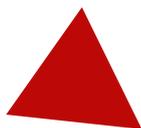


A TEORIA DAS INVALIDADES NA NOVA LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O EQUILÍBRIO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS

THE THEORY OF INVALIDITIES IN THE NEW PUBLIC CONTRACTS LAW AND THE BALANCE OF INTERESTS INVOLVED



Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior

Advogado da Universidade de Pernambuco (UPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Integrante do Grupo de Pesquisa Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea (UFPE). Autor e coautor de vários artigos e livros jurídicos.

Marcos Nóbrega

Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Pós-Doutor pela Harvard Law School e Kennedy School of Government – Harvard University. Pós-Doutor pela Universidade de Direito de Lisboa (FDUL). Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel em Economia pela UFPE. Bacharel em Administração pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Visiting Scholar na Harvard Law School. *Senior Fellow* na Harvard Kennedy School of Government. Professor Visitante na Universidade de Lisboa. *Visiting Scholar* na Singapore Management University. Autor de vários artigos e livros. Conferencista.

Sumário: 1. Introdução; 2. O anacronismo da Teoria das Invalidades no Direito Administrativo Brasileiro clássico: colocação do problema; 3. A Lei nº 13.655/2018 e o consequencialismo: ruptura com o paradigma do Direito Administrativo clássico; 4. A Teoria das Invalidades à luz da Nova Lei de Contratações Públicas e o Equilíbrio dos Interesses Envolvidos; 5. À guisa de conclusão: invalidação e equilíbrio de interesses envolvidos; Referências.

Resumo: A Teoria das Invalidades erigida pelo Direito Administrativo Brasileiro clássico não mais atende às exigências da sociedade complexa, mormente no tocante ao regime jurídico da anulação dos contratos administrativos. Com a evolução social e jurídica, o disciplinamento atinente à invalidação na Lei 8.666/1993 veio a tornar-se inapropriado, inefetivo, falho e ultrapassado. No presente artigo, propõe-se lançar luzes sobre esse cenário e apontar as mudanças que vêm sendo implementadas no direito positivo, notadamente, no que se refere a uma nova teorização das invalidades dos atos e contratos administrativos. Para tanto, aborda-se a Lei 13.655/2018, precursora desse movimento, ao introduzir, na LINDB, relevantes balizas interpretativas à tomada de decisões públicas, inclusive (e especialmente) no tocante à invalidação. Em seguida, discorre-se sobre a teoria da invalidação legislativamente plasmada na Nova Lei de Contratações Públicas e como essa “nova teoria da invalidação” pode funcionar na promoção do equilíbrio dos interesses envolvidos em relações dessa natureza.

Abstract: The Invalidity Theory established by Classical Brazilian Administrative Law no longer meets the demands of a complex society, especially with regard to the legal regime for the annulment of administrative contracts. With social and legal evolution, the discipline regarding invalidation in Law 8,666/1993 became inappropriate, ineffective, flawed and outdated. In this article, we propose to shed light on this scenario and point out the changes that have been implemented in positive law, notably with regard to a new theorization of the invalidities of administrative acts and contracts. To this end, Law 13.655/2018 is addressed, a precursor to this movement by introducing, into LINDB, relevant interpretative guidelines for public decision-making, including (and especially) regarding invalidation. Next, we discuss the theory of invalidation legislatively established in the New Public Procurement Law and how this “new theory of invalidation” can work in promoting the balance of interests involved in relationships of this nature.

Palavras-chave: Teoria das Invalidades. Compras Públicas. Equilíbrio de interesses.

Keywords: Invalidity Theory. Public Procurement. Balance of Interests.

“Toda a evolução da ciência indica que a melhor gramática para pensar o mundo é a da mudança, não a da permanência. Do acontecer, não do ser”¹ Carlo Rovelli.

1 INTRODUÇÃO

O tempo, sugeria Aristóteles, é a medida da mudança.² Comentando o pensador grego, o físico teórico Carlo Rovelli³ questiona: “mas então, se nada muda, se nada se move, o tempo não passa?”. A despeito das diversas teorias sobre o tempo, algo, porém, nos parece seguro afirmar: “pode-se escolher diferentes variáveis para medi-lo e nenhuma delas terá todas as características do tempo que conhecemos, mas isso jamais eliminará o fato de que o mundo está em constante mudança”.⁴ Diante disso, então, “a melhor gramática para pensar o mundo é a da mudança, não a da permanência. Do acontecer, não do ser”.⁵ Com o Direito Administrativo não pode ser diferente.

A deflagração do processo legislativo relativo ao novo marco legal de licitações e contratos se deveu, em grande parte, ao apontamento, pela Comissão Especial do Senado Federal, de que a Lei nº 8.666/1993 “cria insegurança para os administradores públicos”^{6,7}, de tal maneira que o anacronismo legislativo engendrou um cenário de assimetria de informações e dificuldades aos *players* que se aventuram a participar de certames licitatórios e contratos públicos, sobretudo à administração (e, como corolário, à coletividade), alijada por famigerados fenômenos como *seleção adversa* e *moral hazard*.⁸

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 Contratos, que já ostenta quase 30 (trinta) anos. Assim, a Lei nº 14.133/2021 se reveste de grande importância, eis que a Lei 8.666/1993 se mostrou incapaz de atender aos desafios do Estado frente à sociedade complexa.⁹

Esse cenário de imprecisão e insegurança jurídica potencializou diversas mazelas na administração pública, tais como o que se convencionou chamar de *Direito Administrativo do Medo*,¹⁰ colocando-se em evidência uma *análise crítica do controle*,¹¹ falando-se até mesmo em *crise da ineficiência pelo controle*.¹² Não se pode perder de vista, no entanto, que o papel do controlador também não é fácil, eis que, por diversas vezes, depara-se com denúncias de irregularidades em licitações e contratos, mas não se encontra munido das informações e dados técnicos necessários a uma tomada de decisão devidamente motivada. A “missão civilizatória”, usualmente, também se afigura ingrata.

1 Cf. ROVELLI, Carlo. **A ordem do tempo**. Tradução: Silvana Cobucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 80

2 *Ibidem*, p. 56.

3 *Ibidem*, p. 80.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 Cf. SENADO FEDERAL. **Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON**.

7 Cf. NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa**.

8 *Ibidem*.

9 Cf. NÓBREGA, Marcos. Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil? **O Licitante**, 2020.

10 Em razão da hipertrofia/sofisticação da atividade controladora, essa expressão (*Direito Administrativo do Medo*) tem sido utilizada para designar a inibição do administrador público frente ao cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. “Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta”. Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016.

