser extinto do mundo jurídico, se deve ser sanado, ou não sendo possível seu saneamento, se deve ser mantido no mundo fático.

Isso porque, além de existirem as possibilidades de decretação de invalidade ao se identificar o vício e saneamento no vício, existem casos em que o vício é mantido. O professor Jacintho Arruda Câmara¹¹ leciona que os efeitos produzidos por um ato administrativo viciado recebem tratamento variado do ordenamento jurídico, conforme o caso concreto, nesse sentido, afirma que:

É possível que, por força de invalidação, toda a gama de efeitos produzidos seja desconstituída; há também a possibilidade de que os efeitos sejam preservados pelo sistema: todos ou apenas uma parte deles. As causas e os meios que geram a preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados também variam.

4. A preservação pode ocorrer através da convalidação do ato administrativo viciado. Em tal hipótese, a ilegalidade é suprimida pelo ato convalidador, que

¹⁰ Destaca-se que no presente trabalho quando se tratar das especificidades de atos administrativos, essas também serão aplicadas aos contratos administrativos.

¹¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de abril de 2023.

retroage a fim de corrigir o vício que maculou o ato. Desta forma são preservados tanto os efeitos jurídicos do ato, quanto os fáticos.

Mesmo sem que se dê a correção do vício que macula o ato, seus efeitos podem ser protegidos por meio do que se chamou “estabilização dos efeitos dos atos administrativos viciados”. Os efeitos permanecem por força de outras normas, que não aquela contida no ato viciado que lhes deu causa.

São normas específicas como a que estabelece a prescrição, ou normas mais genéricas como os princípios gerais do direito, dentre eles os da boa-fé e segurança jurídica.

5. Resta uma hipótese em que pode se dar a manutenção dos efeitos de um ato viciado. Diz respeito aos efeitos fáticos produzidos por um ato viciado que não são suscetíveis, por sua própria natureza, de sofrer desconstituição. Em casos como tais, o direito terá de se amoldar à situação irreversível, imputando novos efeitos à realidade fática constituída com base no ato viciado.

Propriamente não há uma “preservação” dos efeitos fáticos - eles simplesmente “permanecem”, em virtude da natureza irreversível que sustentam - mas, uma adaptação do direito àquela realidade que se mostra imutável.

6. A preservação dos efeitos dos atos administrativos portadores de vício, quando ocorre, guarda consonância com os princípios gerais do direito. Servem de fundamento para este fenômeno, mais notadamente, os princípios da segurança jurídica e o da proteção à boa-fé dos administrados. (grifo nosso)

Em outras palavras, apesar da invalidação ter como regra propiciar efeitos tanto no âmbito jurídico, como no âmbito fático, desconstituindo ambos. Existem casos em que o vício permanece sem saneamento pois a invalidação não pode mais atingir os efeitos fáticos, seja por não existir a possibilidade de desconstituição do efeito material, ou seja por existir uma norma que proteja tal situação.

Importa pontuar, ainda, antes de aprofundar no tema das invalidades, a diferença entre ilicitude do ato administrativo da invalidade do ato administrativo. Conforme bem pontuado por Marçal Justen Filho¹², a invalidade, em seu sentido amplo, é o descompasso entre um ato concreto, aquele praticado na realidade e o modelo que a norma jurídica determinou. Já a ilicitude, segundo o citado autor, é a conduta que está identificada nas normas, mas com uma previsão de incidência de uma sanção, valendo lembrar que um mesmo ato pode ser considerado ilícito e inválido na mesma situação.

Pois bem. Ao se passar para análise dos entendimentos doutrinários sobre o tema das invalidades, verifica-se que a dogmática clássica divide-se em duas vertentes quando o assunto é “graus de invalidades”.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, afirma que não existem graus de invalidade, o que existe na verdade é uma espécie de grau de valoração do ato baseado nos próprios

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., Pg. 436.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 26ª Edição, Rev. Atual. Amp.. São Paulo: Malheiros Editora, São Paulo, 2009 p. 454.

ditames do ordenamento. Confira-se:

[...] Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles.

Marçal Justen Filho¹⁴ afirma que existem, sim, graus de invalidade, tomando como referência a finalidade buscada pelo ordenamento jurídico ao determinar o disciplinamento de certa conduta.

Já a respeito do caráter da invalidade, se é vinculado ou discricionário, também existem entendimentos diferentes na doutrina. Pode-se observar que há os que, a partir do princípio da predominância do interesse público, defendem a faculdade de anular. E há os que defendem a anulação como dever da administração anular atos ilegais, tendo em vista o princípio da legalidade.¹⁵

Portanto, como é possível observar, esse não é o único ponto de divergência doutrinária existente no tema das invalidades dentro do âmbito do Direito Administrativo brasileiro, cabendo esclarecer, de pronto, que o presente trabalho não se propõe a expor de modo detalhado todas as opiniões, mas pontuar as controvérsias pertinentes ao tema central.

Quanto às categorias dos atos administrativos viciosos, Seabra Fagundes¹⁶, refutando a possibilidade de aplicar-se ao direito administrativo a teoria das nulidades do Direito Civil, entende que os atos administrativos viciosos podem agrupar-se em três categorias: atos absolutamente inválidos ou atos nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e atos irregulares.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷ classifica as consequências decorrentes dos vícios em atos nulos, que são aqueles que o vício não admite convalidação e atos anuláveis, que são aqueles que admitem convalidação. E convalidação, para ela, seria o ato pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.

Sobre o instituto da convalidação, Weida Zancaner¹⁸ esclarece que a

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 436 - 438.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pg. 522-523.

¹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos, 4ª ed., Belo Horizonte: Forense, 1967. Pg. 63-67.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2019. pg 536 - 540.

¹⁸ ZANCANER, WEIDA. Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, 2ª ed. São Paulo:

convalidação é uma forma de recompor a ordem jurídica violada, pois é um ato que suprime os defeitos de um ato vicioso e resguarda os efeitos por ele produzidos. Inclusive, leciona a autora que caso não seja possível a convalidação do ato vicioso, é dever da Administração Pública decretar a invalidade do ato, visto que a discricionariedade é restrita.

Como delineado, a doutrina clássica, apesar de não ser unânime quanto a classificação do tratamento a ser dado aos atos/contratos detentores de vícios, sinaliza a existência de um certo consenso em no que diz respeito à extinção dos atos/contratos administrativos.

