

# REGIME DE NULIDADES E INTERESSE PÚBLICO NA LLCA: EVOLUÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO

## ANNULMENT AND PUBLIC INTEREST IN PUBLIC PROCUREMENT LAW: EVOLUTION AND RESSIGNIFICATION



### Karina Houat Harb

Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora nos cursos de graduação em Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) e de Pós-Graduação em Direito Administrativo da PUC-SP e da Escola de Gestão e Contas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Professora na Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista de Magistratura de São Paulo, da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Membro fundadora e Diretora Adjunta do Instituto de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN). Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Presidente da Comissão de Estudos sobre Licitações do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Assessora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada.

### Valdir Godoi Buqui Netto

Mestre em Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Assessor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogado.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Um passeio histórico: teoria das nulidades e interesse público e outras breves ponderações; 2.1. Teoria das nulidades dos atos e contratos administrativos; 2.2. O conceito de interesse público; 2.3. Outras breves considerações; 3. Interesse público e regime de nulidades na Lei n. 14.133/2021; 4. Proposta de interpretação do regime de nulidades e do interesse público; 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** A Lei n. 14.133/2021 alterou o regime geral de licitações e contratos administrativos e introduziu novo regime de nulidades. O novo regime contempla a previsão de análise de elementos financeiros, sociais e de governança na decisão pela anulação ou manutenção de contratos administrativos eivados de irregularidades. Este artigo propõe reflexões sobre o novo regime de nulidades, com base na doutrina antecessora, e uma proposta de leitura dos artigos 147 a 150 da nova lei.

**Abstract:** The public procurement and administrative contracts regime were altered by Act 14.133/2021, which also introduced new annulment provisions for public acts. The new annulment regime encompasses an analysis of financial, social and governance elements in the decision to annul or maintain a State Contract riddled with irregularities. This article aims to reflect upon this new regime, taking for basis the predecessor doctrine on the matter, and to propose an interpretation of articles 147 to 150 of the Act.

**Palavras-chave:** Regime de nulidades. Contratos administrativos. Indenização. Interesse público. Licitações.

**Keywords:** Annulment provisions. Administrative contracts. Restitution. Public interest. Public procurement.

## 1 INTRODUÇÃO

O regime geral de licitações e contratos administrativos, introduzido pela Lei n. 14.133/2021, entre muitas análises possíveis, unificou institutos jurídicos relevantes desenvolvidos ao longo dos anos de vigência da Lei n. 8.666/1993, adotou entendimentos jurisprudenciais e administrativos de órgão de controle, atualizou procedimentos e liquidou “os saldos” do que “funcionou até o momento”. Em suma, *uma lei que vale pelo que revoga*, nas palavras de Marques Neto.<sup>1</sup> As inovações contidas na norma são mais modestas do que se alardeou, porém, meritórias: a relevância de um adequado planejamento público de contratações, a incorporação da inversão de fases como regra, a possibilidade de adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, o respeito ao procedimento nos processos de contratação, a introdução de procedimentos auxiliares às licitações, todos poderiam ser singularizados como bem-vindas novidades da legislação.

Entre as inovações previstas na norma, faz-se necessário o destaque ao regime de nulidades de atos e contratos administrativos, contido nos artigos 147 a 150 da lei. O regime propõe alteração substancial do posicionamento normativo estabelecido desde meados da década de 1980 e sinaliza a mudança do entendimento até o presente momento reportado na doutrina e aplicação da lei. Os artigos 147 e 148, particularmente, contêm regramento que propõe à administração pública um dever de convalidação de atos e contratos viciados e outro de manutenção de seus efeitos que destoa muito do que se compreendia anteriormente.

A partir de um rol enumerativo inscrito no *caput* do art. 147, a decisão pela suspensão ou pela anulação de contrato deverá levar em conta uma série de fatores sociais, econômicos e financeiros, para se configurar como medida de *interesse público*. Assim, a proposta da norma é o tratamento da anulação como *ultima ratio* para atos e contratos administrativos cujas irregularidades, ainda que não sejam convalidáveis, sejam desproporcionalmente mais gravosas que os fatores sociais, econômicos e financeiros por ela impactados.

Aparentemente, o *interesse público* contido no *caput* do art. 147 oscila entre o pragmatismo dos efeitos do restabelecimento do *status* jurídico anterior à produção do vício ocasionado pela anulação e a manutenção de atos ou contratos cujos vícios não se possa convalidar, mas que se precifique a extensão dos danos por eles gerados. O *interesse público* cingido entre a legalidade estrita da atuação administrativa e as consequências jurídicas, administrativas e sociais da manutenção de atos e contratos viciados.

O amplo rol contido no art. 147 somado à oscilação dos *interesses públicos* identificáveis no mesmo artigo indicam a prevalência da ponderação do *prejuízo* advindo da anulação como a motivação administrativa na tomada de decisão. Essa perspectiva representa alteração normativa cuja aplicação deverá ser acompanhada minuciosamente, a fim de se evitar abusos e, ao mesmo tempo, sistematizar boas práticas realizadas pela administração pública.

O objetivo do presente artigo é a exploração desse novo regime de nulidades e do emprego da expressão *interesse público*, a partir do resgate de perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais anteriores e da análise do atual cenário normativo do Direito Administrativo.

No segundo item, far-se-á o resgate doutrinário necessário dos regimes de nulidades anteriores, do conceito de interesse público e seu debate doutrinário e de outras considerações necessárias. No

1 MARQUES NETO, F. P. A. Uma lei que vale pelo que revoga. Uma panorâmica sobre a Lei n. 14.133/2021. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XLII, n. 153, mar-2022.

terceiro item, far-se-á a análise do novo regime de nulidades da Lei n. 14.133/2021. E, no quarto item, serão tecidas as propostas de leitura do novo regime; seguidas das considerações finais.

## 2 UM PASSEIO HISTÓRICO: TEORIA DAS NULIDADES E INTERESSE PÚBLICO E OUTRAS BREVES PONDERAÇÕES

### 2.1 Teoria das nulidades dos atos e contratos administrativos

Para o tratamento do regime das nulidades e sua interlocução com o interesse público, faz-se necessária a fixação de marcadores temporais para tornar factível a análise do objeto e estabelecer os diálogos necessários, situando a análise a partir da segunda metade do século XX, apesar de existirem interessantes estudos antecessores, como em Giacomuzzi.<sup>2</sup> Parte-se da década de 1960, por três acontecimentos fulcrais à discussão que se propõe este artigo: a promulgação da Lei de Ação Popular, Lei n. 4.717/1965; a edição do Decreto-Lei n. 200/1967; e a publicação da Súmula n. 473, em 1969, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O Decreto-Lei n. 200/1967, fruto da análise e complementação de trabalhos anteriores iniciados em 1963, ainda sob o Governo João Goulart – notadamente a Comissão Amaral Peixoto –, reorganizou a administração pública nacional, introduzindo categorias que seriam integradas à formação do Estado brasileiro, como a descentralização administrativa, o planejamento e orçamento, a disposição da administração indireta e o controle da atividade pública. A reforma impactou grandemente a forma organizacional e as estruturas de atuação da administração pública, “boa parte dos arranjos institucionais introduzidos pela Reforma Administrativa hoje são considerados indispensáveis para a organização e funcionamento da Administração Pública”.<sup>3</sup>

Em dezembro de 1969, foi editada a Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal, que continha o seguinte texto: “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”, baseando-se nos seguintes precedentes do Supremo: RMS 16935, MS 12512, MS 13942 e RE 27031. Contrapostos os precedentes, faz-se notar um tópico subjacente a todos: a preservação de direitos adquiridos. Isto é, ao delinear o exercício da autotutela da administração pública, o Supremo Tribunal Federal ressalva da reanálise dos atos administrativos os efeitos que constituírem direitos adquiridos aos destinatários de tais atos, reconhecendo-se o primado da segurança jurídica e da estabilidade dos efeitos jurídicos. O entendimento firmado pelo STF ecoa há anos na doutrina e jurisprudência pátrias, tendo o legislador incorporado o entendimento nos artigos 53 a 55 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999).

