

O regime de nulidades dos contratos administrativos na Lei nº 14.133/21

*Floriano de Azevedo Marques Neto*¹
Professor

*Natalia de Sousa da Silva*²
Advogada

Sumário: Introdução. 1. A Súmula 473 e o ranço da nulidade mandatória. 2. A evolução do tema da nulidade como comando automático. 2.1. Devido processo legal. 2.2. Dever de indenizar. 3. Os efeitos da nulidade inconsequente. Referência a casos. 4. O regime dos artigos 20 e 21 da LINDB. 5. O novo regime de nulidades da NLCP. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: o artigo tem como objetivo retratar a evolução da disciplina das nulidades dos contratos administrativos, identificando a desidratação e a superação da nulidade mandatória insculpida na Súmula 473 do STF, especialmente em face das garantias previstas no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, demonstra-se que a LINDB foi um passo importante para compatibilizar o interesse público com o regime de nulidades vigente na Lei nº 8.666/1993, sendo também responsável por inspirar os preceitos fundamentais do tema na Lei nº 14.133/2021, “Nova de Licitações e Contratos Públicos”. Contudo, compreende-se que foi essa última lei que verdadeiramente instaurou um novo regime para a declaração de nulidade em contratos administrativos, reconhecendo a excepcionalidade e exigindo um exame de racionalidade prévia, especialmente sobre efeitos da nulidade acerca do interesse público remanescente na contratação irregular.

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e Livre-Docente pela mesma Universidade.

² Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Mestra em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada associada do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Nulidades. Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021. Controle. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Introdução

Como temos há algum tempo defendido, a Lei nº 14.133/2021, também conhecida como “Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos”, ou apenas NLCP, aproxima-se muito mais do que se afasta do teor de sua antecessora. Isso porque inspira-se e segue os mesmos moldes da Lei nº 8.666/1993, não apresentando conteúdo verdadeiramente disruptivo perante o sistema de licitações e contratos públicos que já vige no Brasil há quase 30 anos³.

Subsidiar nosso entendimento as incorporações de práticas já positivadas, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários já amplamente difundidos na área das contratações públicas, sem grandes inovações no cenário jurídico existente. São exemplos as consolidações em uma única norma do pregão como modalidade licitatória (Lei nº 10.520/2002) e os mecanismos oriundos Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011).

É como se a nova lei viesse para consolidar consensos que foram formados à luz da antiga, havendo, desse modo, poucas alterações que possam ser consideradas como verdadeiras inovações.

Poucas em quantidade, mas grandes em sua importância. As inovações trazidas pela nova norma denunciam que ela não passou à margem de uma das maiores preocupações do direito administrativo contemporâneo: a racionalidade do controle da administração pública e sua necessária compatibilização com o interesse público.

Na perspectiva do controle dos procedimentos licitatórios e dos contratos, entendemos que a NLCP inaugurou um novo regime legal para a decretação de nulidade dos contratos administrativos, caracterizado pela excepcionalidade, eficiência e segurança jurídica.

Nesse sentido, a ideia primordial da nova lei é a **excepcionalidade da anulação dos contratos e das licitações**. Basta ver que o art. 147 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que a constatação de irregularidades

³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma Lei que Vale pelo que Revoga – Uma Panorâmica Sobre a Lei nº 14.133/2021. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 153, p. 7-12, 2022.

no procedimento licitatório ou na execução de contratos administrativos apenas ensejará sua suspensão ou a sua nulidade quando comprovada a compatibilidade dessas medidas com o interesse público.

Para a avaliação do que seria compatível com o interesse público, a própria NLCP apresenta critérios a serem observados pela administração pública contratante, estando entre eles o custo para a realização de uma nova licitação ou celebração de um novo contrato (art. 147, inc. X).

Diante disso, na sistemática da NLCP, nem toda irregularidade em licitação ou contrato administrativo implicará na nulidade do procedimento ou do ajuste. **A nulidade torna-se situação excepcional e deve ser produto do exercício da racionalidade administrativa**, segundo critérios por ela mesma estabelecidos, os quais imputam ao administrador a obrigação de avaliar a conveniência da decretação de nulidade à luz do interesse público na contratação e das consequências sociais, ambientais e econômicas dessa decisão.