Acerca da matéria, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito Federal, dispõe as seguintes diretrizes a serem seguidas pela Administração:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

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

Nesse toar, como é possível observar, atos eivados de vícios, a depender da natureza do vício, podem ter tratamentos diversos dentro do mundo jurídico.

Diante dessa perspectiva, conforme já explicitado, como o contrato administrativo é um ato administrativo, são aplicadas, portanto, as disposições da teoria clássica das invalidades no Direito Administrativo.

2.2 Extinção dos Contratos Administrativos

A extinção dos atos administrativos, para a doutrina clássica, significa a extinção das relações jurídicas decorrentes de tais atos. Conforme já pontuado, o contrato administrativo é um ato administrativo bilateral, desse modo, a conceituação de algumas hipóteses que ensejam a extinção dos atos administrativos podem ser estendidas para eles.

O administrativista, Marçal Justen Filho¹⁹, menciona diversas hipóteses de extinção dos atos administrativos, contudo, no presente trabalho, destacam-se as hipóteses que

Malheiros Editores, 1993.pg 56.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 432.

podem ensejar a extinção dos contratos administrativos:

- a. **Exaurimento da eficácia do ato:** contrato administrativo de fornecimento de material, entregue o produto à administração, o contrato se exaure.
- b. **Decurso do tempo:** contrato administrativo de prestação de serviço firmado por 12 meses, quando atinge o termo final se extingue.
- c. **Rescisão por inadimplemento:** ato unilateral da Administração tendo em vista, por exemplo, a falta de cumprimento de um contrato administrativo, impondo, assim, uma rescisão, respeitando-se o devido processo legal.
- d. **Força maior e caso fortuito:** extinção de relação jurídica por consequência de eventos imprevisíveis ou consequências incalculáveis.
- e. **Invalidação:** o contrato seria desfeito devido a identificação de defeito em sua formação, ou se fosse identificado vício no procedimento licitatório que o originou, por exemplo.
- f. **Revogação:** ato administrativo é desfeito pela própria Administração tendo em vista o reconhecimento da inconveniência da solução dele consagrada.

Aqui o que se pretende é a análise da hipótese de extinção do contrato administrativo por invalidação. É importante destacar que dentro das concepções doutrinárias acerca do tema, é possível identificar que apesar de se pontuar que existe uma teoria das invalidades do direito administrativo, essa ainda não está acabada. Isso porque, como é cediço, não existe uma codificação referente ao Direito Administrativo, o que existe são legislações que disciplinam essa matéria, mas não uma regulação uniforme. Eis que surge outra questão: como o Direito Administrativo abarca diversos temas, isso gera uma grande dificuldade em consolidar uma regulamentação que abarque tudo, assim como gera diversas divergências entre os doutrinadores.

Pois bem. Acerca da invalidação do contrato administrativo, a doutrina clássica é unânime ao conceituar que é o desfazimento do ato por motivos de ilegalidade.

Nesse sentido, como destacado por Luiz Eduardo Altenburg de Assis²⁰, o encerramento prematuro do contrato administrativo é circunstância excepcional, que geralmente decorre de alguma anomalia constatada após a sua celebração que impõe a sua extinção.

Contudo, apesar da decretação de invalidade já ser vista como uma medida excepcional por muitos operadores do direito, a teoria tradicional das invalidades

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes.(org.). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Zênite, E-book, 2ª edição. Pg. 209.

(ou nulidades)²¹ no Direito Administrativo, por ser uma teoria bastante formalista e dogmática, teve uma forte influência na conduta das autoridades competentes, que, sob a égide do princípio da supremacia do interesse público sob o interesse particular, valeu-se da brecha legislativa e doutrinária para decretações de invalidades arbitrárias, sem as devidas motivações e sem a análise de suas consequências práticas.

No entanto, conforme será possível perceber nos capítulos seguintes, a concepção meramente formalista, sem a consideração de efeitos práticos, já vinha sendo reformulada na esfera dos tribunais de contas. Assim, com advento da Lei 14.133/2021 à luz das disposições trazidas pela Lei nº13.655/18, que alterou a LINDB, é possível vislumbrar a construção de uma nova teoria das invalidades no Direito Administrativo pátrio.

²¹ No presente trabalho, as expressões anulação e invalidação serão utilizadas como sinônimas, versando, assim, sobre o mesmo instituto.

3. ALTERAÇÃO DA LINDB PELA LEI Nº 13.655/18 E SEUS REFLEXOS NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB foi alterada pela Lei nº 13.655 em 24 de abril de 2018. Com isso, tal alteração trouxe novos dispositivos que passaram a influenciar o direito administrativo. Contudo, cabe destacar que não são inovações dentro do ordenamento jurídico pátrio, apenas foram inseridas com o intuito de delinear melhor a atuação dos gestores e dos órgãos de controle, trazendo mais segurança nas práticas da administração.

Edilson Nobre²², nesse ponto, destaca que a alteração trazida pela Lei nº 13.655/18 visou a elevação dos níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público, com o intuito de aperfeiçoar a atividade decisória da Administração Pública em todos os níveis da Federação, bem como dos órgãos autônomos de controle, superando-se os desafios atuais da ação do Poder Público.

Nessa perspectiva, os novos dispositivos vêm para reforçar e direcionar de forma mais pormenorizada as determinações constantes nos princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse íterim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, comentando sobre as alterações na LINDB, assim pontua:

Nem tudo o que nela contém constitui inovação do direito positivo. Algumas de suas disposições praticamente se limitam a explicitar princípios informadores do direito administrativo, no que se refere às decisões tomadas pela Administração Pública e à atividade de controle que ela exerce.

Em relação ao tema do presente trabalho destaca-se que a LINDB preocupou-se em reforçar os princípios da motivação e da proporcionalidade no artigo 20. Observe-se:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Como é possível perceber esse dispositivo traz a necessidade de se considerar as

²² NOBRE JUNIOR, E. P. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a busca de paradigmas interpretativos para o direito administrativo. Editora ContraCorrente: 2019. pg 26. Disponível em: <https://app.vlex.com/#sources/31129>

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pg. 206.

consequências que determinadas decisões podem trazer na prática, além de trazer a combinação do princípio da motivação e da proporcionalidade quando dispõe em seu parágrafo único sobre a necessidade de adequação das medidas a serem tomadas ao caso concreto e suas justificativas.