A promulgação da Lei de Ação Popular, em 1965, introduziu no regime brasileiro a parametrização de invalidação, convalidação e anulação dos atos administrativos. Os dispositivos constantes dos artigos 2º a 5º construíam a teoria da nulidade e defeitos dos atos administrativos, vigente na atualidade e utilizada como parâmetro normativo pela doutrina.<sup>4</sup> O projeto de lei que regulamentou a ação popular – figura jurídica que já aparecia constitucionalmente desde a Constituição de 1824<sup>5</sup> – foi encabeçado,

2 GIACOMUZZI, J. G. A Supremacia do interesse público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 263, p. 221-250, 2023.

3 SALINAS, N. S. C. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real. In: MOTA, C. G.; SALINAS, N. S. C. (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1930-dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453-482.

4 MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

5 FEDERIGHI, W. J. Lineamentos da ação popular constitucional. **A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

entre outros, pelo administrativista Miguel Seabra Fagundes, que, já havia alguns anos de produção acadêmica e magistratura, propunha teoria própria da análise de vícios dos atos administrativos, na qual se compreendia a classificação entre atos nulos, absolutamente inválidos; atos anuláveis, relativamente inválidos; e atos irregulares, com defeitos leves.<sup>6</sup>

A menção à teoria de Seabra Fagundes é particularmente curiosa, pois o jurista defendeu à sua época que houvesse a avaliação dos efeitos concretos do ato viciado, anteriormente à sua invalidação ou à sua anulação. O autor defendia que houvesse a análise *concreta* da repercussão do ato viciado sobre o *interesse público* protegido, sob o risco de a invalidação ensejar violação ainda maior de tal *interesse*<sup>7</sup> – nota-se, assim, a gestação da aplicação de métricas de *prejuízo* e *proporcionalidade* à invalidação. Ainda que instigante a visão para a época, as conclusões das categorias propostas por Seabra Fagundes ainda recaem no binômio: atos nulos, supressão de todos os efeitos, atos anuláveis, preservam-se efeitos terminados; e os atos irregulares manter-se-iam.

Apesar do papel proeminente na regulamentação federal da Lei de Ação Popular, Seabra Fagundes estava longe de ser doutrina majoritária entre os administrativistas brasileiros no que concerne à invalidação dos atos administrativos. Hely Lopes Meirelles, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Tito Prates da Fonseca capitanearam posições de doutrina que entendiam diversamente de Seabra Fagundes.

Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defendiam que as categorias do Direito Privado, referentes a atos nulos e anuláveis, seriam aplicáveis ao Direito Público, caracterizando-se o sistema de Direito Administrativo por algumas peculiaridades, similares à concepção encrustada na Súmula n. 473 do STF, como a possibilidade de convalidação dos atos anuláveis, em contraposição aos atos nulos, impassíveis de convalidação; atos nulos prescreveriam *longi temporis*, ao passo que os atos anuláveis prescrevem *brevi temporis*<sup>8</sup> – Oswaldo Aranha Bandeira de Mello consolidou seu entendimento no fim da década de 1970, publicando a obra *Princípios gerais de Direito Administrativo*.

Completando-se a tríade de posições relativas à teoria da invalidação dos atos administrativos, há que se destacar a obra de Hely Lopes Meirelles, cujo entendimento se firma sobre duas premissas fundamentais: ao contrário da obra de Bandeira de Mello e Fonseca, Meirelles pugna pela impossibilidade de transposição da teoria civilista para o Direito Administrativo, pois, ao contrário dos indivíduos que podem dispor de suas prerrogativas, o interesse público é indisponível. Dessa forma, atos viciados sempre caracterizarão ofensa a um interesse público – logo, a anulação seria a única opção possível à incolumidade da legalidade da atuação pública.

Para além da obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, há que se destacar, na década de 1970, a obra de Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem a categorização dos atos viciados recairia exclusivamente entre atos convalidáveis e inconvalidáveis, distinguindo-se entre si pela capacidade de a administração pública reparar os vícios neles contidos, o que induz à categorização dos tipos de vícios de invalidade com base em sua possibilidade de convalidação.

A pressão por abertura política que se seguiu pela década de 1980, aliada às análises de doutrinadores que buscavam a limitação de poderes discricionários e atos de abuso e desvio de poder, criou um ambiente de reboliços institucionais, desenvolvimento de teorias pesadamente voltadas à proteção das garantias individuais e coletivas em face da atuação do Estado – em outro cenário, a atuação de

6 FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

7 *Ibidem*.

8 MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

administrativistas em esferas municipais e estaduais primou pelo desenvolvimento de organizações mais pragmáticas e racionalizadas.<sup>9</sup>

Nessa senda, o primeiro governo civil instituído busca revisar o modelo de licitações e contratos públicos, iniciativa sobre a qual já se detivera o regime da ditadura militar, e que se materializou no Decreto-Lei n. 2.300/1986. O decreto atualiza procedimentos, inova, institui o primado da publicidade e incorpora diversas figuras jurídicas – interessante notar que o texto decretal adveio de projetos apresentados por Hely Lopes Meirelles, assim refletindo suas teorias e posicionamentos.

Particularmente, para os fins deste artigo, há que se indicar de pronto os artigos 39 e 49 do decreto, nos quais se desenha a teoria de nulidades e de revogação de licitações e contratos administrativos, que será posteriormente repetida na revisão de 1993. Diferentemente das disposições contidas na Lei n. 4.717/1965, as disposições previstas no Decreto-Lei n. 2.300/1986 em muito pouco consideravam a convalidação de atos referentes à condução das licitações públicas, silenciando ainda mais profundamente sobre a gestão e a execução de contratos administrativos.

Simultaneamente, o processo de transição para um Estado Democrático de Direito culminou na Assembleia Nacional Constituinte, convocada em 1985, tendo operado por vinte meses e finalizado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. A reinauguração do período democrático e a edição de uma Constituição, extensa e densa em funções, atribuições e competências do Estado, reacenderam as discussões entre todas as searas do Direito, incluso o Direito Administrativo.

Os debates parlamentares introduziram diversas temáticas para submissão à atividade legislativa. Certo contingente dessa legislação veio substituir diplomas normativos pouco democráticos em sua edição – como decretos-leis. Nesse espírito, um novo regime geral de licitações e de contratos administrativos foi aprovado em 1993: a Lei n. 8.666 – que vigeria por quase trinta anos, tendo sido integralmente substituído pela Lei n. 14.133/2021.

O regime de 1993 repetia grandemente as disposições do Decreto-Lei n. 2.300/1986, incluindo-se o regime de nulidades: os artigos 49 e 59 da Lei n. 8.666/1993 repetem a fórmula estabelecida nos artigos 39 e 49 do decreto, qual seja, o interesse público fundamenta a revogação da licitação, a nulidade da licitação implica a do contrato, a nulidade do contrato opera efeitos retroativos, desconstitui o negócio jurídico e nulifica seus efeitos, ressalvada a possibilidade de indenização do terceiro desde que não tenha contribuído para a nulidade.