Vemos que esse cenário não era regra na legislação anterior, uma vez que a interpretação conjunta do disposto pelos §§ 1º e 2º do art. 49 e pelo *caput* do art. 59, ambos da Lei nº 8.666/1993 permitia uma interpretação bastante formalista da nulidade dos contratos administrativos, de modo que toda e qualquer ilegalidade implicaria mandatoriamente na anulação do ajuste. Como veremos no decorrer deste artigo, a doutrina caminhou no sentido de mitigar esse formalismo, o que, por sua vez, não retira os méritos da nova lei de licitações, que tende a afastar de uma vez por todas a nulidade mandatória.

Destarte, o art. 148 da Lei nº 14.133/2021 destaca expressamente a imprescindibilidade da **análise prévia dos efeitos da decretação de nulidade sobre o interesse público**, embora, de outro lado, mantenha parte da essência do art. 59 da Lei nº 8.666/1993 ao atribuir efeitos *ex tunc* à decisão de nulidade do contrato administrativo. Assim, de forma bastante contraditória, a ideia de que é possível extirpar o procedimento ou a contratação ilegal do mundo fático, como se ela nunca tivesse existido, mantém-se.

A contradição é observada pela mitigação dessa ficção jurídica nos próprios termos da nova lei, eis que a NLCP prevê um regime de transição entre a decretação de nulidade do contrato administrativo e a celebração de um novo ajuste em substituição ao anulado. Permite, desse modo, que os efeitos da nulidade decretada tenham eficácia diferida para

momento futuro (art. 148, § 2º), de modo que não só reconhece como também autoriza que o contrato anulado continue a produzir efeitos.

Esses breves e iniciais comentários já evidenciam que a Lei nº 14.133/2021 não trouxe um novo regime de nulidades dos contratos públicos por meio da revogação da disciplina anterior.

Em verdade, pode-se dizer que a **nova lei de licitações adequou o regime de nulidades dos contratos aos ditames da Constituição de 1988**, especialmente por privilegiar a instrumentalidade da administração à consecução do interesse público. A adequação, contudo, foi de tal profundidade que fez surgir um novo sistema ou regime, expressando mudanças que a doutrina e os contratados há muito tempo esperavam no âmbito do Estado Democrático de Direito.

As medidas estabelecidas para o tema somam-se ao **movimento de busca pela racionalidade das decisões administrativas**. Movimento esse já positivado pela Lei nº 13.655/2018 que, alterando substancialmente o Decreto-Lei nº 4.657/1942, também denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – a LINDB, previu parâmetros de controle dos atos administrativos, compatibilizando-o com a ideia de uma administração pública focada em resultados⁴.

A confluência entre os parâmetros de controle contidos desde a Lei nº 13.655/16 na LINDB e aqueles previstos na NLCP é expressamente mencionada nessa última norma, que, em seu art. 5º, determinou a observância do Decreto-Lei nº 4.657/1942 na aplicação da nova lei de licitações.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que tanto a LINDB reformada quanto a NLCP estabelecem de forma clara a compatibilidade entre os meios de controle e os fins almejados pela administração, sendo esses últimos sempre relacionados à consecução do interesse público, exigindo, desse modo, uma verdadeira **análise de eficiência** prévia às decisões de decretação de nulidade nos contratos administrativos.

No mais, se há um consenso sobre as alterações na LINDB é que elas sobrevieram com o fito de privilegiar a **segurança jurídica no controle**, o que está claramente descrito em seu art. 30, segundo o qual “[...] as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica

⁴ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PAGANI DE SOUZA, Rodrigo; PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

na aplicação das normas [...]”. Esse é outro importante ponto de confluência entre a LINDB e a NLCP.

Nesse aspecto, a nova lei de licitações substitui a mera imperiosidade da autotutela administrativa na anulação dos seus próprios atos pelas ideias de exercício razoável dessa prerrogativa e de garantia das legítimas expectativas geradas diante da contratação. Assim, o que vemos é que a disciplina parametrizada das nulidades contratuais garante segurança jurídica para todas as partes envolvidas direta (contratante e contratado) e indiretamente (sociedade).