Ou seja, a invalidação de um contrato administrativo, por exemplo, pode ensejar diversas consequências, como uma nova contratação, demissão em massa de força de trabalho do contratado, indenização por prejuízos ao contratado, desse modo, essas consequências precisam ser consideradas e ponderadas antes de tal decretação de invalidade. O artigo 20 da LINDB chama a Administração pública para analisar as soluções mais adequadas a cada caso concreto, levando em consideração o interesse público.

Desse modo, ao consagrar o Princípio da Motivação o artigo 20 tem o intuito de diminuir o subjetivismo e a superficialidade das decisões administrativas, proporcionando uma melhor resolução do problema ao aplicar o direito. Não se trata de ir de encontro às normas postas no ordenamento, mas sim de ponderar sua aplicação.

Além disso, como é cediço, em muitos momentos a Administração Pública utiliza-se de justificativas genéricas, pautadas em fórmulas gerais, com o intuito de ocultar uma preferência arbitrária na solução dada.

Ora, suponha-se o caso de invalidade de um contrato administrativo plenamente em execução, fundado apenas pela não publicação do seu extrato no Diário Oficial (condição de eficácia) para, gerando a irregularidade, retaliar empresa que pertence a inimigo político. A solução adotada foi apenas para retaliar o adversário. No entanto, se fosse utilizada a lógica consequencialista a solução seria outra, evitando-se, assim, arbitrariedades.

E o que seriam esses valores abstratos, referidos no dispositivo legal?! Valores abstratos são aqueles destituídos de conteúdo determinado. “Interesse Público” é um deles. Dessa forma, o que se pode perceber é que o artigo 20, da LINDB, não veda que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas traz a exigência que para utilizá-los é preciso que as circunstâncias fáticas sejam consideradas, a fim de medir as consequências.

Portanto, o problema não reside na aplicação do direito baseado apenas em valores abstratos, mas na falta de justificativa clara e evidente dos valores utilizados pela autoridade competente.

A respeito do tema, Edilson Nobre²⁴ aduz:

²⁴ NOBRE JUNIOR, E. P. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a busca de paradigmas interpretativos para o direito administrativo. Editora ContraCorrente: 2019. pg 56. Disponível em:

Sendo o motivo um elemento de natureza fática e essencial ao proceder da Administração, a justificação da sua existência e adequação se mostra imperativa como um reclamo de transparência que, no Estado Democrático de Direito, repudia a Administração sigilosa, bem assim para permitir o desempenho, de forma ampla, do controle da juridicidade do agir administrativo.

Pode-se dizer, também, que o artigo 20 da LINDB propõe que o modo de agir da Administração Pública (modo de aplicar o direito) passe de uma concepção mecanicista para uma concepção mais realista.

A concepção “mecanicista” é pautada no pressuposto de que todas as soluções a serem adotadas nas situações fáticas já estão previstas nas normas gerais. Nesse sentido, a atividade de se aplicar o direito, ou seja, de tomar alguma decisão, por exemplo, não envolveria inovação, isso porque o ordenamento já fornece todas as soluções. Contudo, para Marçal Justen Filho²⁵, esse é um enfoque idealista. Funda-se na pressuposição de que todas as circunstâncias da realidade estão previamente contidas e exaustivamente disciplinadas nas normas jurídicas abstratas.

Já a concepção realista é pautada na premissa de que tanto o legislador como a lei são incapazes de descrever todas as soluções para os casos concretos que venham a surgir, então a aplicação do direito se dá na escolha de quais normas serão aplicadas, claro que respeitando-se os limites da autonomia decisória.

Desse modo, pode-se inferir que para seguir a nova diretriz proposta pela LINDB é necessário que a Administração Pública adote a concepção realista de aplicação do direito.

Destaca Marçal Justen Filho²⁶:

Existem casos concretos em que existem alternativas decisórias distintas, até contraditórias entre si. São situações em que há normas muito genéricas, não sendo viável reconhecer uma solução como evidente. Em tais hipóteses, surge o risco de variações de entendimento, de modo que cada agente estatal formula decisão distinta a propósito de situações fáticas similares e sujeitas às mesmas normas jurídicas.

É diante de tal perspectiva que para que uma autoridade competente seja apta a tomar decisões, ela precisa ser técnica e experiente na realização do processo de previsibilidade dos efeitos de sua escolha.

Pois bem. Passando para como o artigo 20, da LINDB, consagrou o princípio da

<https://app.vlex.com/#sources/31129>

²⁵ Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>

²⁶ Ibidem.

proporcionalidade, pode-se inferir que tal princípio está ligado à capacidade da autoridade competente de alinhar a decisão/solução adequada ao caso concreto. Em outras palavras, é necessário analisar previamente todas as soluções e consequências práticas para tomar uma decisão proporcional ao fim almejado.

Ainda sobre as alterações da LINDB, introduzidas pela Lei nº 13.655/18, destaca-se a inovação constante no artigo 21, que dispõe de forma mais específica sobre a questão das invalidades dos atos administrativos e dos contratos administrativos. Observe-se:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Ora, a doutrina tradicional do direito administrativo deixava claro que na teoria da invalidade dos atos administrativos não haveria “brecha” para a autoridade competente ter autonomia para decidir se um ato defeituoso seria preservado ou não, a regra era a decretação de invalidade e o desfazimento do ato administrativo. Nesse toar, não se consideravam os efeitos práticos decorrentes da decretação de invalidade.

Contudo, tal teoria vinha perdendo forças nos tribunais pátrios tendo em vista que na prática administrativa tal teoria acarretava mais prejuízos que benefícios à Administração. O Tribunal de Contas da União – TCU, por exemplo, em muitos casos, reconhecia o defeito do ato, mas não decretava a sua invalidade pautada na proporcionalidade e análise dos efeitos práticos.

A seguir, é possível observar a evolução do entendimento do TCU em alguns acórdão prolatados ao longo dos anos:

Acórdão 1904/2008-Plenário - DATA DA SESSÃO: 03/09/2008

RELATOR: RAIMUNDO CARREIRO

ENUNCIADO: Caso a anulação da licitação ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei 8.666/1993, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, de acordo com o § 3º do citado artigo, observada, também, a necessidade de se indenizar o contratado pelo que houver executado e por outros prejuízos, desde que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei.