11 Cf. DE PALMA, Juliana Bonarcosi. **A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**.

12 Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *op. cit.*

Nesse diapasão, algumas saídas legislativas foram propostas com o escopo de conferir maior segurança jurídica às decisões tomadas pela administração pública e facilitar o diálogo com os órgãos de controle. No âmbito do Direito Público em geral, tem-se as significativas normas instituídas pela Lei nº 13.655/2018, que enfatizam, no decorrer dos seus dispositivos, a necessidade de serem consideradas *as circunstâncias práticas da decisão*,¹³ incorporando-se a lógica *consequencialista* como mecanismo de combate ao “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”.¹⁴

Especificamente em relação ao novo marco legal de licitações e contratos administrativos, ressaltam-se os artigos 147 a 150 (Capítulo XI), que dispõem sobre o regime jurídico das nulidades nas contratações públicas, agora, com um viés claramente consequencialista. Essa “inovação legislativa”¹⁵ é pertinente, sobretudo porque “as pesquisas apontam que, não raro, controladores reputam a decisão administrativa válida ou inválida com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados e valores abstratos”¹⁶, sendo comum observar tais condutas em matéria de licitações e contratos públicos. Sobre o tema, Juliana de Palma pondera:

Na prática, a motivação tende a não considerar as consequências concretas da decisão controladora: no geral, os controladores adotam uma visão deliberativa limitada ao caso concreto – a casuística –, que não considera os impactos da decisão específica, ou do conjunto decisório, sobre a gestão pública em termos de custos, tempo, legitimidade, eficácia da política pública e isonomia perante os demais cidadãos.¹⁷

Outro ponto indicado pelos pesquisadores é o de que “as decisões administrativas são meramente provisionais”.¹⁸ É dizer: na medida em que atos, contratos, licitações, decisões de políticas públicas e processos administrativos em geral são submetidos a um acentuado grau de controle, frequentemente sem balizas bem delineadas, “as decisões administrativas assemelham-se a uma ‘primeira tentativa’¹⁹, cuja deliberação final depende do aval do controlador”.²⁰

Nessa esteira, por mais que se critique a Lei nº 14.133/2021 em alguns aspectos, 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 ressignificação do conceito de interesse público, cujo enfoque passa a ser o *equilíbrio de interesses envolvidos*, é um dos corolários desse movimento.

O presente artigo estrutura-se, portanto, da seguinte forma: em um primeiro momento, aborda-se o regime jurídico da invalidação na Lei nº 8.666/1993, perquirindo-se a “inadequação gramatical” do Direito Administrativo clássico para a teorização da invalidade em contratações públicas na sociedade complexa;

13 Cf. art. 20 da LINDB.

14 A frase é de Carlos Ari Sunfeld. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205.

15 Tecnicamente, não se trata de uma inovação, já que a Lei nº 13.655/2018, ao introduzir diversos dispositivos na LINDB, já demonstrou a preocupação do legislador com a segurança jurídica e com a motivação das decisões públicas. Os artigos 20, 21, 22 e 24 são prova disso, onde se enfatiza a necessidade de consideração das circunstâncias práticas da decisão, bem como o estabelecimento de óbice à decretação de invalidação de situações fáticas plenamente constituídas. Em outras palavras: a ilegalidade, *de per se*, não tem mais o condão de ensejar, automaticamente, a extirpação integral dos efeitos do contrato ou do administrativo. Não se descure que tanto o STF quanto o TCU já adotavam entendimentos pautados numa análise *consequencialista*, no entanto, a posituação desse *modelo decisório*, tanto na LINDB quanto no novo marco legal de contratações públicas, tende a conferir maior segurança jurídica e qualidade nas decisões.

16 Cf. DE PALMA, *op. cit.*

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

segundo, destaca-se a ruptura com o Direito Administrativo tradicional e a virada paradigmática promovida pela Lei nº 13.655/2018, que alterou substancialmente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e positivou novas e relevantes referências interpretativas no Direito Público, inclusive, no que diz respeito ao instituto da invalidação; terceiro, discute-se o regime jurídico das invalidades estatuído na Nova Lei de Contratações Públicas, estabelecendo-se a relação com a noção de *equilíbrio dos interesses envolvidos*.

Desta feita, sem maiores propensões teóricas, pretende-se, tão somente, comentar o significativo avanço que o novo diploma legal tende a promover, superando-se (ao menos em parte), a partir de uma nova gramática legislativa, o sectarismo e a dicotomia (ato válido-inválido) que permeavam o Direito Administrativo clássico, conjecturando-se sobre as possibilidades de teorizar a nulidade/invalidade no Direito Administrativo (e, mais especificamente, no âmbito das licitações e contratos) a partir do *equilíbrio dos interesses envolvidos*, numa perspectiva dialógica, dando-se primazia ao aspecto *funcional* do princípio da legalidade.

2 O ANACRONISMO DA TEORIA DAS INVALIDADES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CLÁSSICO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

No Direito Administrativo, costuma-se dizer que anulação (ou invalidação)²¹ “é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade”²², ou, ainda, “a eliminação, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, ou de ambos, por terem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”²³.

Um dos temas mais debatidos na doutrina diz respeito à classificação dos atos inválidos. O assunto é de grande relevância, tendo em vista que, na doutrina clássica, conforme seja o tipo de invalidade do ato, a reação da ordem jurídica será diversa.

Não existe (e nunca existiu), no Brasil, uma unificação legislativa no que tange ao regime jurídico dos atos inválidos. A razão para isso reside na ausência de codificação do Direito Administrativo brasileiro e na autonomia política conferida pela Constituição a cada ente federativo.²⁴ É o princípio federativo que fundamenta a inexistência de uma legislação comum. Isso sempre trouxe (e ainda traz) dificuldades para sistematizar a matéria.

Durante muito tempo, não havia qualquer legislação que fornecesse contornos mais seguros para a construção de uma teoria das invalidades dos atos administrativos. Em 1965, foi editada a Lei 4.717 (Lei de Ação Popular), a qual dispõe, em seu art. 2º, sobre os atos nulos e anuláveis. No entanto, como não conferiu tratamento jurídico diferenciado para essas figuras, ela não ajudou muito na tarefa de diferenciar os atos administrativos inválidos.²⁵

Talvez por força disso, alguns juristas de escol se socorreram da teoria das invalidades dos atos de Direito Privado, adaptando-a ao Direito Administrativo, sob o argumento de que se tratava de teoria geral do

21 Neste trabalho, a despeito de relativa cizânia doutrinária quanto à questão terminológica, utilizaremos os vocábulos *anulação* e *invalidação* como expressões sinônimas e que, portanto, versam sobre o mesmo instituto.