No decorrer desse artigo, demonstraremos que as alterações realizadas na legislação das contratações públicas, especificamente acerca do tema da nulidade dos contratos, são decorrentes de tendências do direito administrativo brasileiro atual, em especial da superação da ideia autoritária de supremacia do interesse público, que, há muito tempo, tem se demonstrado incompatível com a heterogeneidade dos “interesses públicos” hodiernos e com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito⁵, entre eles o devido processo legal.

1. A Súmula nº 473 e o ranço da nulidade mandatória

A autotutela, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a prerrogativa que confere à administração “[...] a possibilidade de anular os [seus atos] ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário [...]”⁶.

Editada em 1969 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, a Súmula nº 473⁷ é o exemplo recorrente de consagração da autotutela administrativa, mas, a bem da verdade, parece-nos estar com os dias contados.

Cumprir destacar que, logo em sua primeira parte, a Súmula prevê que “[...] a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos [...]”. Expressa-se, portanto, a ideia de que é possível a anulação de ato ilegal

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 144-170.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

⁷ Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

na própria esfera administrativa, sem que seja necessária a interpelação judicial. Ocorre que, por um longo período, a possibilidade de anulação prevista na Súmula ganhou contornos de dever.

Nessa perspectiva, permitiu-se **duas interpretações bastantes perigosas sobre a Súmula nº 473 do STF**: a nulidade mandatória e o não reconhecimento dos direitos gerados a partir dos atos anulados. Dizemos perigosas, pois essas violam princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, com destaque para a segurança jurídica.

A nulidade mandatória configura-se a partir da compreensão de que a existência de todo e qualquer tipo de ilegalidade é suficiente para a peremptória anulação do ato viciado. Especialmente no contexto pós-Constituição Federal de 1988, essa interpretação já vinha encontrando dificuldades em ser admitida pela doutrina, que, libertando-se das amarras da legalidade estrita e ciente dos desafios impostos pela necessidade de um Estado mais ativo na consecução dos direitos e garantias fundamentais, compreendia a impossibilidade de invalidar todo e qualquer ato administrativo ilegal sem, antes, tentar sanar a ilegalidade verificada.

Weida Zancaner afirmou ser possível transmutar o dever de anular o ato administrativo ilegal no dever de não invalidar, seja por força do princípio da segurança jurídica, seja por este aliado ao da boa-fé, “quando em causa atos ampliativos de direitos”⁸.

Assim, haveria limites à nulidade do ato administrativo ilegal, os quais superavam o mero formalismo consagrado na Súmula 473 e imputavam à administração pública o dever de avaliar a conveniência da decretação da nulidade do caso concreto à luz, principalmente, das consequências dessa decisão⁹.

As conclusões alçadas pela doutrina foram pouco a pouco encontrando respaldo na legislação. A exemplo disso, a Lei nº 9.784/1999, Lei do Processo Administrativo Federal, passou a prever expressamente a possibilidade de convalidação do ato administrativo quando este apresentar defeitos

⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

⁹ Sobre o tema, Juarez Freitas: “[...] a afirmação da autonomia e da juridicidade do princípio da boa-fé ou da confiança do administrado na Administração Pública e, vice-versa, conduz, forçosa e logicamente, ao reconhecimento de limites – menos formais do que substanciais para decretação da nulidade de um ato administrativo, ou a anulação do mesmo [...]”. FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. in: *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 23-24.

sanáveis (art. 55). Outros exemplos são as recentes alterações na LINDB que, além de exigir a ponderação da decisão de nulidade em face de suas futuras consequências, permitem que sejam celebrados compromissos para eliminar irregularidades jurídicas na aplicação do direito público (art. 26).

Diante disso, doutrina e legislação colocaram a nulidade mandatória em xeque, em razão de sua notória incompatibilidade com os valores da Constituição Cidadã.

Somou-se a esse movimento de contestação da referida Súmula 473 a segunda interpretação dela advinda: o não reconhecimento dos direitos gerados a partir dos atos anulados. De acordo com essa interpretação, ainda calcada no formalismo excessivo, a ilegalidade do ato administrativo e sua consequente decretação de nulidade, como dever da administração pública no exercício da autotutela, poderiam justificar, por si só, eventual privação de bens e direitos dos particulares.