Acórdão 2253/2011-Plenário - DATA DA SESSÃO: 24/08/2011

RELATOR: AROLDO CEDRAZ

ENUNCIADO: É possível a anulação parcial de procedimento licitatório, com o aproveitamento dos atos que não tenham sido maculados pelo vício verificado.

Acórdão 1698/2012-Plenário - DATA DA SESSÃO: 04/07/2012

RELATOR: AUGUSTO NARDES

ENUNCIADO: Apenas os atos subsequentes e diretamente dependentes de ato viciado de vício em licitação devem ser, obrigatoriamente, anulados, em razão de apresentarem com ele uma relação de conexão ou de interdependência, aproveitando-se, desde que não se acarrete prejuízo ao interesse público e às partes envolvidas, os demais atos administrativos praticados.

Acórdão 249/2012-Plenário - DATA DA SESSÃO: 08/02/2012

RELATOR: AUGUSTO SHERMAN

ENUNCIADO: Se o processo licitatório não apresenta vícios insanáveis na origem, merece ter seu resultado aproveitado, tanto quanto possível, dentro dos critérios da legalidade e economicidade.

Acórdão 3344/2012-Plenário - DATA DA SESSÃO: 05/12/2012

RELATOR: ANA ARRAES

ENUNCIADO: A declaração de nulidade de ato ou fase da licitação não implica necessariamente a invalidação de todo o procedimento licitatório. É possível a anulação apenas do ato viciado, dos atos subsequentes e do contrato eventualmente celebrado, com aproveitamento dos atos isentos de vícios.

Acórdão 2143/2013-Plenário - DATA DA SESSÃO: 14/08/2013

RELATOR: BENJAMIN ZYMLER

ENUNCIADO: O perigo de dano ao erário pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de propostas de licitantes, de forma a preservar o interesse público, mas isso não implica dizer que tais atos sejam lícitos nem afasta a necessidade da adequada apuração das responsabilidades.

Acórdão 1811/2014-Plenário - DATA DA SESSÃO: 09/07/2014

RELATOR: AUGUSTO SHERMAN

ENUNCIADO: Não restando configurada a lesão à obtenção da melhor proposta, não se configura a nulidade do ato. Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado.

Acórdão 3092/2014-Plenário - DATA DA SESSÃO: 12/11/2014

RELATOR: BRUNO DANTAS

ENUNCIADO: É facultada ao gestor, dentro da sua esfera de discricionariedade, a escolha entre anular todo o procedimento licitatório, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, ou invalidar apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento e retomar o certame no momento imediatamente anterior ao ato ilegal, em analogia ao art. 4º, inciso XIX, da Lei 10.520/2002. No primeiro caso, oportuniza-se a correção de todas as falhas encontradas na licitação. No segundo, aproveita-se parte dos atos nela praticados, diminuindo o comprometimento das atividades essenciais de quem contrata.

Acórdão 4911/2015-Primeira Câmara - DATA DA SESSÃO: 01/09/2015

RELATOR: WALTON ALENCAR RODRIGUES

ENUNCIADO: O perigo de dano ao erário pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de propostas de licitantes, de forma a preservar o interesse público. A atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.

Acórdão 13748/2018-Primeira Câmara - DATA DA SESSÃO: 30/10/2018

RELATOR: WALTON ALENCAR RODRIGUES

ENUNCIADO: O risco de prejuízos para a Administração decorrentes de eventual paralisação do certame pode justificar a convalidação de atos

irregulares, a exemplo de ilícita desclassificação de proposta de licitante, de forma a preservar o interesse público, pois a atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.

Acórdão 2075/2021-Plenário - DATA DA SESSÃO: 01/09/2021

RELATOR: RAIMUNDO CARREIRO

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.

Como é possível inferir, mesmo antes das alterações da LINDB, o próprio TCU já vinha comportando, ao longo dos anos, um certo tipo de consequencialismo ao preservar certos atos administrativos e/ou contratos viciados.

Seabra Fagundes²⁷ já tinha o entendimento de que deveria existir uma ponderação de interesses em casos de identificação de atos administrativos com algum tipo de vício, visto que, em alguns casos, mesmo que a situação tivesse decorrido de um ato administrativo viciado, ela havia atendido ao interesse público, merecendo ser preservada. Observe-se:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torna-se útil àquele mesmo interesse.

Sendo assim, diferentemente do disposto na doutrina clássica e consagrado na Lei nº 8.666/93 e legislações correlatas, que preconizam a imediata decretação de invalidade de um ato com vícios, os artigos 20 e 21 da LINDB delinearam novos contornos para a teoria das invalidades dentro do Direito Administrativo, influenciando, assim, na construção de uma teoria das invalidades pautada no consequencialismo e materializada na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21).

²⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos, 4ª ed., Belo Horizonte: Forense, 1967. Pg. 55-59.

4 A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVATEORIA DAS INVALIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADVINDA DA LEI Nº 14.133/2021

O artigo 37, caput, da Constituição Federal dispõe acerca dos princípios basilares que a Administração Pública deve observar ao praticar seus atos, assim prescrevendo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Seguindo o mesmo preceito, o artigo 3º da Lei nº 8966/93 estabelece que a licitação, ou seja, o procedimento que precede à contratação da Administração Pública, destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Já o artigo 5º da Lei nº 14.133/21 estabelece os seguintes 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).

Nesse toar, tais princípios também são aplicados nos contratos administrativos e devem ser observados nas decisões que a administração vai tomar ao longo da execução deles.

Portanto, ao se analisar a possibilidade de decretação de invalidade de um contrato, por exemplo, é necessário promover o equilíbrio de todos esses princípios a fim de alcançar o interesse público.