22 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 243.

23 VITTA, Heraldo Garcia. **Invalidação dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, p. 35-51, abr./jun. 2000.

24 Cf. FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

25 A Lei de Ação Popular prevê, em seu art. 2º, que os atos administrativos lesivos ao patrimônio público serão nulos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e vício de finalidade. Já o art. 3º dispõe que os atos portadores de vícios diversos daqueles citados no art. 2º seriam anuláveis.

Direito. Essa foi a postura adotada, por exemplo, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que diferenciou os atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis.²⁶

Por outro lado, houve quem afastasse a aplicação integral da teoria das invalidades do Direito Privado aos atos administrativos. É o caso de Seabra Fagundes, para quem a classificação do Direito Privado em atos nulos e anuláveis, constante no Código Civil de 1916, não se ajusta ao Direito Administrativo, tendo em vista o princípio do interesse público.²⁷ Com base nesses pressupostos, ele classifica os atos inválidos em absolutamente insanáveis (nulos), relativamente inválidos (anuláveis) e atos irregulares. A distinção entre eles se funda na maior ou menor ofensa ao interesse público (gravidade do vício).²⁸

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

Duas observações se impõem em tema de anulação de ato administrativo: a primeira, é a de que os efeitos do anulamento são idênticos para os atos nulos como para os chamados atos inexistentes; a segunda, é a de que em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis. Isto porque a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse privado e do interesse público na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares – o que só ocorre no Direito Privado – embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público – e tais são todos os atos administrativos – a sua legalidade se impõe como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal.²⁹

Já Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza, conforme o regime jurídico aplicável, os atos inválidos em inexistentes, nulos e anuláveis. Os atos inexistentes seriam os que se encontram no campo do impossível jurídico, ou seja, aqueles cujo comportamento consiste na prática de crimes que ofendam os direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade. A diferença entre os atos nulos e anuláveis, segundo ele, reside basicamente na possibilidade de convalidação, a qual só existe em relação aos atos anuláveis. Ademais, no curso de uma lide, a arguição do vício dos atos nulos pode ser feita pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz; nos atos anuláveis, tal arguição somente pode ser feita pelo interessado.³⁰

26 “a distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização pelos civilistas, não envolve matéria jurídica de direito privado, mas da teoria geral do direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente adaptável ao direito público, especialmente, ao direito administrativo. Não se trata, por conseguinte, de transplantação imprópria da teoria do direito privado para o direito público inconciliável com os princípios informadores do ato administrativo”. Cf. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1, p. 656.

27 “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 essa situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos. Por tudo isso, a aplicação dos princípios do direito privado aos atos administrativos tem de ser aceita, limitadamente, no tocante à sistematização geral e pela jurisprudência, no que respeita aos casos concretos, de modo a articulá-los com os princípios gerais e especiais de direito administrativo”. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Atual. por Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53-54.

28 *Ibidem*, p. 64 e ss.

29 *Revogação e anulação de ato administrativo*. Texto publicado em 1964. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25736>. Acesso em 12.02.2021.

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 467 e ss.

Seria possível escrever páginas e páginas acerca das diversas classificações feitas pela doutrina, cada uma diversa da outra. Não é oportuno cansar o leitor com essa descrição. Esse não é o propósito desse trabalho. O que nos move aqui é perquirir sobre a teoria da invalidação no “novo” Direito Administrativo, sobretudo no âmbito das licitações e contratos administrativos. A grande pergunta é: como construir um regime jurídico de invalidades que esteja mais atento às questões que permeiam as contratações públicas na sociedade complexa?

Não se descure que o tema da invalidade está entre os tópicos mais difíceis do Direito Administrativo. Certo é que a sociedade mudou e, com ela, os conceitos tradicionais do Direito Administrativo precisam ser ressignificados. Luís Cabral de Moncada³¹ alerta que, no contexto atual, de um Direito Administrativo voltado e dirigido à realização de fins econômicos e sociais, as figuras tradicionais da invalidade, que eram coevas do seu nascimento, passam a ter maiores dificuldades para atender demandas cada vez mais intrincadas:

A rigidez do regime jurídico das invalidades administrativas adaptava-se bem a uma conjuntura em que a Administração actuava pouco mas quando o fazia era pela via unilateral e executória, *máxime* policial, e de modo agressivo da esfera jurídica do particular súdito. Ora, hoje a Administração entra em relações muito mais complexas com os particulares a tender para uma cada vez mais nítida paridade a pedir adequada tutela e de que resultam até efeitos atendíveis exteriores aos que afectam as entidades diretamente intervenientes. O regime jurídico das invalidades deve ser assim construído de modo diversificado e os respectivos efeitos devem ser equacionados numa perspectiva abrangente que se não fica pela simples consideração da relação entre as entidades diretamente visadas.

Nesse diapasão, a nossa proposta no presente artigo, portanto, é a de enfatizar o papel *funcional* do princípio da legalidade, a fim de que sirva de maneira mais efetiva ao Direito Administrativo atual, o qual reclama uma dogmática própria em matéria de invalidades, permeável a regimes jurídicos elásticos compatíveis com a vastidão das questões suscitadas e que estejam, portanto, atentos à complexidade dos problemas práticos e à necessidade de *equilibrar os interesses envolvidos*³².

A título de esclarecimento, não é despiciendo ressaltar que o previsto nos dispositivos da LINDB e no Novo Marco Legal de Contratações Públicas (em matéria de invalidade de ato/contrato administrativo) não se confunde com o instituto da *convalidação*, já consagrado há tempos no Direito Administrativo brasileiro, inclusive na doutrina clássica. Sobre isso, para evitar maiores confusões conceituais, cumpre tecer alguns esclarecimentos.

Segundo Di Pietro, a *convalidação* ou *saneamento* é “o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”.³³ No magistério de Weida Zancaner,³⁴ “é um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato de convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos”.

Antônio Carlos Cintra do Amaral³⁵ leciona que a convalidação ainda depende da possibilidade de retroação dos efeitos do ato *convalidador* ao momento de nascimento do ato a convalidar, salvo quando decorre exclusivamente de ato do particular. Nesta última hipótese, nenhum ato é praticado pela administração, como ocorre, por exemplo, com alguém que foi destinatário de uma exoneração a pedido, sem que

31 MONCADA, Luiz Cabral de. **A nulidade do acto administrativo**.

32 Essa é a razão pela qual a expressão *equilíbrio dos interesses envolvidos* consta no título do artigo. Com isso, queremos nos referir à capacidade de construir uma noção de legalidade que leve em conta, sobretudo, a acomodação do interesse das partes, encontrando um ponto em comum onde interesses conflitantes possam repousar.