Trata-se da ausência de qualquer ponderação sobre as consequências da decisão de decretação de nulidade. Tal acepção, que em nada se adequa ao direito fundamental ao devido processo legal, insculpido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal de 1988, somente era admissível no seio do Estado Antidemocrático em que a Súmula nº 473 foi editada.

Especialmente no âmbito das contratações públicas, as interpretações conferidas ao entendimento sumular revelaram-se não só formalistas como também autoritárias, ao negar a validade e a eficácia aos contratos, que eram celebrados e/ou executados de boa-fé e, posteriormente, declarados nulos, seja por ilegalidades em seus próprios termos ou no bojo do procedimento licitatório¹⁰.

A Lei nº 8.666/1993 ao prever, em seu art. 59, que a decretação de nulidade do contrato administrativo retroagiria, impedindo os efeitos jurídicos do contrato e desconstituindo aqueles já produzidos, em certa medida, ecoava o tratamento trazido pela Súmula nº 473, em que pese, seja reconhecido o esforço dos §§ 2º e 3º do seu art. 49, de compatibilizar

¹⁰Sobre esse tema, destacamos a explicação de Marçal Justen Filho: “A temática da invalidação do ato administrativo no Brasil vinha sendo submetida a enfoque formalista, que se tornou incompatível com os princípios consagrados na Constituição de 1988. A doutrina costumava repetir lições hauridas no passado e que traduziam concepções autoritárias do Estado, sem vínculo com o Estado Democrático de Direito albergado presentemente. Nessa linha, pode lembrar-se o próprio entendimento consagrado na Súmula 473 do STF, em que se afirmava que do ato nulo não surgem direitos adquiridos.”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1237.

o procedimento decisório para nulidade dos contratos e das licitações com o devido processo legal. A Lei nº 14.133/2021, embora mantenha a ideia da retroatividade, impõe como regra a excepcionalidade da anulação, o que contradiz o âmago da Súmula nº 473, que, como vimos, impõe a nulidade como absolutamente mandatária.

Como aprofundaremos no tópico seguinte, as alterações legislativas têm se encaminhado para enterrar as interpretações encetadas pela referida Súmula, sendo esse cenário também visível a partir do novo regime de nulidade dos contratos tratado na Lei nº 14.133/2021.

Há, desse modo, um ranço instaurado contra a Súmula nº 473, STF, que, como sustentado por Egon Bockmann Moreira, não atende às necessidades e à dinâmica do direito administrativo atual, por pressupor a ideia de que a ilegalidade de um ato administrativo implica necessariamente na sua nulidade absoluta¹¹.

2. A evolução do tema da nulidade como comando automático

2.1 Devido processo legal

Os embates explicitados diante do disposto pela Súmula 473 do STF denotam que o regime das nulidades dos atos e contratos administrativos deve ser compatível com direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, entre eles o devido processo legal.

Naquilo que se refere especificamente aos contratos administrativos, é necessário destacar que a decretação de nulidade necessariamente implicará em consequências ao contratado, as quais podem restringir direitos previamente entabulados no ajuste anulado. Nessa perspectiva, o contratado tem legítimo interesse na manutenção do contrato administrativo, de modo que sua participação no processo decisório da nulidade é imprescindível para sua validade.

É dizer: um contrato não pode ser anulado sem que haja a participação do contratado, a quem se viabiliza a oportunidade de defender seus interesses na manutenção do ajuste.

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Súmula 473: é hora de dizer adeus* – Ela cumpriu seu papel, mas hoje traz problemas. JOTA, Brasília, 01/10/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sumula-473-e-hora-de-dizer-adeus-01102019>. Acesso em: 19 jan. 2023.

Em verdade, por meio dos incisos LIV e LV do art. 5º da CF/88, impede-se que a decretação de nulidade dos contratos seja automática, pois os dispositivos em comento são categóricos ao estabelecer que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]” e “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”, respectivamente.

Assim, os dispositivos constitucionais expressos no sentido de garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, inclusive no âmbito dos processos administrativos, foi mais um golpe na ideia nulidade dos contratos como comando automático.