Diante disso, antes de se aprofundar nas inovações que a Nova Lei de Licitações (lei nº 14.133/2021) trouxe para a teoria das invalidades do direito administrativo, torna-se necessário revisitar como a Lei nº 8.666/93 disciplina a matéria no âmbito dos contratos administrativos. A lei de licitações e contratos administrativos de 1993 adota comportamentos bastante inflexíveis para o gestor público, ou seja, é mais rigorosa no que diz respeito à invalidação de um contrato. Vejamos:

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

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

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

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

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

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

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. (grifo nosso)

Como se pode observar, os dispositivos da Lei nº 8.666/93 não se preocupam com as consequências práticas da decisão, ao que diz respeito à análise de riscos e impactos que venham a ser gerados pela decretação de invalidade de um contrato. Nesse sentido, a Lei 8.666/93 mostrou-se incapaz de atender aos desafios do Estado frente à sociedade

complexa. Isso porque, como bem observado por Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega, há um verdadeiro descompasso entre o *ser* e o *dever ser* em razão da “obsolescência gramatical” de certos dispositivos da Lei Geral de Licitações e Contratos²⁸.

Assim, como a Lei 8.666/93 não atende mais a necessidade da administração pública e dos administrados, foi preciso a criação de novas normas jurídicas através do processo legislativo com o intuito primordial de conferir uma maior segurança jurídica no processo decisório.

Como bem pontuaram, Matheus Carvalho e Paulo Germano Rocha²⁹:

O regime jurídico das nulidades na nova lei de licitações seguiu a mesma linha doutrinária que inspirou o legislador na promulgação da LINDB, sendo marcado pela superação do entendimento da doutrina clássica, segundo o qual o reconhecimento das nulidades e o desfazimento dos efeitos do ato viciado (efeitos retroativos) figuram como causa e consequência inexoráveis.

Pois bem. No âmbito da decretação de invalidade de contratos administrativos, é possível vislumbrar, tanto com as mudanças trazidas pela LINDB, como pela NLLC, a construção de uma nova forma de se pensar a teoria das invalidades dentro do Direito Administrativo.

Passando para a análise da NLLC, no âmbito das invalidades, os autores Carolina de Fátima da Silva Torres Lobato, Flávio Germano de Sena Teixeira Junior, Gustavo Ramos Carneiro Leão, Lívia Dias Barros, Roberta Cruz da Silva e Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega³⁰, sobre o tema se manifestam:

Ademais, a nova hermenêutica legislativa nos leva à ratificação do entendimento de que a extinção normal dos contratos se realiza pelo advento do seu termo e que o seu encerramento prematuro é circunstância excepcional que deve ser entendida como ultima ratio, ou seja, deve ser pressupor o esgotamento de todas as alternativas à manutenção da relação contratual.

Já Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega³¹, em artigo

²⁸ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

²⁹ Matheus Carvalho e Paulo Germano Rocha. Uma crítica ao regime das nulidades contratuais da Lei nº 14.133/2021. Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico] : Lei nº 14.133/2021 : debates, perspectivas e desafios / Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves, Rafael Amorim de Amorim (organizadores). – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. pg.291.

³⁰ Comentários à Lei n. 14.133/2021: Desafios, oportunidades e transformações das licitações e contratos administrativos”. Coordenação Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega. 1. ed. São Paulo: MP Editora, 2021. pg. 492-496.

³¹ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

publicado sobre a teoria das invalidades na nova lei de licitações e contratos administrativos, e que virou referência sobre o assunto, ponderam:

[...] não se pode olvidar que a incorporação de ideais consequencialistas na construção de uma “nova” teoria da invalidação atende aos anseios de um Direito Administrativo mais próximo da realidade da sociedade complexa, eis que pautado na análise dos riscos e nos impactos econômico-sociais, num contínuo movimento pendular entre o mundo fenomênico e o arcabouço jus normativo. Adota-se uma espécie de hermenêutica da facticidade, em que o direito não se sobrepõe aos fatos, mas dialoga com eles. **A resignificação do conceito de interesse público, cujo enfoque passa a ser o equilíbrio de interesses envolvidos, é um dos corolários desse movimento.** (grifado)

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/21 formaliza em seus artigos 147 a 149, Capítulo XI, o que já vinha sendo aplicado e ponderado nos tribunais pátrios e nas cortes de contas de todo o país, em maior ou menor grau. Veja-se o que a lei dispõe:

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.**

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.(grifado)

Como é possível observar, o artigo 147, não é taxativo ao decretar os aspectos que devem ser observados para decretar a invalidade de um ato, se constatada irregularidade. Jacintho Arruda Câmara³², aponta que a nova Lei de Contratações Públicas cria balizas para se avaliar a compatibilidade da invalidação do contrato com o interesse público. São balizas com um misto de critérios políticos, econômicos e sociais, além também de considerar a motivação social e ambiental do contrato.

Edilson Nobre³³, importante estudioso sobre o assunto, pondera também que a diretriz do custo-benefício, para fins de verificação do interesse público concreto para o exercício da competência de invalidar, foi objeto de desenvolvimento na jurisprudência estrangeira, tendo ingressado, embora de uma forma ainda tímida, na legislação pátria.

Luiz Eduardo Altenburg de Assis³⁴ assevera que a possibilidade de modulação dos efeitos da anulação é um avanço em prol da segurança jurídica, contanto que não seja exercida em detrimento dos direitos fundamentais do contratado.

Sobre o §2º do artigo 148, da NLLC, Ronny Charles Lopes de Torres³⁵, observa a inovação trazida de que a autoridade competente, ao declarar a invalidade do contrato, poderá decidir que a invalidade tenha efeitos prospectivos, ou seja, pode estabelecer uma

³² CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-12012021>. Acesso em 06.03.2023.

³³ NOBRE JUNIOR, E. P. A invalidação dos contratos administrativos à luz da lei 14.133/2021: The invalidation of administrative contracts in accordance with law 14,133/2021. Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas (Brazilian Journal of Law Research), Avaré: Eduvale, v. 2, n. 3, p. 7-35, 2021. DOI: 10.51284/rbpj.03.nobrejr. Disponível em: <https://ojs.eduvaleavare.com.br/index.php/rbpj/article/view/nobrejunior2021>. Acesso em: 13 mar. 2023.

³⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes.(org.). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Zênite, E-book, 2ª edição. Pg. 209.

³⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas, 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodvm, 2021. pg 743.

data específica para que a invalidade surta efeitos, desde que respeitando o limite legislativo.

Nesse aspecto a NLLC traz consigo uma proposta de construção de uma nova teoria das invalidades que põe em foco mais a finalidade e objetivo do contrato do que o apego a vícios formais sanáveis, adotando-se, assim, uma posição consequencialista.