Os desdobramentos que se seguiram na década de 1990 e início dos anos 2000 incluíram: o desenvolvimento de novas legislações e a reorganização do Estado a partir do modelo gerencial, conforme a reforma administrativa da década de 1990, a edição da lei de concessões e a adoção do modelo regulador baseado em agências. O turbilhão de legislações e reestruturações do Estado brasileiro conferiu muitos tópicos de discussão e estudo entre administrativistas.

Nomeadamente, quanto à convalidação e à anulação dos atos administrativos, há que se mencionar a Lei n. 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo Federal, em cujo texto, como já mencionado, constam os artigos 53 a 55, nos quais foi inserida a disposição de exercício de autotutela da administração pública, resguardando-se os direitos adquiridos de indivíduos abarcados pelo ato, de acordo com as condicionantes da súmula de 1969, tendo a lei de 1999 inovado ao inserir prazos decadenciais e condicionantes à convalidação.

---

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

Os estudos referentes à teoria de nulidades, invalidades e convalidação são inúmeros, impossível seu levantamento integral. Portanto, a discussão será situada nos termos acima traçados, permitindo apenas a menção necessária aos estudos desenvolvidos por Weida Zancaner, que aprofunda imensamente a análise da convalidação e da invalidação de atos administrativos, circunscrevendo o exercício discricionário e asseverando que ao administrador é conferido pelo ordenamento o dever de convalidação e o dever de invalidação, acaso sejam vislumbrados vícios sanáveis e insanáveis, respectivamente, não havendo espaço à liberalidade de invalidação;<sup>10</sup> e aos estudos de Ricardo Marcondes, cuja análise, dotada de certo pragmatismo, vislumbra as hipóteses de estabilização dos efeitos do ato viciado e considera o dever de ponderação do administrador quando da convalidação ou da correção da situação jurídica de determinados atos administrativos.<sup>11</sup>

Para além da doutrina e da legislação, a crescente e mais sistematizada jurisprudência de órgãos de controle externo dos atos da administração pública, que, ao apreciar as nulidades de licitações e contratos administrativos, proferiram, ao longo dos anos, decisões cujo teor foi consolidando a concepção de prejuízo, isto é, a ideia de que a medida corretiva ensejará danos mais significativos ao interesse público que a sua convalidação. Nesse sentido, pode-se citar o REsp 56/017/RJ, julgado em 1997, e o REsp 300.116/SP, julgado em 2001, nos quais o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adicionou elementos aos ditames da Súmula 473, graduando as possibilidades e deveres da anulação de atos administrativos.

As Cortes de Contas, destacando-se o Tribunal de Contas da União (TCU), por se desdobrarem mais correntemente sobre as contratações públicas, acabaram por influenciar muito a elaboração de entendimentos sobre proporcionalidade das medidas tomadas pela administração pública para o saneamento de vícios em licitações e contratos administrativos – parte desses entendimentos, inclusive, acabou por ser positivada pela Lei n. 14.133/2021. Destacam-se os entendimentos firmados nos Acórdãos 1.597/2010, 2.789/2013, 1.326/2014, 3.092/2014 e 1.823/2017, nos quais se vislumbram a ponderação entre princípios, o prejuízo implícito de invalidação dos atos administrativos, o aproveitamento de atos não atingidos pelos vícios, entre outros.

## 2.2 O conceito de interesse público

Tal qual realizado no item anterior, há que se estabelecer um recorte específico para discussão sobre o conceito de interesse público e seu espaço no Direito Administrativo. Para tanto, o recorte que se objetiva analisar parte do debate ascendente a partir do fim da década de 1990, protagonizado, de início, pela faceta da supremacia do interesse público sobre o privado enquanto pressuposto constitutivo do Estado de Direito. Parte-se a proposta de debate em dois caminhos: o primeiro traduz a impossibilidade de se falar em *interesse público*, singular, a partir da pluralidade de *interesses públicos* que integram a sociedade contemporânea, representado por Daniel Sarmento,<sup>12</sup> Gustavo Binenbojm,<sup>13</sup> Humberto Ávila,<sup>14</sup> Alexandre Santos de Aragão,<sup>15</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>16</sup>; e

10 ZANCANER, W. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

11 MARCONDES, R. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

12 SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

13 BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

14 ÁVILA, H. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

15 ARAGÃO, A. S. de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

16 MARQUES NETO, F. P. A. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros: 2002.

o segundo, que sustenta a relevância do conceito no ordenamento pelas múltiplas possibilidades que representa, não havendo inviabilidade conceitual do princípio, capitaneados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>17</sup> Daniel Wunder Hachem,<sup>18</sup> Marçal Justen Filho,<sup>19</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup> e Carlos Vinicius Ribeiro<sup>21</sup>.

A obra *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, de organização do jurista Daniel Sarmiento, publicada originalmente em 2005, reúne diversos artigos relevantes para o debate ora apresentado. Entre eles, destacam-se as produções de Alexandre dos Santos Aragão, Humberto Ávila, Gustavo Binbenojm e Daniel Sarmiento. Em distintos artigos, os doutrinadores dissertam sobre, essencialmente, os seguintes aspectos do conceito de *interesse público*, à luz da Constituição de 1988:

- (i) o passado marcadamente autoritário e insubmisso a controles externos da própria administração pública relegaria ao conceito de interesse público sua interpretação de manutenção de estruturas antidemocráticas;<sup>22</sup>
- (ii) a indeterminabilidade abstrata do conteúdo do conceito o tornaria inconciliável com a nova ordem constitucional e com interesses privados;<sup>23</sup>
- (iii) a pluralidade de contextos e de fragmentação das sociedades contemporâneas renderia perpétua crise ao conceito e à sua indeterminação;<sup>24</sup>
- (iv) a indeterminação do conceito poderia abrir caminhos a autoridades públicas para sua malversação;<sup>25</sup>
- (v) a pluralidade de sociedades complexas importaria em não apenas um interesse público, mas múltiplos.<sup>26</sup>

Essencialmente, portanto, apresenta-se como pontuações acerca do conceito de interesse público: sua natureza potencialmente autoritária, que serviria a autoridades que o manuseassem de forma a abusar ou desviar o poder de que são imbuídos seus atos, para implementar ou dar *enforcement* a atos administrativos cujo respaldo não poderia contemplar a multiplicidade de interesses que compõem, efetivamente, a esfera pública, sem que haja desconsideração de outros interesses legítimos – uma vez que a indeterminação semântica do conceito, justificção primeira de sua inadequação, traria consigo mais leniência com *abusos* que garantias de atenção a *interesses* supraindividuais.

17 DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2021.

18 HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

19 JUSTEN FILHO, M. Conceito de interesse público e “personalização” do direito administrativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 26, 1999.

20 MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. MELLO, O. A. B. de. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

21 RIBEIRO, C. V. A. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

22 BINENBOJM, Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade, *op. cit.*

23 ÁVILA, Repensando o “princípio da supremacia” do interesse público sobre o particular, *op. cit.*

24 SARMENTO, Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, *op. cit.*

25 *Ibidem*.