Como já mencionado, a Lei nº 8.666/1993, antecessora da NLCP, ao tratar da nulidade do procedimento licitatório e ao afirmar que, quando for nula licitação, nulo também será o contrato (§§ 2º e 3º do seu art. 49), já assegurava o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte dos particulares interessados.

A evolução das normativas constitucional e infraconstitucional sobre o tema denota que a prerrogativa da autotutela administrativa para anulação de seus próprios atos foi compatibilizada com a necessidade de processualização do direito administrativo, como uma tentativa de equilibrar o controle interno das nulidades dos contratos com o interesse particular.

Trata-se da aferição prática de um diagnóstico anunciado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro que, ao analisar o “[...] impacto das crises sobre as características originais do direito administrativo [...]”, anotou que, embora as prerrogativas da administração continuem a existir na atual dinâmica administrativista, sua existência é “[...] equilibrada em relação aos direitos individuais, especialmente em decorrência da aplicação aos processos administrativos do devido processo legal, com direito de defesa, direito de recorrer, enfim, poder participar do processo [...]”¹².

São exatamente essas tentativas de equilibrar os interesses públicos e privados, bem como de compatibilizá-los com os preceitos constitucionais de processualização, que foram introduzidas na LINDB e fundamentam a disciplina da NLCP sobre o tema da nulidade dos contratos administrativo.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O direito administrativo da crise. In: *O Direito Administrativo na Atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 895.

2.2 Dever de indenizar

Se, de um lado, o devido processo legal impede que haja a decretação automática de nulidade dos contratos administrativos, de outro, uma vez anulados, impõe-se à administração pública o dever de indenizar os particulares que, de boa-fé, contrataram com o Estado.

Isso porque tanto a Lei nº 8.666/1993 quanto a Lei nº 14.133/2021 preveem a possibilidade de retroatividade da decisão que declara a nulidade do contrato, ou do procedimento licitatório que o ensejou. Nessa perspectiva, esclarece-se que a retroatividade visa a colocar todas as partes (privada e estatal) na situação jurídica anterior à existência do ato ou contrato administrativo anulado, eliminando, inclusive, eventuais prejuízos decorrentes da sua anulação.

Marçal Justen Filho, ao tratar do tema comentando a Lei nº 8.666/1993, aduz: “[...] o desfazimento do ato estatal e a reposição dos fatos no estado anterior importa, de modo necessário, a eliminação dos prejuízos eventualmente sofridos por determinado sujeito, em virtude da eficácia fática dos atos impugnados[...]”¹³.

Fica, pois, nítido que o objetivo é impedir o enriquecimento sem causa da administração pública que, até a anulação do contrato, tenha recebido os bens ou serviços oriundos do ajuste anulado.

Cumprе ressaltar que a Lei de Licitações anterior à Lei nº 14.133/2021, no parágrafo único do seu art. 59, já previa a necessidade de indenização do particular contratado “[...] pelo que houver executado até a data em que ela for declarada [a nulidade do contrato] e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável [...]”. O dever de indenizar é mantido no texto da NLCP no § 1º do seu art. 148, que estabelece o pagamento de perdas e danos quando não for possível a restituição das partes à situação anterior.

3. Os efeitos da nulidade inconsequente. Referência a casos

Como visto nos capítulos anteriores, a nulidade mandatória dos contratos administrativos eivados de ilegalidades não se configura mais como uma regra compatível com o ordenamento jurídico pós-Constituição de 1988.

Há, nesse sentido, necessidade de sopesamento das consequências da declaração de nulidade dos contratos administrativos e da ilegalidade

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1240.

que macula o ajuste. Assim, passa a se compreender como plenamente possível que, em detrimento da anulação do contrato, proceda-se à sua regularização *a posteriori*.

A medida tem como objetivo evitar prejuízos aos interesses da administração e do contratado pela declaração inconsequente da nulidade dos contratos. Isso porque há casos em que a irregularidade do contrato não implica necessariamente em dano ou iminência de dano ao erário, à administração ou aos administrados, em contrapartida, a anulação do ajuste pode, sim, por exemplo, levar à suspensão de serviços contínuos, prejudicando a coletividade, ou ainda, ensejar contratação emergencial mais cara – portanto menos vantajosa – para a realização do mesmo serviço, que, por vezes, já vem sendo executado de maneira satisfatória.