Veja-se que o consequencialismo jurídico é instrumento do qual deve se valer o intérprete nas decisões em que seja imperativo reconhecer a invalidade de contrato administrativo, ou determinar a interrupção da sua execução. Explicitar todas as consequências do reconhecimento das invalidades e dar-lhes o devido tratamento, inclusive no que toca às indenizações, reparações e apuração de responsabilidade, justifica-se pelo fato de que “o remédio não pode ser pior do que a própria doença”³⁶.

O que se pode perceber é a substituição da legalidade tradicional pela noção de uma legalidade funcional, ou seja, o objetivo é orientar, induzir e até mesmo determinar que o administrador e o controlador ponderem sobre os interesses envolvidos, evitando que a invocação do princípio da legalidade seja realizada para amparar arbitrariedades³⁷.

Desta feita, ao analisar-se a eventual invalidade de um ato ou contrato administrativo, deve-se levar em conta as consequências práticas da decisão e, principalmente, a estabilização dos interesses envolvidos. Continuar a apresentar o regime de invalidades levando em consideração apenas os princípios clássicos da administração levaria a distorcer a percepção desse equilíbrio e enviar um sinal errado ao destinatário da norma.³⁸

Assim, o que se vislumbra é a construção de uma nova teoria da invalidade dentro do âmbito no direito administrativo, pautada no consequencialismo, mas sem prejuízo à apuração da responsabilidade de quem deu causa aos fatos viciados.

³⁶ Matheus Carvalho e Paulo Germano Rocha. Uma crítica ao regime das nulidades contratuais da Lei nº 14.133/2021. Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico] : Lei nº 14.133/2021 : debates, perspectivas e desafios / Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves, Rafael Amorim de Amorim (organizadores). – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. pg.292.

³⁷ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

³⁸ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

5 ANÁLISE DE CASO: PREGÃO ELETRÔNICO PROMOVIDO PELA COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO

Diante da necessidade de se trazer para a prática a demonstração da mudança legislativa aqui apontada, oportuna a análise do julgamento proferido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão TCU nº 988/2022 - Plenário, em que foram utilizadas as disposições da Lei nº 8.666/93 e como contraponto às disposições da NLLC.

O Acórdão TCU nº 988/2022 (Plenário) foi emitido pelo Tribunal de Contas da União nos autos do Processo TC 042.961-1, por ocasião da sessão plenária, em 05/05/2022, tendo como Relator o Ministro Antonio Anastasia. Conforme relata a mencionada deliberação, trata-se de representação, com pedido de adoção de medida cautelar, apresentada pela empresa Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda., em face de possível irregularidade em pregão, conduzido pela companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), cujo objetivo era a prestação dos serviços de levantamentos batimétricos periódicos nos acessos aquaviários dos portos da CDRJ.

Cumprir destacar que o antigo relator do feito, o Ministro Raimundo Carreiro, em cognição sumária, concluiu que o formalismo excessivo do pregoeiro teria implicado a desclassificação indevida da licitante, deferindo, assim, o pedido de concessão de medida cautelar, suspendendo o andamento do certame e determinando a realização de oitivas.

Como relatado no acórdão, as oitivas foram efetuadas e a auditoria da SeinfraPortoFerrovia (Secretaria de Infraestrutura de Portos e Ferrovias do TCU) emitiu a seguinte instrução a seguir reproduzida, destacando-se os principais pontos:

No exame inicial dos autos (peça 20) **identificou-se que não foi proporcionada à licitante a oportunidade de saneamento dos vícios identificados, consistindo em violação de princípios basilares da Administração Pública, como a garantia da melhor proposta para a Administração e o direito ao contraditório e ampla defesa, bem como art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 c/c art. 31, caput, da Lei 13.303/2016, a jurisprudência desta Corte de Contas e o próprio Edital do Pregão 11/2021 (peça 6, p. 12, item 10.5) . Consequentemente, foi proposta a adoção de medida cautelar, determinando a suspensão do Pregão 11/2021, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada. (...)**

No caso, **já havia sido celebrado o Contrato 34/2021**, em 19/10/2021, cujo objeto foi a 'prestação de serviços de levantamentos de batimétricos periódicos nos acessos aquaviários dos Portos da CDRJ, conforme as especificações constantes do Anexo I

- Termo de Referência constante do Edital de Pregão Eletrônico nº 11/2021 e da proposta da contratada' (peça 45) .

(...)

Por fim, decidiu por alertar a CDRJ, com relação à construção participativa de deliberações, de que: i) a sua manifestação quanto às alternativas para corrigir os indícios de irregularidades verificados e quanto aos impactos das possíveis medidas a serem adotadas pelo TCU será avaliada na proposição de mérito, mas

não vincula as decisões desta Corte de Contas, notadamente quando os riscos decorrentes de sua adoção e/ou da manutenção de situação irregular não se coadunarem com o interesse público que se pretende tutelar; ii) a ausência de manifestação no prazo estipulado não impedirá o andamento processual, podendo o TCU vir a prolatar decisão de mérito, caso haja elementos suficientes que caracterizem afronta às normas legais e/ou possibilidade de ocorrência de prejuízos à Administração; e iii) a ausência de manifestação não será considerada motivo de sanção.

A auditoria da SeinfraPortoFerrovia chegou à conclusão de que o Pregão Eletrônico 11/2021 conduzido pela CDRJ foi eivado de vícios que causaram prejuízo ao interesse público e à empresa licitante que apresentou a melhor proposta, e o ato administrativo de inabilitação da empresa Spectrah Oceanografia e Meio ambiente Ltda. no Pregão 11/2021 deveria ser anulado, bem como os demais atos subsequentes.

Conforme é possível vislumbrar, a orientação dada pela auditoria foi fundada na teoria clássica da invalidade dos contratos administrativos, haja vista que mesmo o contrato já tendo sido assinado, a recomendação foi de anulação do ato ilegal que inabilitou a empresa e desconsideração da consequência prática de tal decisão.