26 ARAGÃO, A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo, *op. cit.*

Em relevante obra antecessora, Floriano Marques Neto já alertava sobre as “crises” que sofria o conceito de *interesse público*, bifurcando-as em *crises endógena* e *exógena*.<sup>27</sup> A primeira crise, endógena, fazia referência à própria elasticidade e amplitude do conceito de legalidade aplicado à justificação política da intervenção estatal, isto, pois, o modelo de Estado liberal clássico contrapunha a extensão da atuação do Estado às liberdades e prerrogativas individuais, identificando-se com mais clareza a extensão do conteúdo do interesse público e os limites da legalidade na atuação estatal. Para o autor, o advento do Estado de Bem-Estar Social, de ação mais intervencionista e de prestação positiva, impôs à legalidade da atuação administrativa o reconhecimento de múltiplos interesses coletivos, representados pela pluralidade de indivíduos e de grupos, multiplicando-se o que seria compreendido como interesse público a partir do que fora inscrito em textos normativos, em atribuição à legalidade, de elementos interpretativos mais complexos.

Já a crise exógena do conceito de interesse público se refere à pluralidade de fenômenos econômicos, sociais e políticos da contemporaneidade que colocam em xeque a percepção de centralidade e unilateralidade da tomada de decisão pelo Estado, pulverizando o monopólio do poder político que lhe fora atribuído em momento histórico anterior. Marques Neto justifica a crise exógena pela diluição da dicotomia público/privado na pluralidade de grupos e de interesses coexistentes na sociedade; pela emergência de impérios econômicos supranacionais que pugnam por um assento à mesa na tomada de decisões; pela potencial sobreposição de interesses públicos e privados; e, por fim, pela pluralidade de interesses tutelados pelo Estado, que por vezes supera a própria coletividade, rendendo o conceito de interesse público inservível, por seu conteúdo *demasiadamente* genérico.<sup>28</sup>

Na contramão dos autores acima citados, embora lhes reconheçam a relevância no debate, a segunda corrente propõe que a plurissignificação do conceito é, ao revés, vantagem de sua concepção e não lhe imporia amarras, pois o sistema cuidaria de abusos e de desvios, e que a amplitude conceitual, em seu benefício, lhe atribui a elasticidade necessária à atuação administrativa. Di Pietro afirma que “em um Estado que adota, a partir do preâmbulo da Constituição, a ideia de uma sociedade pluralista, está afirmada a existência de diversidade de opiniões, de ideais, de culturas, de religião, de classes sociais, cada qual com seus próprios interesses”,<sup>29</sup> ao passo que Justen Filho destaca que a indeterminação do conceito não seria um defeito de sua existência, mas o permissivo para sua utilização mais adequada ao pragmatismo de sua aplicação.<sup>30</sup> Assim, refutar-se-iam as alegações doutrinárias de que a indeterminação do conceito de interesse público tornaria sua aplicação autoritária e arbitrária, ao se reconhecer que a pluralidade de *interesses públicos* que compõem a esfera pública foi contemplada pela Carta Magna, sendo a indeterminação conceitual relevante, justamente, para abarcar interesses tão plurais quanto, por vezes, conflitantes. Carlos Vinicius Ribeiro, inclusive, ressalta que atos de desvio e abuso de poder, teratologias da ação administrativa, utilizam inadequadamente o interesse público, porém, não poderiam determinar seu afastamento.<sup>31</sup> Por fim, insta destacar que Hachem sumariza a crítica ao refutar que o conceito de *interesse público* não reconhecia a multiplicidade de interesses nele contidos e que tal acolhida jamais teria sido questionada pela doutrina, que sempre a recepcionou.<sup>32</sup>

Ainda sobre a corrente que defende a relevância do conceito de interesse público e seus desdobramentos como essenciais ao Direito Administrativo, há que se destacar as explanações de

27 MARQUES NETO, **Regulação estatal e interesses públicos**, *op. cit.*

28 (MARQUES NETO, 2002)

29 DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

30 JUSTEN FILHO, Conceito de interesse público e “personalização” do direito administrativo, *op. cit.*

31 RIBEIRO, C. V. A. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

32 HACHEM, **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**, *op. cit.*

Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “ninguém duvida da importância da noção *jurídica* de interesse público”.<sup>33</sup>

Entre tantos outros méritos e contribuições à doutrina nacional, Bandeira de Mello protagonizou a difusão no Brasil do conceito de *interesse público* traçado por Renato Alessi, na Itália, tendo influenciado gerações de administrativistas, legisladores e aplicadores do Direito nacionais. Em apertadíssimo resumo, sustentam Alessi e Bandeira de Mello que o *interesse público* que embasaria a atuação do Estado em suas múltiplas potencialidades (poder político, constrição de direitos individuais, limitação de direitos, expansão de direitos, entre outras) é a designação do *interesse coletivo, primário*, composto da dimensão pública de direitos individuais agrupados, direitos transindividuais e direitos coletivos, em sua condição de *partícipes* da sociedade; outros interesses, como os interesses fazendários e do Estado enquanto pessoa jurídica, não seriam interesses públicos, mas interesses secundários.

Assim, de uma parte, tem-se a corrente que entende que o *interesse público*, concebido a partir da separação das funções executivas – particularmente sob o viés da supremacia do interesse público sobre o particular –, representa passado autoritário da atuação administrativa, é dotado de indeterminabilidade teratológica que lhe frustraria a aplicação, sendo necessário o reconhecimento da pluralidade de *interesses públicos* que integram a esfera pública, em migração dirigida à ponderação de *interesses*, e não à supremacia do indecifrável interesse público.

De outra mão, a segunda corrente defende que a noção de *interesse público*, no sistema vigente, já contemplaria a multiplicidade de interesses públicos que compõem a sociedade, em permanência do conceito como justificador da atuação pública e sua porosidade como desejável à recepção de novas demandas sociais.

De mais a mais, há convergência de doutrinadores quanto à pluralidade compositiva dos *interesses públicos* e a aplicação da proporcionalidade como fórmula de ponderação da primazia de um *interesse público (primário)* sobre *outro interesse público (primário)*. Ao se considerar o controle dos atos, em exercício de autotutela ou controle externo, no entanto, a evolução da convergência ainda é tímida, caracterizando-se o *interesse público* resguardado pela convalidação ou anulação dos atos por sua habilidade de restauração do *status quo ante jurídico* – logo, a primazia da legalidade.

### 2.3 Outras breves considerações

De forma encurtada, fazem-se breves considerações sobre outras evoluções legislativas, sociais e estruturais que ocorreram de meados dos anos 1990 até a atualidade e que fornecem auxílio à compreensão da evolução da burocracia e do Estado brasileiro nos mais de trinta anos desde a redemocratização.