A jurisprudência tem, antes mesmo da edição da NLCP, se deparado com esses desafios, que exigem do julgador uma análise racional de compatibilidade entre os meios de controle, suas consequências e a eficiência administrativa na consecução do interesse público.

A solução adequada que tem sido encontrada não é a vetusta alternativa peremptória prevista na Súmula 473 do STF. O que o foro cotidiano tem exigido é coragem do julgador para analisar de forma ponderada as consequências e alternativas possíveis frente ao caso concreto, sempre pautando-se pelo *animus* de uma administração pública focada em resultados.

Como exemplo, em junho de 2020, foi submetido à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo um pedido do Ministério Público Estadual para declaração de nulidade de contrato administrativo de concessão de serviço de transporte público, sob o fundamento de que teria havido cessão do contrato para terceiro à margem do regramento contratual.

A desembargadora relatora, ciente das consequências danosas que a declaração de nulidade poderia causar no caso concreto, indeferiu a liminar pleiteada pelo *parquet* apontando que a medida seria “desnecessária e mais onerosa à Administração”, uma vez que

*[...] a declaração de nulidade do contrato exigirá a realização de uma contratação de emergência por prazo inferior a dez meses, sendo pouco provável o interesse de alguma empresa em razão do alto investimento necessário e do pequeno prazo para o retorno [...]*¹⁴.

¹⁴ TJJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2256387-56.2019.8.26.0000, rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. pela 10ª Câmara de Direito Público em 26/06/2020.

Em outro caso, o Tribunal de Contas da União entendeu não ser adequada a declaração de nulidade em contrato administrativo vigente há mais de dez anos. No Acórdão nº 2075/2021 – Plenário, o Ministro Raimundo Carneiro consignou a necessidade de ponderação sobre a conveniência da nulidade contratual, especialmente frente às consequências do rompimento de uma relação jurídica estabilizada, cujos efeitos seriam indesejáveis para as contratantes, implicando ainda em altos custos de desmobilização, indenizações, perdas de investimentos e ações judiciais por parte da Contratada. No julgado, o relator anotou que o:

*[...] raciocínio coaduna-se com a jurisprudência desta Corte de Contas, que em casos similares, mesmo identificando vícios na formalização de contratos ou certames que os precedem, vem optando pela manutenção do vínculo, por entender que tal medida, em alguns casos, resta mais favorável ao interesse público [...]*¹⁵.

Assim, sem ainda adentrar ao mérito das alterações legislativas, que tanto contribuem para uma avaliação racional da validade dos contratos administrativos em face de suas consequências, o que vemos é que a jurisprudência já apresenta, aqui e acolá, elementos para combater a declaração de nulidade inconsequente dos contratos administrativos.

4. O regime dos artigos 20 e 21 da LINDB

As alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB destacam-se por instituir no direito positivo parâmetros racionais para o controle da administração pública com base em princípios.

As principais contribuições para a formação dos referidos parâmetros de controle são as inclusões da análise das consequências da decisão controladora, bem como da exigência de proporcionalidade e razoabilidade entre as medidas impostas pelo controle e as referidas consequências.

É para esse sentido que os arts. 20 e 21 da LINDB caminham, prevendo, muito antes da edição da Lei nº 14.133/2021, critérios, inclusive, para a anulação dos contratos administrativos.

¹⁵ TCU, Acórdão n. 2075/2021 – Plenário, rel. Min. Raimundo Carneiro, julg. em 01/09/2021.

Nesse sentido, o *caput* do art. 20 da LINDB exige do controlador interno ou externo que, quando exercer suas competências com fundamento em valores jurídicos abstratos, considere “as consequências práticas da decisão”. A medida visa a estabelecer não só a efetividade do quanto decidido, mas a compatibilidade da decisão controladora com os interesses gerais.

A disposição normativa é uma resposta aos controles desmedidos e inconsequentes dos órgãos de controle externo quanto à administração pública, bem como dela mesma sobre seus próprios atos. Isso porque, por vezes, o controle da administração balizado apenas em princípios administrativos, sem a análise racional das consequências da decisão controladora, enseja verdadeiras bizarrias, que em nada contribuem para a consecução dos interesses da sociedade e podem, inclusive, prejudicá-los.