Contudo, no julgamento, o Relator, Ministro Antonio Anastasia, em seu voto, estabelece que o formalismo moderado e a razoabilidade deveriam ter guiado a decisão do pregoeiro, que pelo contrário utilizou-se dos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório sem considerar a possibilidade de sanear os vícios, demonstrando, mais uma vez que a administração também segue sendo bastante formalista em seus processos de contratação. Destaca-se do voto:

14. Conquanto seja fundamental no Direito Administrativo, o princípio da legalidade não é absoluto. No caso concreto, parece-me claro que sua aplicação irrestrita operou contra a obtenção da melhor proposta e do alcance do interesse público, sendo apropriado ponderar a aplicação da salutar flexibilização do formalismo. Além disso, como afirmou o Ministro Carreiro em seu despacho que concedeu a cautelar, o art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei 9.784/1999 estabelece como um dos critérios a serem observados em processos administrativos a "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

15. Acrescentem-se a isso as pertinentes observações da unidade técnica de que o edital previa que as propostas com vício insanável ou legalidade deveriam ser desclassificadas (item 9.3) e que o licitante deveria ser convocado para manifestação prévia à sua desclassificação (item 10.5, que segue a regra constitucional relativa ao contraditório e à ampla defesa, art. 5º, LV) . Como visto, trata-se de falha facilmente corrigível e, pelo que consta nos autos, o licitante não pôde se pronunciar sobre sua iminente inabilitação.

16. Assim como o Ministro Raimundo Carreiro afirmou em seu despacho (peça 23) , entendo que aplicação do formalismo moderado e da razoabilidade não consiste, em absoluto, em afronta à isonomia, pois o licitante que comete erro sanável e o corrige tempestivamente terá, ao fim dos procedimentos licitatórios, demonstrado, nos termos do edital, sua capacidade de cumprir o objeto, da

mesma forma de outro participante que tenha seguido integralmente os requisitos do instrumento convocatório desde a apresentação inicial da documentação.

Já em relação à orientação de anulação do certame, pontuou o relator que esta seria prejudicial ao interesse público, tendo em vista que:

- (i) haveria demora para que fossem finalizados os procedimentos do pregão;
- (ii) os serviços em questão eram essenciais;
- (iii) ainda que fosse razoável especular sobre possível redução do valor proposto pela Spectrah caso fosse declarada vencedora, o valor da avença celebrada era o mesmo por ela proposto;
- (iv) não havia notícia de outras irregularidades no curso do pregão.

Contudo, com o fito de modular a determinação de não anulação, foi proposta a vedação da possibilidade de prorrogação do contrato.

Ou seja, decidiu-se pela não invalidação do contrato administrativo firmado visto que acarretaria prejuízo ao interesse público. Contudo entendeu que uma vez decorrido de uma licitação em que houve a inabilitação indevida da licitante (que havia apresentado a melhor proposta) e a quem não foi concedida a possibilidade de sanear os documentos de habilitação, deveria-se vedar a cláusula de prorrogação contratual.

Ora, ao contrário da recomendação realizada pela auditoria da SeinfraPortoFerrovia, a deliberação do Acórdão TCU nº 988/2022 seguiu a lógica consequencialista, agora disposta na NLLC, tendo em vista que considerou as consequência práticas de uma possível invalidação de um dos atos do certame.

É possível, ainda, verificar que se no presente caso o regime jurídico de contratação aplicável fosse o da NLLC, a decisão do TCU estaria de acordo com o artigo. 147, tendo em vista que, de acordo com a nova legislação, mesmo constatadas 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 invalidade 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”.

Além disso, o parágrafo único do artigo 147, da NLLC, é claro quando dispõe que “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**” (grifo nosso).

Inclusive, cumpre destacar, ainda que a NLLC, em seu artigo 171, §§ 1º e 3º, estabeleceu prazos para os Tribunais de Contas apreciarem medidas cautelares de suspensão dos contratos e o modo da decisão de fiscalização do controle externo. Observe-se:

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte: (...)

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o

§ 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

(...)

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

Assim, resta claro que os tribunais já vinham construindo uma nova teoria das invalidades no Direito Administrativo, muito mais pautada na consideração das consequências práticas de uma invalidação do que pautada no formalismo exacerbado. A NLLC veio para firmar tais entendimentos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou esclarecer que a clássica teoria das invalidades no Direito Administrativo brasileiro não estava mais suprindo as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa. Ou seja, a lógica formalista da teoria clássica, impondo a extinção de atos eivados de vícios sem considerar holisticamente a consequência de tal decretação de invalidade, não teria como prevalecer.

Demonstrou-se que o Tribunal de Contas da União já vinha firmando entendimento acerca da flexibilização do princípio da legalidade para que as decisões de anulação não fossem prejudiciais ao interesse público.

As alterações à LINDB promovidas pela Lei nº 13.655/18 trouxeram mudanças para o Direito Público, mais especificamente os artigos 20 e 21, dispondo diretrizes a serem seguidas pelos gestores para promoção do princípio da segurança jurídica e para observância do princípio da motivação. Nas palavras de Edilson Nobre³⁹, a alteração trazida pela Lei nº 13.655/18 visou a elevação dos níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público, com o intuito de aperfeiçoar a atividade decisória da Administração Pública em todos os níveis da Federação, bem como dos órgãos autônomos de controle, superando-se os desafios atuais da ação do Poder Público.

O artigo 5º, da NLLC, é claro ao prescrever que fazem parte dos princípios balizadores da lei as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e tal disposição tem repercussões para a análise das invalidades dos contratos administrativos.

Nesse sentido, ao discorrer sobre os artigos 147 e 148 da NLLC foi possível demonstrar a influência da lógica consequencialista, prevista na LINDB, na NLLC, visto que esta traz consigo uma proposta de construção de uma nova teoria das invalidades que privilegia mais a finalidade e objetivo do contrato, do que apego a vícios formais, além de trazer uma regime de ponderação e proporcionalidade nas atuações.

A lei orienta o gestor a considerar todas as consequências práticas de sua decisão, antes de decretar a invalidade de um contrato.

Como maneira de ilustrar o tema, analisou-se o Acórdão nº 988/2022 (Plenário),

³⁹ NOBRE JUNIOR, E. P. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a busca de paradigmas interpretativos para o direito administrativo. Editora ContraCorrente: 2019. pg 26. Disponível em: <https://app.vlex.com/#sources/31129>

emitido pelo Tribunal de Contas da União nos autos do Processo TC 042.961-1, por ocasião da sessão plenária, em 05/05/2022, tendo como Relator o Ministro Antonio Anastasia.