33 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 253

34 **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 55.

35 **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62.

houvesse requerido. Se fizer o pedido depois, com expressa intenção legitimadora do ato exonerante, tê-lo-á convalidado.

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

Como sintetiza Carlos Ari Sundfeld,³⁶ para diagnosticar-se a retroatividade ou não de um ato administrativo em dado caso concreto, basta verificar se a *retroeficácia* realiza os valores da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. Se o fizer, a retroação é admissível; se negar tais valores, deve-se proscrevê-la.

Em se tratando de convalidação ou convalidamento, portanto, a regra é a retroação. Todavia, não se poderá admiti-la quando resultar prejudicial ou danosa aos administrados. É o segundo critério aferidor da retroação. À nossa vista, a eficácia *ex tunc* para prejudicar frustra a sua base principiológica e axiológica: a segurança jurídica e a proteção à confiança, que, militando em favor da harmonia social, se preordenam à inalterabilidade de situações positivas fruídas pelos administrados. Por conseguinte, vale salientar que, para que aconteça a convalidação, além da possibilidade de o ato ser praticado novamente sem vício e da possibilidade de retroação, é imprescindível que o ato convalidador nenhum prejuízo acarrete aos interessados.

Ademais, no Direito Administrativo clássico, a obrigação de convalidar surgia, em muitos casos, como o único caminho apto a realizar, *in concreto*, os cânones da segurança jurídica e da boa-fé, tão caros ao Estado Democrático de Direito. Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,³⁷ no entanto, que endossam a posição assumida por Weida Zancanner, tanto a anulação quanto a convalidação são atividades vinculadas, e esse cenário em nada foi alterado pelo art. 55 da Lei nº 9.784/1999. É pensamento dos autores mencionados que o dispositivo em foco não tornou a convalidação mera faculdade ou expressão de discricionariedade administrativa. Expressam-se nos seguintes termos:

A flexão verbal “poderão”, aí utilizada, significa a expressa atribuição de um poder-dever: “expressa” porque sempre existiu, mesmo antes da lei; “poder-dever” porque a convalidação é emanção direta dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não remanescendo, destarte, margem de volição para o agente administrativo.

Não se pode negar que a questão não desfruta de uniformidade na doutrina. Edmir Netto de Araújo,³⁸ divergindo dos juristas transcritos, é peremptório em assegurar que

(...) não há um dever de convalidar o ato anulável, mas o dever de recompor a legalidade ferida, o que se faz tanto fulminando o ato viciado quanto convalidando-o, e esta opção, como se viu, é *discricionariamente* voltada à melhor solução para o Direito, com vistas ao cumprimento do fim específico de interesse público do *ato em revisão*, pois o fim especial do novo ato é o *resguardo* da ordem jurídica.

Prega-se, portanto, a utilização da convalidação com fundamento não somente no princípio da segurança jurídica, mas também nos princípios da proporcionalidade e da boa-fé, uma vez que se pode entender que a atuação desproporcionada é atentatória ou contrária à boa-fé. Consoante Clarissa Sampaio Silva,³⁹ deve-se adotar a convalidação nas hipóteses em que atos vinculados criaram benefícios aos particulares,

36 **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 72.

37 **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 201.

38 **Convalidação do Ato Administrativo**. São Paulo: LTr, 1999, p. 135.

39 **Limites à Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 133-134.

por constituir meio menos gravoso do que a invalidação e atingir idêntico fim, que é a recuperação da legalidade ferida.

Não nos cabe aqui um estudo aprofundado acerca do instituto da *convalidação*. A exposição acima foi feita apenas com o escopo de lembrar ao leitor que a *convalidação* pressupõe a supressão da ilegalidade, com efeitos, em regra, retroativos (*ex tunc*). No caso da LINDB e do Novo Marco Legal de Contratações Públicas, como será demonstrado mais à frente, foi positivada a possibilidade de decidir por *não invalidar* um ato/ contrato formalmente viciado, quando a declaração de invalidade, a partir de um juízo de ponderação (dentro dos *standards* legais, obviamente), não atender ao *equilíbrio de interesses envolvidos*. A legalidade, portanto, passa a ostentar um caráter notadamente *funcional*.

2.1 Aplicabilidade da teoria da invalidação dos atos administrativos nas contratações públicas e a “obsolescência gramatical” da Lei nº 8.666/1993

“A gramática formou-se a partir da nossa experiência limitada, antes de nos darmos conta de sua imprecisão em apreender a rica estrutura do mundo.”⁴⁰

Antes de passarmos ao próximo tópico, não é despiendo esclarecer que, como o contrato administrativo nada mais é do que um ato administrativo bilateral,⁴¹ as considerações que aqui foram feitas sobre invalidação de atos administrativos se aplicam plenamente às contratações públicas. É dizer: “como por detrás do contrato administrativo há um ato administrativo, que deve vir exercitado com legitimidade, os vícios que maculam os atos são os mesmos dos contratos”⁴²

Isso significa que a sistematização referente aos atos administrativos inválidos é a mesma para os contratos administrativos (quanto às licitações, nenhuma dúvida paira sobre a aplicabilidade dessa sistematização). Dessa forma, o tema será abordado a partir da teoria dos atos administrativos inválidos. Logo, o que será (e o que foi) exposto se aplica integralmente aos contratos administrativos portadores de vício de legalidade.

Do exame do regime jurídico de nulidades plasmado na Lei 8.666/1993, infere-se a presença de dispositivos como “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato” e o artigo 59, o qual prevê a desconstituição (*ex tunc*) de todos os efeitos jurídicos produzidos pelo contrato administrativo declarado inválido/nulo:

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.

Dessumimos, portanto, ao investigarmos a gramática legislativa do Direito Administrativo Brasileiro clássico, notadamente em matéria de contratações públicas, que inexistia preocupação (legislativa) com as circunstâncias práticas da decisão, tampouco se recomendava uma análise de riscos, impactos, despesas etc. (evidências empíricas). Esse foi um dos fatores que tornou a Lei Geral de Licitações – LGL (Lei 8.666/1993) um diploma normativo falho, ultrapassado e ineficiente.⁴³

Cediço que o elemento textual-normativo é indefectível à atividade de controle,⁴⁴ e a estrutura da realidade atual não é aquela que essa gramática (da LGL) pressupõe. As licitações e os contratos públicos são muito

40 ROVELLI, *op. cit.*, p. 91.

41 Cf. FREIRE, *op. cit.*

42 Cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. **Contratos Administrativos**, p. 112. No mesmo sentido: Lúcia Valle Figueiredo. **Extinção dos Contratos administrativos**, p. 85.