Os planos de reforma do Estado iniciados pelo Programa Nacional de Desestatização alteraram a forma de organização estabelecida a partir do Decreto-Lei n. 200, de 1967. A opção pelo acesso aos mercados para a exploração de infraestrutura e a abertura e internacionalização de mercados subverteram a racionalidade de construção de administração indireta para a execução por terceiros privados de diversas funções antes monopolizadas pelo Estado, tal qual telecomunicações. A Lei n. 8.987/1995 – regime geral de concessões – conferiu procedimento ao art. 175 da Constituição de 1988 e estabeleceu um regime autárquico de supervisão ministerial e regulação da atuação privada, ensejando a criação de diversas agências reguladoras (ANP, Anvisa, ANTT, ANA, Anatel, Aneel, Antaq, Anac)<sup>34</sup>, dotadas de distintas práticas

33 MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

34 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis do Brasil, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, Agência Nacional de Telecomunicações, Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Transportes Aquaviários e Agência Nacional de Aviação Civil.

regulatórias e que estabeleceram diversos regimes e instrumentos de sanções, estímulos e diálogos. Em 2019, foi aprovada a Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

No plano das contratações públicas, a aprovação da Lei n. 8.666/1993 sistematizou as compras e contratações públicas, muito similar ao Decreto n. 2.300/1986. A reestruturação, ampliação e universalização de certos serviços públicos exigiram dos entes federativos a realização de aquisições de bens simples de forma mais célere, culminando na aprovação da Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002) e na regulamentação do Sistema de Registro de Preços em nível federal pelo Decreto n. 3.931/2001. Anos mais tarde, em cenário no qual o Brasil sediaria a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016, no Rio de Janeiro, foi aprovado o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) pela Lei n. 12.462/2011, inicialmente voltado aos aprimoramentos relativos à infraestrutura dos eventos esportivos, mas cujos impactos positivos na aceleração, principalmente, de obras públicas, foram estendidos para ações do então vigente Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras de engenharia no Sistema Único de Saúde (SUS), obras de ações e intervenções urbanísticas e de habitação social, entre outras.

A expansão e a estruturação de serviços públicos, somadas a sucessivas crises fiscais advindas já de décadas de instabilidade monetária e endividamento internacional, aumentaram e complexificaram a perspectiva de controle das ações públicas, em clara demanda por maior transparência, adequação e eficiência dos gastos públicos. Em esforços legislativos, notam-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1991), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2001), a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), entre tantas outras.

No que tange à expansão das políticas públicas, há que se destacar a pluralidade de demandas sociais e de grandes programas nacionais aprovados, particularmente nas primeiras décadas do século XXI, de grande impacto no desenvolvimento e articulação de programas nacionais, como SUS (Lei n. 8.080/1990), Sistema Único de Assistência Social – Suas (Lei n. 8.742/1993), Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei n. 9.394/1996), Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), Política Nacional de Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007, alterada em 2020), Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010), Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587/2012), entre outros.

Essa imensa interlocução entre atividade legislativa e políticas públicas, conseqüentemente incensando os debates de aplicação das normas pelos entes federativos, densificou campos significativos de estudo, pesquisa e aplicação de conhecimentos de forma inter e transdisciplinar, em fortalecimento do controle social, da sociedade civil e de organizações não governamentais, cuja profissionalização e cujo aprofundamento da atuação são notáveis após a redemocratização. Marcas da interdisciplinaridade entre estudos jurídicos e o campo das políticas públicas foram brilhantemente apontadas por Juliana Palma, em sistematização e compilação de estudos desenvolvidos a partir do início do século XXI, demonstrando o interesse crescente de juristas em analisar a atividade do Estado sob distintos vieses.<sup>35</sup>

Finalmente, ressaltam-se iniciativas legislativas do fim da década de 2010 até os dias atuais, que buscam atualizar o regime normativo e inovar, em certa medida, o cenário doutrinário e de aplicação do Direito Público no Brasil, com particular destaque à inclusão de dez novos artigos à Lei de Introdução das Normas Brasileiras (LINDB), voltados à aplicação do Direito Público (Lei n. 13.655/2018), que introduz paradigmas relevantes ao controle e à revisão de atos e contratos administrativos, em destaque para o pragmatismo da atuação administrativa. A revisão do exercício de poderes normativos e reguladores

35 PALMA, J. B. Direito Administrativo e políticas públicas: o debate atual. In: **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

do Estado foi introduzida pela Lei n. 13.874/2019, chamada de Lei de Liberdade Econômica. E, em 2021, tem-se a revisão substancial da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021) e a aprovação da Lei n. 14.133, que introduz novo regime geral de licitações e contratos administrativos, que unifica instrumentos jurídicos anteriormente vigentes (pregão), revoga instrumentos ultrapassados (licitação convite), inova instrumentos (diálogo competitivo), incorpora entendimentos consolidados de órgãos de controle externo, entre tantas outras análises que se faz da nova lei.

Como se pode notar do que foi reproduzido, ainda que de forma sumária, o Estado e a democracia nacionais estão em constante e substantivo aprimoramento pela atuação administrativa, pela sociedade civil e pela atividade legislativa. A compreensão da quadra histórica em que se inserem tantas alterações legislativas e interlocuções sociais é fundamental para que a aplicação da norma esteja alinhada ao sistema jurídico brasileiro e que se firme a juridicidade da conduta administrativa.

### 3 INTERESSE PÚBLICO E REGIME DE NULIDADES NA LEI N. 14.133/2021

Ao se contrapor a textualidade das Leis n. 8.666/1993 e n. 14.133/2021, nota-se que a expressão “interesse público” é empregada em número superior de vezes na legislação mais recente, nove vezes na primeira contra treze vezes na segunda, com inúmeras repetições entre si – quando não transcritas de forma idêntica –, que por sua vez remontam à redação elaborada por Hely Lopes Meirelles no Decreto-Lei n. 2.300/1986,<sup>36</sup> como já antecipado por Marques Neto em salutar artigo.<sup>37</sup>

Arrisca-se afirmar que as duas inovações mais significativas da expressão “interesse público” na Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 2021 seriam sua consagração enquanto princípio de observação de aplicação da lei, no artigo 5º, e a nova sistemática de convalidação e anulação de licitações e contratos administrativos, plasmada nos artigos 147 a 150 da lei e objeto deste artigo.

A primeira inovação, consagração do princípio, solidifica um embate doutrinário que se arrasta por anos a fio entre administrativistas brasileiros, envolvendo a explicitude dos princípios de supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, nas normas relativas à conduta administrativa em geral e às contratações públicas em particular<sup>38</sup> – que permeou incontáveis reflexões relativas a distintas temáticas, como a extensão do controle dos atos e contratos administrativos, a possibilidade de utilização de meios alternativos de disputas em contratos administrativos, entre outras. A inclusão explícita do *interesse público* enquanto princípio atende a uma parcela doutrinária e jurisprudencial que advogava o caráter implícito do princípio como basilar e estruturante do Estado Democrático de Direito, e que reverbera o posicionamento da segunda corrente doutrinária retratada em item anterior, que ressalta a relevância do conceito de *interesse público*.

Notadamente, o princípio do interesse público já havia sido inserido na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei n. 9.784/1999, em seu artigo 2º, junto de outros princípios como razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, parte da doutrina já questionava a substância do princípio do interesse

36 Notadamente, as disposições relativas a: (i) descrição de projetos básicos (artigos 11, inciso II, DL2300/86, 12, inciso II, L8666/93 e 6º, inciso XXIV, L14133/21); (ii) alienações de bens da Administração (artigos 15 e 15, §1º, DL 2300/86, 17 e 17, §4º, L8666/93 e 76 e 76, §6º, L14133/21); (iii) revogação e anulação de licitações (artigos 36, DL2300/86 e 49, L8666/93); (iv) cláusulas exorbitantes e poderes da Administração de alteração unilateral do contrato (artigos 48, inciso I, DL2300/86, 58, inciso I, L8666/93 e 104, inciso I, L14133/21), extinção dos contratos (artigos 68, XIII, DL2300/86, 78, XII, L8666/93 e 137, inciso VIII, L14133/21); e (v) recursos (artigos 75, §2º, DL 2300/86 e 109, §2º, L8666/93).