Por exemplo: pensemos na necessidade de contratação emergencial em razão da anulação de um contrato para compra de medicamentos por vícios formais no instrumento convocatório da licitação da qual o ajuste decorreu, que não impediram a apresentação de propostas pelas licitantes e a escolha de uma proposta vantajosa para a Administração e inferior ao valor praticado no contrato emergencial. Nesse caso, a anulação, em que pese pudesse estar fundamentada no princípio da legalidade dos atos administrativos, não estaria a causar danos ao erário?

Diante disso, o parágrafo único do art. 20 da LINDB não só determinou a análise das consequências efetivas da decisão controladora, como também estabeleceu uma regra jurídica: a motivação do ato administrativo deve demonstrar que a decisão é proporcional aos elementos de fato sobre os quais ela imprime seus efeitos.

Na perspectiva da proporcionalidade, o dispositivo expressa que a motivação do ato decisório controlador deve demonstrar sua necessidade e sua adequação, ambos elementos ínsitos à regra da proporcionalidade, para qualquer medida a ser imposta pelo controlador, mas especialmente aquelas que visem à “invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”. A necessidade e a adequação devem também ser demonstradas “em face das possíveis alternativas”.

Nesse sentido, cumpre anotar que, acerca da proporcionalidade e sua relação com a necessidade e adequação, Virgílio Afonso da Silva explica que, para aferir se uma medida é proporcional em um caso concreto, faz-se necessário, primeiro, analisar se ela é adequada e, em seguida, se é necessária. Desse modo, considera-se adequada quando o objetivo pretendido é alcançado ou fomentado por uma dada medida. Ao passo

que será considerada como necessária quando for a melhor alternativa para o melhor resultado¹⁶.

Assim, sob a égide da LINDB, o objetivo é garantir que o controle exercido seja compatível com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, o que somente será possível de ser aferido mediante a motivação do ato controlador, que deve demonstrar os elementos jurídicos e, principalmente, os fáticos que ensejaram a decisão.

Daí porque o art. 21, *caput*, dessa lei exige que o controlador indique expressamente as “consequências jurídicas e administrativas” ao decretar a invalidação do ato, contrato, ajuste ou norma administrativa. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo prevê que “[...] a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa [...]” indique as condições para saneamento da irregularidade que a ensejou, especialmente quando “[...] os efeitos nocivos do seu desfazimento forem muito significativos [...]”¹⁷.

Com isso, a LINDB instaura um regime racional de controle administrativo, focado na análise efetiva das consequências da decisão controladora, bem como na demonstração de sua proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto.

5. O novo regime de nulidades da NLCP

É possível afirmar que a LINDB já tratava da anulação dos contratos administrativos antes da NLCP, razão pela qual a Lei nº 14.133/2021 consolida os preceitos do controle racional da administração pública por meio da ponderação das consequências efetivas da decretação de nulidade.

Contudo, a principal inovação da NLCP, quando comparada à LINDB, é a previsão de que a anulação dos contratos administrativos é **medida excepcional**. Nesse sentido, o art. 147, *caput*, da Lei nº 14.133/2021 é bastante claro ao estatuir que a nulidade contratual ou a suspensão da execução do contrato apenas ocorrerá “caso não seja possível o saneamento”.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*. n. 798, 2002, p. 23-50.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1130.

É nesse exato aspecto que a NLCP é inovadora, pois, mesmo o art. 21 da LINDB, que prevê singelamente a possibilidade de saneamento de irregularidades constatadas pela administração pública, não coloca essa solução como primeira hipótese. Assim, em que pese a LINDB tenha méritos por aclarar os parâmetros do controle dos atos e contratos administrativos, na perspectiva da nulidade dos ajustes, é a NLCP quem estabelece um novo regime de controle.

Lembramos que, embora tenha havido um movimento pela racionalidade e proporcionalidade da decretação de nulidade nas contratações públicas, antes da Lei nº 14.133/2021, imperava, como regra, que os procedimentos licitatórios e contratos administrativos ilegais deveriam ser mandatoriamente anulados. A partir da nova lei de licitações, essa hipótese encontra respaldo apenas como solução subsidiária, quando não for comprovadamente possível o saneamento da irregularidade.