43 NÓBREGA, *op. cit.*

44 Cf. MAZZONI, Cosimo Marco. *I Controlli Sulle Attività Economiche*. In: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo (direzione). **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia**. Padova: CEDAM, 1977. v. 1.

mais do que um punhado de procedimentos administrativos, posto que envolvem altos custos, riscos, empregos etc. Existem inúmeros fatores que impactam sobremaneira a vida das pessoas, das empresas e do meio ambiente.

Assim, desvela-se o cenário de insuficiência que marca o (início do) fim do sectarismo dicotômico que marca a teoria das invalidades do Direito Administrativo clássico. Referido panorama ensejou uma virada paradigmática do Direito Administrativo, cujo marco legislativo, no Brasil, pode ser atribuído à Lei nº 13.655/2018, chamada por alguns de “Lei da Segurança Jurídica” ou “Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública”.⁴⁵ O exame das evidências e circunstâncias práticas do caso concreto passa a ser regra. Na realidade, “apesar de não serem novidade no Brasil, os processos decisórios orientados por evidência paulatinamente deixam de ser uma experiência burocrática pontual. Hoje são uma tendência”.⁴⁶

3 A LEI Nº 13.655/2018 E O CONSEQUENCIALISMO: RUPTURA COM O PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO

O entendimento de que o interesse público não pode ser prejudicado pela anulação de atos ou contratos administrativos não é novidade. A preservação de um contrato administrativo viciado já poderia ocorrer através da convalidação (supressão do vício de legalidade) ou da estabilização em virtude da incidência de prazos extintivos.

De mais a mais, *a decisão de não invalidar* um ato ou contrato – por conta das circunstâncias práticas da decisão ou pelos efeitos que o ato já produziu – já era aceita pela jurisprudência e por parte da doutrina, todavia, por ser comumente desconsiderada pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, precisou ser positivada pelo legislador, o que aconteceu (conforme acima alinhavado), de maneira mais efetiva, com o advento da Lei nº 13.655/2018 e as alterações e acréscimos que promoveu na LINDB.⁴⁷

Por questões metodológicas e para que o artigo não fique demasiado extenso, focaremos, por enquanto, o artigo 20 da LINDB, o qual prescreve que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Ao comentar o dispositivo, Marçal Justen Filho alerta que “o art. 20 não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos”.⁴⁸ É que o processo de concretização do direito envolve, de modo inarredável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos.⁴⁹ “A solução adotada no mundo dos fatos é orientada por valores, mas, isso envolve a determinação do conteúdo do valor em face das circunstâncias da situação examinada.”⁵⁰ É dizer: não está proibida a argumentação com base em princípios, mas a motivação vai além da checagem da legalidade (criando-se o ônus, ao administrador/controlador/juiz, de argumentar pela consequência prática), sobrelevando-se o vetor constitucional da proporcionalidade. Sobre esse ponto, o já citado Justen Filho destaca:

45 Cf. DE PALMA, *op. cit.*

46 Cf. DE PALMA, Juliana Bonarcosi. **Consequencialismo, evidências e controle pelo TCU**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/consequencialismo-evidencias-e-o-controle-pelo-tcu-03042019>

47 Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 73.

48 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, 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.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

Como toda e qualquer decisão da autoridade estatal deve ser compatível com a proporcionalidade-adequação, isso significa que o art. 20 da LINDB apenas tornou inquestionável uma exigência que era implicitamente reconhecida como inafastável requisito de validade.⁵¹

Ora, a autoridade deve tomar em vista os efeitos causados pelas diversas alternativas decisórias, sendo obrigatório escolher aquela solução que acarretar as restrições menos intensas aos interesses e valores em jogo (primazia do equilíbrio de interesses). A lei prevê ainda a possibilidade de serem oferecidas alternativas de regularização (art. 21), sem esquecer de considerar as orientações gerais da época (art. 24) e os obstáculos reais do gestor (art. 22).

Com efeito, por diversas vezes, ao anular ou invalidar um ato o contrato administrativo simplesmente exacerbará o desequilíbrio de interesses envolvidos, de sorte que é imprescindível que a autoridade formule uma projeção quanto aos efeitos práticos de sua decisão, o que inclui, em alguns casos, a *decisão de não invalidar* um ato ou contrato administrativo eivado de vício de legalidade.

A decisão, portanto, deve ser o resultado de um “processo estimativo” realizado pela autoridade competente, que leve em consideração os interesses envolvidos, e a consideração aos efeitos práticos da decisão deve obrigatoriamente constar da motivação do ato.⁵²

Como já se destacou no presente artigo, o enfoque tradicional do Direito Administrativo “reputa que a teoria das invalidades não atribui margem de autonomia para a autoridade estatal preservar atos defeituosos. A constatação de defeito grave imporia o desfazimento do ato administrativo, independentemente dos efeitos daí decorrentes”.⁵³

Essa concepção vinha sofrendo mitigações na atuação prática dos órgãos de controle – sobretudo do TCU. Em diversos casos, a Corte de Contas até reconheceu a nulidade, mas não pronunciou a invalidade do ato em virtude de um juízo de proporcionalidade que considerava o equilíbrio dos interesses fragmentados (o que não impedia, entretanto, a punição aos envolvidos nos atos defeituosos). Em outros termos: o controle de viés consequencialista já era implementado, mas, infelizmente, não tão raras vezes, o excessivo culto ao formalismo da Lei nº 8.666/1993 acabava por imperar em detrimento do exame das consequências práticas da invalidação.

Esse “ambiente de incerteza” (no âmbito do Direito Público em geral) foi enfrentado pela Lei nº 13.655/2018, a qual aliou, num arremate só, o reforço à regra de competência (a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso), a integração do controlador na tomada de decisão pública, o diálogo institucional (ou interinstitucional) e o regime especial de motivação. Este último, em duas situações: a) *ratio decidendi* construída em valores jurídicos abstratos e b) invalidação.⁵⁴

O parágrafo único do art. 20, inclusive, apregoa expressamente que a técnica de proporcionalidade se aplica à invalidação de atos administrativos, de sorte que o desfazimento de um ato administrativo defeituoso não deriva da mera verificação de sua incompatibilidade com norma jurídica hierarquicamente superior.⁵⁵ O simples reconhecimento da ausência de requisito de validade se afigura insuficiente para ensejar, *de per si*, o desfazimento do ato ou contrato administrativo.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 Cf. Informações extraídas de apresentação produzida por Juliana Bonarcosi de Palma, intitulada de *Motivação, segurança jurídica e controle das decisões administrativas: lei de segurança jurídica para a inovação pública (arts. 20, 21, 22 e 28)*.