37 MARQUES NETO, F. P. A. Uma lei que vale pelo que revoga. Uma panorâmica sobre a Lei n. 14.133/2021. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XLII, n. 153, mar-2022.

38 Como evidenciado em BANDEIRA DE MELLO, 2013, SARMENTO, 2005, MARQUES NETO, 2002; BINENBOJM, Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade, *op. cit.*; SUNDFELD, **Direito Administrativo para céticos**, *op. cit.*; PALMA, J. B. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

público e sua concreção,<sup>39</sup> considerando-se, inclusive, a inclusão de outro princípio, o da finalidade, no mesmo artigo da norma, que lhe seria aproximado ou equivalente, como se nota em Medauar.<sup>40</sup>

Já a segunda inovação deve ser analisada mais detidamente neste artigo; e sua aplicação pela administração pública, bem como sua apreciação pelos órgãos e poderes que exercem o controle dos atos da administração, deverá ser continuamente acompanhada e estudada para fins acadêmicos e profissionais. As disposições dos artigos 147 a 150 integram sistema distinto daquele presente no regramento do Decreto-Lei n. 2.300/1986 e da Lei n. 8.666/1993, os artigos 49 e 59 desta lei, que previam os regimes de revogação e de anulação de licitações e contratos administrativos, adotavam uma dinâmica binária de funcionamento: constatada a ilegalidade, a administração deveria proceder à anulação do ato, considerando-o nulo *ab ovo* e desfazendo todos os efeitos jurídicos e concretos que poderiam ter ensejado, reservada a possibilidade de indenização a terceiro pela parte executada do contrato, desde que não tivesse dado causa à nulidade.

O que se nota de pronto no sistema vigente em 1993, que repetia a disposição de Hely Lopes Meirelles, é a ausência de mecanismos de acomodação de efeitos práticos e temporais que dessem conta da realidade fática. É dizer, a nulificação de procedimento licitatório encerrado cumulária a nulificação de seu contrato, independentemente da existência da execução parcial já cumprida ou da natureza das prestações, nem mesmo da premência da prestação do serviço.

O marco temporal plasmado no regime da Lei n. 8.666/1993 era estanque e não comportava mensurações de ordem pragmática, reportando-se ao relevante exercício de autotutela do Estado o dever de revisão de seus atos, primando pela legalidade da atuação administrativa, sem destinar tanta atenção à realidade por ela criada. A lógica operada era: retroage-se ao estado de coisas anterior ao ato nulo, pois este não geraria efeitos dado que inválido, buscando-se a nova execução do ato, agora escoimado de vícios.

Frente ao entendimento já firmado ao longo de décadas, cuja discussão se estabelece mais firmemente a partir da edição da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e da Súmula n. 473 do STF, o regime de nulidades da Lei n. 8.666/1993, na forma posta, segundo a doutrina de Di Pietro, sequer seria necessário:

Os dispositivos [artigos 49 e 59, Lei n. 8.666/93] são inúteis porque, ainda que não estivessem presentes, as normas neles constantes seriam aplicáveis, pelo reconhecimento da autotutela administrativa como princípio inerente à função administrativa do Estado; aceito pela doutrina, foi consagrado pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula n. 473 do STF, que reconhece à Administração o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitadas os direitos adquiridos.<sup>41</sup>

No entanto, apesar dessa firme tradição publicista do meio do século XX em diante, o cenário normativo nacional dá sinais de mudança na criação e na aplicação de normas de Direito Público, o que se vê refletido na estruturação dos artigos 147 e 148 da Lei n. 14.133/2021, que implementam novo sistema de convalidação e de nulificação das licitações e contratações públicas.

O dispositivo do art. 147 condiciona a suspensão ou anulação de contrato administrativo, em cuja execução ou em cujo procedimento licitatório se tenham identificado vícios insanáveis, à avaliação de um rol não taxativo de aspectos descritos em onze incisos de conteúdo variado, que tangenciam desde impactos econômicos e financeiros decorrentes de atraso, despesas decorrentes da suspensão ou da nulidade, custos de realização de nova licitação, até riscos sociais e ambientais e supressão de postos

39 SUNDFELD, **Direito Administrativo para cééticos**, *op. cit.*

40 MEDAUAR, **Direito Administrativo moderno**, *op. cit.*

41 DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 487.

de trabalho diretos e indiretos decorrentes da suspensão ou nulidade – a extensão temática do rol é muito ampla, havendo quem na doutrina já o denomine de estudo de impacto invalidatório, como Justen Filho.<sup>42</sup>

Não só é condicionante o rol, como, em seu *caput*, o art. 147 vaticina que “declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público”, caracterizada pela adoção da avaliação do rol. Na sequência, em seu parágrafo único, o artigo antecipa ao tomador da decisão: caso não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato administrativo, convertendo o vício em indenização, sem prejuízo das apurações de responsabilidade e aplicação de sanções cabíveis.

O art. 148, por sua vez, recobra o regime de nulidades da legislação precedente, ao tratar das ocasiões em que, realizada avaliação da medida de interesse público do artigo anterior, ao persistir a declaração de nulidade, esta produzirá efeitos retroativos e desconstituirá a relação contratual em seus efeitos já produzidos – a inovação na anulação está contemplada nos parágrafos do art. 148, que dispõem sobre a impossibilidade de se restaurar o *status quo* anterior (conversão em indenização por perdas e danos) e a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade (eficácia mitigada até haver nova contratação ou pelo prazo de seis meses, prorrogável uma única vez).

A inovação normativa no regime das nulidades não inova por seu ineditismo, uma vez que parte expressiva do ideário contido nos dispositivos já orbitava as discussões doutrinárias e de parte da jurisprudência. As alterações normativas, em parte, somente atualizam a norma de compras e contratações públicas ao inserir conceitos e engenharias jurídicas empregados em outras normas relevantes para o Direito Público. Contudo, inova substancialmente ao conferir ao interesse público justificador da anulação um aparato de conceitos e abordagens para a deliberação do poder público, condicionando o exercício da decisão pela manutenção de contrato em derrogação da legalidade estrita atribuída à dualidade do regime presente na Lei n. 8.666/1993.

Arrisca-se a afirmação em razão de a apreciação da manutenção de contratos ou atos eivados de vícios em momento anterior à edição da Lei n. 14.133/2021, conquanto se pudesse buscar amparo em esparsa jurisprudência e parcela da doutrina, não encontrar balizas seguras de tomada de decisão, logo:

[...] a ausência de um regramento normativo sobre o tema, somado à dificuldade de realizar o enquadramento das situações fáticas às hipóteses traçadas abstratamente a partir da identificação do tipo do vício levou tanto a Administração, quando os órgãos de controle interno e externo, a se prenderem à concepção teórica tradicional, que se limita a identificar o vício e a determinar a anulação dos atos e contratos administrativos, sem medir as suas consequências práticas, inclusive em face dos próprios valores que tem por objetivo proteger.<sup>43</sup>

A medida de interesse público, que é mencionada no *caput* do art. 147 como condicionante à anulação de ato ou contrato com vício insanável, transporta a semântica do interesse público, alocada na restauração de uma suposta ordem legalista como a própria satisfação do interesse público, para o domínio da finalidade do ato ou do contrato e do universo que o circunda, levando em consideração os impactos econômicos, financeiros e de custos da insatisfação da demanda atendida pela contratação, bem como os impactos sociais da supressão da prestação de determinado serviço, entrega de bem ou execução de obra pública.

42 JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

43 FECURI, A. **Lei n. 14.133/2021**: projetos básicos defeituosos sob a ótica da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2023. p.187.