Como subsidiária, a decretação de nulidade torna-se muito mais difícil de ser operada, eis que o art. 147 da NLCP prevê ao menos 11 critérios ou aspectos para avaliação pelo gestor público que pretende anular o contrato, com o objetivo de motivadamente comprovar a confluência da anulação com o interesse público.

Os critérios estabelecidos não deixam de ser um procedimento mais detalhado para a aferição da proporcionalidade da medida, tal como exigido pela LINDB por meio dos requisitos de necessidade e adequação mencionados em seu art. 20. No entanto, a Lei nº 14.133/2021, ao estabelecer seus próprios critérios para análise da compatibilidade da decretação de nulidade com o interesse público, tende a garantir a segurança jurídica no processo administrativo que avalia a irregularidade.

Ainda quanto a esses critérios, além dos aspectos sociais, econômicos e ambientais, destacamos que o inc. VII do art. 147 da NLCP exige que sejam apontadas pelo administrador as medidas efetivamente adotadas para o saneamento da irregularidade que ensejará a anulação do contrato ou do procedimento licitatório. Nessa perspectiva, reforça-se a nova ideia de que o “poder-dever” da administração pública deixa de ser a decretação de nulidade para ser o saneamento e convalidação da contratação.

Por fim, necessário ainda elencar e repassar alguns outros pontos que, inclusive, já anotamos nas páginas anteriores, trazidos pelo novo regime de nulidades dos contratos administrativos:

- (i) mantém a decretação de nulidade com efeitos *ex tunc* (art. 148, *caput*, da Lei 14.133/2021);
- (ii) prevê que, não sendo possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade deve ser resolvida pelo pagamento de perdas e danos (art. 148, § 1º, da mesma lei); e
- (iii) sendo imperiosa a declaração de nulidade, mesmo em face de contrato que possua relevância para continuidade da atividade administrativa, é possível diferir a eficácia dessa declaração para momento futuro por um prazo de até seis meses, prorrogável uma vez por igual período, com objetivo de viabilizar uma nova contratação.

Conclusão

As alterações na LINDB sobre a disciplina do controle da administração pública constituíram-se como verdadeiros fundamentos para o novo regime de nulidades dos contratos administrativos positivado pela Lei nº 14.133/2021. Há, nesse sentido, uma confluência de ideias entre os dois atos normativos, os quais visam a compatibilizar a disciplina do controle de legalidade dos contratos públicos com as perspectivas de uma administração pública focada em resultados, ou seja, que se pauta pela eficiência de seus atos e pela segurança jurídica de suas decisões.

O ponto de inflexão entre as duas normas é a exigência de uma racionalidade jurídica clara no decidir controlador, que deve considerar não somente os efeitos práticos da decisão, mas também possíveis alternativas diante da situação de fato que se impõe.

Nesse sentido, o dever de ponderação dos efeitos da nulidade frente aos fatos é expresso tanto pela LINDB quanto pela NLCP, o que, em aspectos práticos, nos leva a compreender que essa exigência é requisito de validade para a decisão controladora que trata do tema da nulidade dos contratos administrativos.

Há que se reconhecer e destacar as inovações trazidas pela NLCP sobre o tema, uma vez que foi a Lei nº 14.133/2021 que efetivamente inverteu a lógica do controle de legalidade dos contratos administrativos, ao determinar que a decretação de nulidade ocorrerá apenas em casos excepcionais e desde que comprovada sua adequação ao interesse público.

A processualização de decisões administrativas dessa natureza vem para privilegiar os direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, permitem maior transparência e efetividade para as decisões administrativas, estando em plena consonância com o Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988.

Bibliografia

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo da crise. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *O Direito Administrativo na Atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1.
- FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma Lei que Vale pelo que revoga – Uma Panorâmica Sobre a Lei nº 14.133/2021. *Revista do Advogado, São Paulo*, v. 153, p. 7-12, 2022.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Súmula 473: é hora de dizer adeus – Ela cumpriu seu papel, mas hoje traz problemas*. JOTA, Brasília, DF, 1 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sumula-473-e-hora-de-dizer-adeus-01102019>.
- PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PAGANI DE SOUZA, Rodrigo; PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