55 Cf. JUSTEN FILHO, *op. cit.*

Desta feita, afigura-se imprescindível avaliar os efeitos concretamente produzidos pelo ato defeituoso. Caso – a partir do juízo de ponderação das evidências (custo econômico, estágio físico e financeiro da obra/contrato, impactos sociais e ambientais etc.) – se verifique que o desfazimento dos efeitos do ato ou contrato viciado tende a comprometer os fins colimados pela administração, ou, existindo solução que, aparentemente, melhor acomoda os interesses envolvidos, tornar-se-á obrigatória a preservação do ato ou a adoção de providências destinadas a promover o seu saneamento (em detrimento da anulação).

4 A TEORIA DAS INVALIDADES À LUZ DA NOVA LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O EQUILÍBRIO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS

A nova Lei de Contratações Públicas estabelece parâmetros indicativos para a administração, Judiciário e órgãos de controle, que, para fins de analisar eventual invalidade na licitação ou no contrato, deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão. Elas 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 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.⁵⁶ Tais aspectos materializam a moderna ideia de *legalidade funcional*, o que implica admitir que a legalidade seja maleável, ajustável, buscando-se o balanceamento do interesse das partes. A existência de um tratamento funcional do princípio da legalidade dá sentido à questão do equilíbrio de interesses.

Nos dizeres de Jacintho Arruda Câmara, “a invalidação deve ser preterida quando for incompatível com qualquer interesse público que imponha a preservação do contrato”.⁵⁷ Essa avaliação será obrigatória. Não basta constatar ilegalidade para expurgar um ato ou contrato administrativo; será necessário ponderar se invalidá-lo é compatível com o “interesse público” (art. 148).⁵⁸ Se, para atender ao interesse público, a avença for preservada, a irregularidade poderá gerar apenas indenização por perdas e danos, além da responsabilização de quem lhe tiver dado causa. Vejamos:

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;

⁵⁶ Tudo isso está no art. 147 da Lei nº 14.133/2021. Referido dispositivo é o enfoque da nossa abordagem no presente artigo.

⁵⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. *Jota*, 12 jan. 2021.

⁵⁸ Interesse público aqui, no nosso sentir, é o equilíbrio dos interesses envolvidos, o que também inclui a situação do particular contratado.

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.

O dispositivo acima transcrito é o ponto nevrálgico da nossa análise, porquanto traz grande impacto para o futuro das contratações públicas ao estabelecer *standards* à invalidação (o mecanismo de lei-quadro, similar ao que acontece no âmbito das agências reguladoras). Assim, afigura-se oportuno comentar, ainda que brevemente, os onze incisos e o parágrafo único que o compõem, deixando para outra oportunidade um detalhamento mais agudo. A intenção não é nos aprofundarmos nisso, mas apenas dar algumas pistas para a compreensão da importância desses critérios nas atividades administrativa, controladora e judicial na seara das contratações públicas.

I – Impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato

Da leitura do primeiro inciso, depreende-se que a eventual declaração de invalidação da licitação ou do contrato depende de prévia análise *dos impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato*. Eis o grande desafio que permeia a incompletude intrínseca aos contratos públicos: aglutinar concomitantemente o interesse do Estado, o da coletividade e o da contratada.⁵⁹

Em estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), divulgado no dia 12 de julho de 2018, apresenta-se o desperdício do dinheiro público com 2.797 obras públicas paralisadas no Brasil. A maior parte é do saneamento básico. Nessa esteira, um dos principais fatores a ser levado em conta é o *custo econômico-financeiro* que será enfrentado, por exemplo, em razão da invalidação do contrato e a consequente suspensão ou interrupção da execução contratual.⁶⁰

A análise sobre invalidar ou preservar a conclusão da obra deve considerar duas questões complementares: 1) olhando exclusivamente para o volume de recursos adicionais para concluir e operar o projeto, bem como considerando os benefícios que ele trará, o projeto é viável econômica e financeiramente? 2) se a resposta à questão anterior for positiva, isto é, sendo viável econômica e financeiramente, faz sentido ser o setor público a financiar e/ou a realizar o restante do projeto?⁶¹

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.⁶²

A existência de vício na licitação ou no contrato não pode ensejar automaticamente a suspensão ou interrupção da execução contratual, sob pena de trazer grande prejuízo à coletividade e à própria

59 Cf. TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Covid 19, Estado de Incerteza e reequilíbrio econômico-financeiro na concessão. **Revista Consultor Jurídico**, 7 out. 2020.

60 Cf. <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-cni-grandes-obras-paradas.pdf>

61 *Ibidem*.

62 Cf. <https://www.buildin.com.br/obras-publicas-impacto-das-paralisacoes/>

administração pública. Imperioso que se faça um juízo de ponderação levando-se em conta o equilíbrio dos interesses fragmentados/envolvidos, o que se materializa por meio do exame das evidências. Quando se paralisa abruptamente uma obra, por exemplo, deixa-se de fazer investimentos, de gerar empregos e de atender à demanda da sociedade em áreas essenciais como saúde, educação, transporte e segurança pública.

II – Riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato

Um dos maiores problemas existentes em uma obra paralisada refere-se ao risco estrutural da exposição de intempéries decorrentes da descontinuidade dos trabalhos de conclusão da obra, resultando em danos muitas vezes irreversíveis. Por exemplo, uma obra paralisada, cuja estrutura não tinha previsão de impermeabilização que a protegesse da ação das águas, implica a exposição da estrutura ao tempo, acarretando corrosões das armaduras, bem como uma desagregação do concreto em função do aumento de volume das barras de aço. Essa evidência é muito comum no meio da Engenharia Estrutural.⁶³

Os riscos ambientais, por sua vez, relacionam-se com as consequências da paralisação com o meio ambiente. *Exempli gratia*, um corolário desastroso da exposição das fundações e muros de contenção é o comprometimento da estabilidade do prédio como um todo, tendo em vista que tal exposição poderá tirar o apoio de tais elementos de sustentação, provocando uma situação de instabilidade, bem como poderá ocorrer a oxidação da armadura de ferragem. Formação de poças d'água em locais não abrigados, potencializando a procriação do mosquito *Aedes Aegypti*, entre outras doenças conseqüências da depreciação resultante da interrupção abrupta de uma obra pública.⁶⁴

III – Motivação social e ambiental do contrato

A motivação social e ambiental do contrato, no nosso sentir, é mais do que já fora exposto em relação ao inciso II. Necessário se faz aprimorar os modelos de fiscalização das contratações públicas para levar em consideração não apenas a busca pelo menor preço, mas também a promoção do desenvolvimento sustentável do país (que, inclusive, já era um dos objetivos plasmados na Lei nº 8.666/1993). É dizer: deve-se dar primazia à função social do contrato ou da licitação, abarcando-se a preocupação ambiental, social e o desenvolvimento econômico.