Frisa-se que não se trata de novidade propriamente dita, pois (i) a Lei n. 9.784/1999 já se estenderia sobre a convalidação e revisão dos atos da administração pública (artigos 53 e 55), (ii) órgãos de controle externo já haviam se posicionado sobre a possibilidade de sopesamento, proporcionalidade e razoabilidade no juízo de anulação em face dos prejuízos acarretados por esta,<sup>44</sup> e, mais recentemente, (iii) a Lei n. 13.655/2018 introduziu normas de interpretação e aplicação do Direito Público à LINDB que adota compreensões consequencialistas da revisão dos atos e contratos administrativos (artigos 20 e 21).

Assim, o que é propriamente novo no regime de nulidades?

Para além da atualização conceitual e terminológica da norma de compras e contratações públicas, ao atribuir procedimento (avaliação de aspectos com rol de onze tópicos, entre outros) e circunstanciar a decisão administrativa pela manutenção de contrato ou ato eivado de vício insanável (medida de interesse público), convertendo a solução da irregularidade em indenização por perdas e danos (art. 147, parágrafo único), a legislação aprovada em 2021 privilegia o aspecto pragmático da anulação de atos ou contratos administrativos em detrimento da manutenção da legalidade estrita enquanto valor superior da legitimidade da atuação da administração pública, posicionando de forma justificada a legitimidade da atuação administrativa nas finalidades a que se prestam os atos e contratos administrativos e conferindo espaço de circunstância aos vícios que os maculam, culminando em dois aspectos inovadores no regime das compras e contratações públicas: “quantificação” do vício e análise pragmática da contratação.

Quanto à quantificação, o pragmatismo contido nos diversos temas abordados pelos incisos que compõem os aspectos do art. 147 é da mesma ordem do pragmatismo que converte a existência de vício nos atos e contratos em indenização. A noção de que a administração pública poderá transacionar em estimativas quantitativas a infração a preceitos de Direito Administrativo capazes de gerar a anulação de ato ou contrato poderia, de início, assustar qualquer pessoa conhecedora de escândalos envolvendo desvios de verbas públicas na história brasileira.

No entanto, a engenharia jurídica que se elabora desde o início do século XXI, no sistema normativo brasileiro, acena já há algum tempo que instâncias de controle externo e interno da administração pública modulem os efeitos das anulações, desenvolvam critérios pragmáticos na apreciação da anulação e se desdobrem sobre a essencialidade da execução de determinado ato ou contrato administrativo, identificáveis, por exemplo, em instrumentos como o termo de ajustamento de conduta, da lei da ação civil pública, ou o acordo de leniência, da lei anticorrupção.

Não se está a tratar necessariamente das hipóteses de lesão ao erário, nem remotamente de se sugerir que as condutas eivadas de vícios seriam “recepcionadas” pela Lei n. 14.133/2021: contrariamente a essa percepção, a própria lei reformulou os tipos penais aplicáveis aos crimes cometidos no procedimento licitatório e na condução do contrato administrativo, aumentando-lhes as penas e suprimindo a margem máxima de aplicação de multa, por exemplo. Ademais, outros instrumentos de recuperação de ativos e aplicação de sanção já estão vigentes, como na lei anticorrupção, de 2013. O exercício de controle externo, inclusive, vem sistematicamente afirmando a gravidade da lesão ao erário como elemento estruturante da adoção das medidas mais duras de sanção e desfazimento dos efeitos de atos e contratos nulos ou dotados de vícios de vontade amparados em conduta ilícita.

---

44 Vejamos, exemplarmente, acórdãos exarados por distintos órgãos de controle externo dos atos da Administração Pública, com duas décadas de diferença, que propunham métricas assemelhadas ao sopesamento dos efeitos do vício contra a finalidade do ato impugnado: REsp 56.017/RJ, STJ, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 02.06.1997 e Acórdão 1.823/2017, TCU, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

A possibilidade de conversão do vício em indenização por perdas e danos exige da administração pública que reflita sobre a extensão das irregularidades presentes e das normas por elas descumpridas. A conversão quantitativa do vício em valores monetários será um exercício relevante de quantificação da regularidade jurídica em face dos resultados advindos do vício, de forma equânime e proporcional, nos moldes do que já fora preconizado no parágrafo único do art. 21 da LINDB.

Para estimular o estabelecimento de parâmetros na tomada de tal decisão, é fundamental que a administração se muna de experiências passadas e presentes para quantificação e regularização de situações ilícitas contidas. Estimula-se, talvez, que a administração pública analise o histórico, em constante evolução, traçado a partir dos processos concessivos de serviços públicos, da Lei Geral de Concessões e do estabelecimento das agências reguladoras no Brasil, cuja interação com os atores econômicos, vinculados a contratos e atos de trato sucessivo e longa duração, gera um relevante dever incremental de solução de disputas na prestação dos serviços públicos e dos serviços de interesse público.

Por fim, é fundamental destacar que as decisões de conversão de vício em indenização por perdas e danos, eventualmente, serão submetidas à análise por órgãos de controle, em múltiplos cenários sucessivos que advêm intrinsecamente da estruturação do controle interno e externo sobre os atos da administração pública – assim, há de se permanecer vigilante aos entendimentos que serão desenvolvidos por esses atores, conjuntamente à argumentação desenvolvida pela administração na construção do *quantum*.

Quanto à análise pragmática da contratação, caracterizada pela composição da “medida de interesse público”, integrada pela avaliação dos aspectos listados no art. 147, há que se pontuar dois elementos interessantes: primeiro, a natureza do rol apresentado nos incisos do art. 147, seu significado e a direção que aponta, e, em segundo, a composição da medida de interesse público.

Em primeiro lugar, a natureza do rol apresentado no artigo, cuja avaliação pela administração traceja verdadeiro mapa da proporcionalidade na tomada de decisão pela manutenção ou anulação do ato ou contrato eivado de vício. Como já apontado anteriormente neste artigo, a ausência de parâmetros normativos induzia a tomada de decisão mecanicista na qual a lógica binária preponderava pela suposta sensação de segurança jurídica. No entanto, a nova lei traça limites que abarcam diversas temáticas para subsidiar a tomada de decisão, em categorias como elementos financeiros (incisos I, IV, V, VI, VIII, X e XI), elementos sociais (incisos II, III e IX) e elementos de governança ou controle (inciso VII).

A decisão administrativa de manutenção do ato ou contrato com base no prejuízo de sua anulação, uma vez avaliados os aspectos do *caput*, contém em sua parcela discricionária relevante condicionamento e limitação, indicados pelos elementos financeiros, sociais e de governança apresentados.

Ao se referir aos elementos financeiros, o art. 147 contempla uma espécie de círculo completo do custo do contrato, partindo dos impactos financeiros e econômicos decorrentes da não utilização do objeto do contrato, dos custos de deterioração e perda das parcelas executadas e despesa necessária à preservação das parcelas já executadas – incisos que parecem muito direcionados à paralisação de obras públicas evidenciada em nosso país, apesar do texto genérico –, das despesas necessárias à desmobilização e posterior remobilização, dos custos atribuídos à realização de novo certame e celebração de novo contrato – que já vinham sendo aventados por órgãos de controle externo em apreciação de nulidade de atos e contratos – e, finalmente, dos custos de oportunidade de capital, ou seja, da perda financeira que advém de escolhas equivocadas de alocação de recursos.