A análise destacou o antagonismo de entendimento entre a gestão do órgão, a auditoria e o voto do relator. O pregoeiro inabilitou a empresa por falta de uso do formalismo moderado, tendo em vista que a inabilitação decorreu em razão da ausência de dois documentos requeridos no instrumento convocatório sem considerar que era um vício de fácil saneamento, a auditoria reconheceu a ilegalidade da inabilitação e orientou no sentido de anular todo o procedimento licitatório e o relator modulou os efeitos de sua decisão, determinando a manutenção do vício constatado e continuidade do contrato, mas vedando a prorrogação contratual.

É possível vislumbrar o uso da teoria clássica e o uso da lógica consequencialista, utilizadas ao mesmo tempo, em um mesmo caso, que serve de reflexão para a análise do consequencialismo jurídico aplicado ao controle dos contratos administrativos.

A análise do caso apreciado pelo Tribunal de Contas da União demonstra a carência do Direito Administrativo na construção de uma doutrina que proporcione mais segurança em suas decisões e atuações. Restou claro o descompasso entre as entidades e atores da Administração sendo necessária uma uniformização do entendimento, tornando o procedimento mais objetivo.

Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior e Marcos Nóbrega⁴⁰ foram brilhantemente assertivos ao destacarem que:

“(...) a construção de uma teoria do equilíbrio de interesses será feita caso a caso e é tarefa conjunta da doutrina, da jurisprudência dos Tribunais Judiciais e dos Tribunais de Contas, num esforço contínuo de diálogo interinstitucional. Isso, inexoravelmente, ensejará debate e cizânia, mas é na divergência que se constroem as melhores teorias do conhecimento.”

Em suma, torna-se necessário que todos os atores envolvidos com a Administração Pública, sejam eles agentes administrativos, órgãos de controles, particulares, reorganizem suas concepções para que possam contribuir para o aperfeiçoamento e a construção dessa nova teoria das invalidades, com o intuito de atender ao interesse público e não mais a um formalismo sem propósito de ser.

⁴⁰ TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. **A Teoria das Invalidades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Carlos S. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Dou 22.6.1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Dou 1º.4.2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Dou 09.09.1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Dou 01.02.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 1904/2008**. Brasília, DF: TCU, [2008]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2553/2011**. Brasília, DF: TCU, [2011]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/8/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 1698/2012**. Brasília, DF: TCU, [2012a]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/7/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 249/2012**. Brasília, DF: TCU, [2012b]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/11/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 3344/2012**. Brasília, DF: TCU, [2012c]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/5/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2143/2013**. Brasília, DF: TCU, [2013]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/47/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 1811/2014**. Brasília, DF: TCU, [2014a]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/39/sinonimos%253Dtrue> AC> Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 3092/2014**. Brasília, DF: TCU, [2014b]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/33/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 4911/2015**. Brasília, DF: TCU, [2015]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/35/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 13748/2018**. Brasília, DF: TCU, [2018]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/37/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2075/2021**. Brasília, DF: TCU, [2021b]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/nulidade%2520de%2520ato%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/14/sinonimos%253Dtrue>> Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 988/2022**. Brasília, DF: TCU, [2022]. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2533417/NUMACORDAOINT%20asc/0 Acesso em: 14 mar. 2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. In: **JOTA**. 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-1201202>. Acesso em 06.03.2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 de abril de 2023

CARVALHO, Matheus. **Administrativo: teoria e prática** - OAB 1ª e 2ª Fase. 18.ed.rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022.

CARVALHO, Raquel. LINDB – artigo 22: O início de uma nova teoria das nulidades para os atos administrativos viciados?. In: **RAQUEL CARVALHO**. 08 out. 2019. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/08/lindb-artigo-22-o-inicio-de-uma-nova-teoria-das-nulidades-para-os-atos-administrativos-viciados/>. Acesso em: 05 dez. 2021

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 32ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos**, 4ª ed., Belo Horizonte: Forense, 1967.

FEITOSA, Rogério Augusto Boger. O problema das nulidades nos contratos administrativos e a nova lei de licitações. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF. 09 dez 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56211/o-problema-das-nulidades-nos-contratos-administrativos-e-a-nova-lei-de-licitaes>. Acesso em: 09 dez 2021.

JORDÃO, Eduardo. Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública. São Paulo: Editora JusPodivim, 2022, p. 07-08.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. Rev. Atual. Amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da Segurança para a Inovação Pública), 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16ª ed. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENEZES, Rafael Alves. **Direito Contratual das Obras Públicas**. Salvador: JusPodivim, 2021.

MIZIARA, Raphael. Primeiros comentários aos principais impactos da nova lei de licitações e contratos administrativos no direito e no processo do trabalho. **Revista dos Tribunais**, [S.l.], v. 1028, jun 2021. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em: 05 dez.

2021.

NOBRE JUNIOR, E. P. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a busca de paradigmas interpretativos para o direito administrativo. Editora ContraCorrente: 2019. Disponível em: <https://app.vlex.com/#sources/31129>.

NOBRE JUNIOR, E. P. A invalidação dos contratos administrativos à luz da lei 14.133/2021: The invalidation of administrative contracts in accordance with law 14,133/2021. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas** (Brazilian Journal of Law Research), Avaré: Eduvale, v. 2, n. 3, p. 7-35, 2021. DOI: 10.51284/rbpj.03.nobrejr. Disponível em: <https://ojs.eduvaleavare.com.br/index.php/rbpj/article/view/nobrejunior2021>. Acesso em: 13 mar. 2023.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque (coord.). **Comentários à Lei n. 14.133/2021: Desafios, oportunidades e transformações das licitações e contratos administrativos**. 1. ed. São Paulo: MP Editora, 2021.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalididades na nova lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021. p. 131.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**, 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodvm, 2021.

SOLER, A. M. **Obras públicas: impacto econômico das paralisações**. 2017. Disponível em: <https://www.buildin.com.br/obras-publicas-impacto-das-paralisacoes/>. Acesso em: 05 dez. 2021

SOUZA, Pablo Ademir de; TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. A teoria das nulidades na nova lei de licitações: Um anteparo contra as paralisações de obras públicas?. Migalhas. In: **MIGALHAS**. 07 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343140/a-teoria-das-nulidades-na-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 30 nov. 2021.