IV – Custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas

De norte a sul do país, milhares de obras estão paradas, e algumas delas sem perspectivas de serem retomadas.⁶⁵ Hoje, o maior desafio do setor é evitar que esses empreendimentos se transformem em grandes esqueletos Brasil afora e causem ainda mais prejuízos para os cofres públicos e a população.

V – Despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados

Outro ponto a ser levado em consideração são os custos decorrentes da necessária preservação das estruturas semiacabadas e dos equipamentos entregues. É de praxe a administração solicitar das empresas que tiveram contratos invalidados a definição de medidas voltadas à preservação das estruturas civis e equipamentos disponíveis na obra paralisada. Portanto, vale aqui, também como critério de avaliação de

63 Cf. documento disponível em <http://www.mrcl.com.br/upav/28.pdf>, no qual se discorre sobre depreciação e desvalorização de obra paralisada.

64 *Ibidem*.

65 Cf. matéria jornalística intitulada "o país das obras paradas", disponível em [https://oglobo.globo.com/opiniao/o-pais-das-obras-paradas-1-24709363#:~:text=Os%20projetos%20integram%20o%20acervo,Contas%20da%20Uni%C3%A3o%20\(TCU\)](https://oglobo.globo.com/opiniao/o-pais-das-obras-paradas-1-24709363#:~:text=Os%20projetos%20integram%20o%20acervo,Contas%20da%20Uni%C3%A3o%20(TCU).).

ponderação para eventual invalidação do contrato, a contabilização das despesas de preservação, que se estendem à segurança patrimonial, à manutenção do legado, à perda de garantias etc.

VI – Despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades

Mobilização e desmobilização são o conjunto de providências e operações que o executor dos serviços tem de efetivar para transportar pessoal e equipamentos até o local da obra e, ao final dos trabalhos, retorná-los para o ponto de origem.⁶⁶ Esse gasto é comum, por exemplo, nas obras rodoviárias, sendo comum a adoção de taxa de mobilização e desmobilização no orçamento global. É mais um aspecto a ser levado em consideração na eventual invalidação de um contrato administrativo.

VII – Medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados

Quanto a esse dispositivo, alertamos para a necessidade de observância do “primado da realidade”. Não raras vezes, o administrador público se vê diante de recursos humanos e materiais escassos, o que deve ser levado em conta pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário.^{67 68}

Exempli gratia, as medidas fiscalizatórias disponíveis ao alcance do gestor público de um município interiorano “pequeno” nem de longe são as mesmas de que dispõe o administrador no âmbito federal. Considerar o “primado da realidade”, portanto, implica avaliar as dificuldades reais da administração pública em cada caso. Na maior parte das vezes, executar aquilo que está no papel é bem mais difícil do que parece.

VIII – Custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas

Além do custo da própria licitação, não se pode olvidar os gastos globais no cumprimento de cada contrato e os respectivos estágios físico e financeiro. Em outras palavras: imagine o impacto negativo caso ocorra a paralisação ou abandono de uma obra de grande vulto que já estava “em vias” de conclusão?

O investimento realizado (tanto em termos pecuniários quanto o “tempo” ali empregado) não pode ser desconsiderado. Muito pelo contrário. Preservar um contrato “viciado”, às vezes, pode ser o caminho que melhor atende o equilíbrio dos interesses envolvidos (particular contratado, administração e coletividade). É critério, portanto, imprescindível na ponderação de eventual declaração de nulidade.

IX – Fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação

Há quem diga, inclusive, que a reversão do cenário de desemprego no Brasil depende diretamente da reativação de obras públicas paralisadas.⁶⁹ Nesse diapasão, ao verificar-se alguma invalidade num contrato administrativo, tanto o administrador quanto o controlador devem levar em conta o fechamento (direto ou indireto) de postos de trabalho em razão da suspensão ou interrupção da execução contratual.

66 Cf. MENDES, André Luiz; BASTOS, Patrícia Reis. Um aspecto polêmico das obras públicas: benefícios e despesas indiretas (BDI). **Revista do TCU**, v. 32, n. 88, abr./jun. 2001.

67 NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 78.

68 Eduardo Jordão, em artigo sobre o art. 22 da LINDB, discorre sobre o “pedido de empatia” com o gestor público. Entendemos que essa ideia também é aplicável no tocante à teoria da invalidação na Nova Lei de Contratações Públicas. *Art. 22: acabou o romance. O reforço do pragmatismo no direito brasileiro*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/>. Acesso em 17.02.2021.

69 Cf. <https://www.istoedinheiro.com.br/a-saida-esta-no-canteiro-de-obras/>

A despeito do trivial exame dos aspectos formais do regime licitatório e contratual, é importante lembrar que, mesmo observados os rígidos padrões da Constituição brasileira, há sensível margem para a utilização da modelagem das contratações públicas como mecanismo de indução do desenvolvimento econômico e social. A geração de empregos, inquestionavelmente, é pedra de toque nessa abordagem. Este critério, portanto, não pode ser, de maneira alguma, desconsiderado.

X – Custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato

Cediço que a licitação ou a própria execução contratual implicam gastos para a administração pública. Um estudo realizado pelo Instituto Negócios Públicos, em fevereiro de 2015, possibilitou analisar o custo médio de uma licitação através dos gastos em cada fase do processo.⁷⁰ A economia aos cofres públicos é critério de extrema relevância para decidir-se pela invalidação ou não de um contrato administrativo.

XI – Custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação

O *Manual de Custos Rodoviários – Volume 1 – Metodologia e Conceitos* (Sicr2), de 2003, descreve que o custo de capital representa o “custo incorrido pelo empresário, pelo fato de aplicar, num negócio específico, seu capital próprio ou o capital captado de terceiros”.⁷¹

O custo de oportunidade, por sua vez, é definido por Brigham como a “taxa de retorno que se poderia obter com investimentos alternativos de risco semelhante”.⁷² Assim, na análise de eventual invalidação de contrato administrativo, não se pode perder de vista os valores desembolsados pelo contratado que se presta a cumprir o contrato, ainda mais quando este não deu causa ao vício de legalidade.

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.

O parágrafo único do artigo 147 resume a ideia geral dos incisos aqui comentados, qual seja, a imposição de *standards consequencialistas* pelo legislador, a fim de orientar a atuação do administrador e dos órgãos de controle à busca pela acomodação dos interesses envolvidos/fragmentados no âmbito de uma contratação pública, autorizando-os, inclusive, a *não invalidar* um contrato que, numa análise perfunctória e descontextualizada, seria declarado nulo. Esse aspecto *funcional* da legalidade, respeitada a densificação mínima da lei, é o que se deve buscar.⁷³

Por fim, cumpre ressaltar, como previsto expressamente, que a preservação de um contrato viciado não impede a melhor apuração da irregularidade, a possibilidade de serem arbitradas indenizações por perdas e danos, bem como a aplicação de penalidades aos responsáveis pela ilegalidade.

70 Segundo o referido estudo, a identificação da necessidade de bens ou serviços tem um custo de R\$ 1.051,51; a análise e aprovação de aquisição somam um custo de R\$ 726,99; o custo da realização de pesquisa de mercado de valores e quantidade é de R\$ 2.561,07; a determinação da modalidade e projeto básico ou termo de referência custam R\$ 2.095,44; a elaboração de minuta do edital, contrato e publicação custam R\$ 3.954,17; o custo da abertura de propostas e habilitação dos interessados em ato público é de R\$ 1.475,27 e, por fim, a verificação nas conformidades do edital, adjudicação e homologação, e publicação do resultado custam R\$ 2.487,35. E todo esse processo licitatório gera um custo médio de R\$ 14.351,50. Isso em 2015.

71 Cf. *Manual de Custos Rodoviários – Volume 1 – Metodologia e Conceitos* (Sicr2), de 2003, p. 208.

72 Cf. BRIGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. **Fundamentos da moderna administração financeira**. Trad. Maria Imilda da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 208.

73 Sobre o tema “densidade mínima da lei”, ver: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade**. *Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*, v. 1, n. 1, p. 59-80, jul-dez. 2009.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO: INVALIDAÇÃO E EQUILÍBRIO DE INTERESSES ENVOLVIDOS

Diante de todo exposto, concluímos que o tradicional dualismo no regime jurídico das invalidades do ato administrativo – assente na distinção radical entre nulidade e anulabilidade – não serve ao Direito Administrativo atual. Este necessita de dogmática própria, em matéria de invalidação, permeável a regimes jurídicos elásticos e compatíveis com a vastidão das questões suscitadas, atenta às complexidades dos problemas práticos e aos valores/interesses que deverão ser levados em conta.⁷⁴ Nesse sentido, substitui-se a legalidade tradicional pela noção de legalidade *funcional*.

As normas estatuídas pela nova Lei de Contratações Públicas, no que tange à teorização das invalidades, têm justamente esse objetivo. 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 arbitrariedades.

Esses dispositivos (sobretudo o art. 147 do novo Marco Legal de Contratações Públicas, que recebeu nosso enfoque no presente artigo) buscam dar maior segurança jurídica aos interesses legitimamente protegidos em uma licitação ou contrato administrativo (administração, coletividade e particular licitante/contratado). Há a imposição de *standards* que, não obstante impliquem relativa maleabilidade na aplicação do direito, mantêm uma reserva de densificação normativa mínima, preservando o princípio da legalidade, o que garante, como corolário, certo grau de previsibilidade na atuação administrativa (o que é crucial num Estado Democrático de Direito).

Por outro lado, 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.

Destarte, concluímos que a evolução (inclusive gramatical) crescente das regras que envolvem as condições para o desfazimento do ato ou do contrato administrativo e as exigências da sociedade complexa tornaram anacrônica a teoria das invalidades do Direito Administrativo clássico. O disciplinamento das condições para o desaparecimento do ato ilegal criador de direitos não pode mais ser estruturado *apenas* em torno do princípio da legalidade, exceto se consideramos a legalidade em seu aspecto *funcional*, ou seja, como produto de uma série de outros princípios voltados a equilibrar os interesses envolvidos nas contratações públicas.

Desta feita, ao analisarmos a eventual nulidade de um ato ou contrato administrativo, devemos 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 a *summa divisio* clássica levaria a distorcer a percepção desse equilíbrio e enviar um sinal errado ao destinatário da norma. Por isto, o Novo Marco Legal de Contratações Públicas, sobretudo pelo art. 147, tende a promover importante avanço na conformação de uma teoria das invalidades menos dissonante da realidade. É o que esperamos.

REFERÊNCIAS

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

⁷⁴ MONCADA, *op. cit.*

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTr, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.
- BRIGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. **Fundamentos da moderna administração financeira**. Trad. Maria Imilda da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. **Jota**, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-12012021>.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. **Revista Duc In Altum - Caderno de Direito**, v. 1, n. 1, p. 59-80, jul-dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/158>.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DE PALMA, Juliana Bonarcosi. **A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6955317/mod_resource/content/1/LINDB-juliana%20PL.pdf.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. por Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREIRE, ANDRÉ LUIZ. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, 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: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>.
- MAZZONI, Cosimo Marco. *I Controlli Sulle Attività Economiche*. In: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo (direzione). **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia**. Padova: CEDAM, 1977. v. 1.
- MENDES, André Luiz; BASTOS, Patrícia Reis. Um aspecto polêmico das obras públicas: benefícios e despesas indiretas (BDI). **Revista do TCU**, v. 32, n. 88, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/889>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**/ Délcio Balestero Aleixo, José Emanuel Burle Filho. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

MONCADA, Luiz Cabral de. **A nulidade do acto administrativo**. Disponível em https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/4399/1/a_nulidade_do_acto_administrativo.pdf.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa**. Disponível em <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37919>.

NÓBREGA, Marcos. Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil? **O Licitante**, 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Esperando-Godot-Podera-a-Nova-Lei-de-Licitacao-revolucionar-as-compras-publica-no-Brasil-Marcos-Nobrega.pdf>.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Ministério Público e Controle da Administração Pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.

ROVELLI, Carlo. **A ordem do tempo**. Tradução: Silvana Cobucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Qual o papel do Judiciário no combate à Covid 19? **Jota**, 13 abr. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-o-papel-do-judiciario-no-combate-a-covid-19-13042020>.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Covid 19, Estado de Incerteza e reequilíbrio econômico-financeiro na concessão. **Revista Consultor Jurídico**, 7 out. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/teixeira-junior-contratos-concessao-covid-19>.

VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 35-51, abr./jun. 2000. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47525/45219>.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.