A adoção da racionalidade financeira pela legislação, para os profissionais praticantes de ciências jurídicas, pode representar um contrassenso, uma suposta precificação de valores jurídicos abstratos tomados por inestimáveis em razão de seu papel estruturante na legitimação da atuação do Estado. No entanto, trata-se de falsa dicotomia: já há algum tempo que as tradições romano-germânicas do Direito admitem a parametrização de comandos normativos expressos valendo-se de balizas como a proporcionalidade e a razoabilidade – tanto assim que a mais teratológica das ilicitudes, a inconstitucionalidade, no regime contemporâneo, admite a modulação de seus efeitos face à desproporcionalidade ou à impossibilidade de um retorno ao estado anterior dos fatos –, no entanto, partindo-se da suposta dicotomia, ao Estado impor-se-ia o dever da proteção de todos os valores jurídicos de forma monolítica, a despeito dos efeitos pragmáticos resultantes.

A inclusão de métricas financeiras como balizas para a tomada de decisão pela manutenção ou anulação de determinado ato ou contrato confere a legitimação de outras disciplinas, tais como a economia e a contabilidade, nas considerações de convalidação ou manutenção, e mesmo da anulação. Trata-se do reconhecimento pela legislação da relevância de outros domínios intelectuais na tomada de decisão administrativa, postura normativa que reflete de forma mais eficiente a realidade complexa da atuação administrativa e das razões que fundamentam as suas decisões – desde que, aclare-se, circunstanciadas no amplo rol fornecido pelo art. 147, que condiciona o exercício da discricionariedade administrativa, na presente discussão.

Novamente, repise-se: não se está a legitimar, de nenhuma forma, o vício pela via de outros conhecimentos. Somente se está a propor que a legislação reconhece a composição da tomada de decisão administrativa por outros elementos que não exclusivamente regramentos ou valores abstratos jurídicos, e que tais elementos, longe de incondicionados, se debruçam sobre os impactos dos dispositivos da decisão. Assim, traz à tona a potencial antijuridicidade de decisões que, desprovidas das cautelas necessárias, não se atentam aos seus efeitos pragmáticos.

Os elementos sociais contemplam: a motivação social e ambiental do contrato, os riscos sociais, ambientais e à segurança da população envolvidos no atraso da execução contratual e a supressão de postos de trabalho diretos e indiretos decorrentes da interrupção na execução contratual.

Infere-se que existem conexões subentendidas na construção dos incisos, que criam diálogos entre si, particularmente a motivação e os riscos, que, por sua vez, travam diálogo com outras disposições na nova norma. Explica-se: a nova lei enfatiza de forma inédita a relevância do planejamento das compras públicas, o que acentua a importância da justificativa na realização de aquisições e prestação de serviços, estimula o raciocínio incremental das políticas públicas e sua relação com o orçamento público, bem como busca subverter a excepcionalidade da contratação pública extraplano, as emergências forjadas e a contratação direta mal caracterizada.

Nesse sentido, ao se justificar a manutenção de uma contratação com base na motivação social ou ambiental, a administração é instada a se voltar às razões que fundamentaram os esforços de contratação, resgatando a motivação do ato autorizador e de sua relevância ao interesse público, caracterizado como o atendimento da demanda essencial, voltada ao *regular funcionamento das atividades*, à *satisfação de políticas públicas historicamente reprimidas* ou à *atenção de necessidades sociais prementes*.

Quanto aos riscos sociais, ambientais e de segurança, raciocínio similar se aplica, pois se está diante da análise da justificativa da contratação à luz de seus impactos, o que contemplaria a motivação, incluindo-se a análise dos resultados provocados pela inação, seja no espectro de planejamento (*desatenção a demanda já inserida na agenda pública*) seja pela excepcionalidade de contratações

extraplano para atenção a demandas emergenciais (*riscos advindos de desastres naturais, emergências sociais, crises*).

Dos impactos sociais, aquele cuja apreciação dependerá de maior prática administrativa e da seleção de métodos quantitativos adequados é a supressão de postos de trabalho direto e indireto, cuja práxis induzirá a construção contínua de diálogos entre a administração pública e os órgãos de controle. Antevê-se um afã considerável na mensuração do impacto de supressão de postos de trabalho, particularmente em função das características da economia nacional, que dispõe de quase 40% de sua força de trabalho distribuída em atividade informal, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2023,<sup>45</sup> o que dificulta seu dimensionamento e alerta para o risco de sua invisibilidade.

Finalmente, o terceiro elemento, voltado à governança e ao controle, pontua a atuação da administração no saneamento das irregularidades evidenciadas. O inciso VII do art. 147 prevê que as medidas *efetivamente* adotadas para o saneamento dos indícios de irregularidade sejam consideradas no escopo de decisão de manutenção ou de anulação de contrato ou procedimento licitatório irregular. As disposições legais do regime de Direito Público, em geral, impõem à administração pública o ônus de responsabilização sobre os agentes ou atores civis com quem estes mantêm relações por condutas ilícitas identificadas, como medida fundamental à manutenção da ordem pública, da presunção de legitimidade da atuação pública e pressuposto do Estado de Direito. Não obstante, grandes esforços têm dirigido à administração pública os legisladores e os sistemas de controle interno e externo em identificar gargalos, prevenir condutas ilícitas e sanear relações de obrigações entre particulares e o Estado, no intuito da superação do império exclusivo do binômio *comando e controle*.

Os esforços não se dão por desnecessidade do binômio, que permanece vigorosamente vigente no regime jurídico que dita as relações de Direito Público, mas por sua natureza limitada em relação a outras fórmulas que possuem o objetivo de amparar políticas regulatórias de prevenção e de mudança cultural. O exemplo da governança está presente em alguns dispositivos, como a Lei n. 13.303/2016, vulgo Lei das Estatais, e aparece na Lei n. 14.133/2021, como, exemplarmente, critério de desempate das propostas (art. 60, inciso IV), sob a forma de adoção de programa de integridade por agentes privados.

Passando-se à vista de sua aplicação ao controle e à integridade da administração pública, o inciso VII absorve duas ideias presentes na Lei n. 14.133/2021: primeiro, a robusta estrutura de controle das contratações, expressada nas linhas de defesa inseridas nos artigos 169 e seguintes da nova lei; e, segundo, o *ethos* de convalidação presente em diversos dispositivos da nova lei (artigos 12, inciso III, 59, incisos I e V, 64, §1º, 71, inciso I, e 169, §3º, inciso I – que conjuga, inclusive, as linhas de defesa e o reforço a sistemas preventivos). A lei antecipa, autoriza e atribui a identificação de irregularidades saneáveis em todas as etapas da licitação e prevê o dever saneador aos responsáveis. Assim, afastando-se da mecanicidade do regime anterior, o esforço da Lei n. 14.133/2021 é de convalidação, aproveitamento dos atos na medida de sua possibilidade jurídica, mitigando-se os efeitos do vício e saneando-os.

Identificada a atuação efetiva da administração no saneamento dos indícios de irregularidade, a legislação introduz a leitura dessa *ação* como um aspecto relevante a ser inserido no rol de sustentação da decisão anulatória ou mantenedora do contrato ou da licitação dotados de vícios. Dessa maneira,

45 QUEIROZ, Vitória. Brasil registra 39 milhões de trabalhadores informais. **Poder 360**, 3 dez. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-registra-39-milhoes-de-trabalhadores-informais/#:~:text=Brasil%20registra%2039%20milh%C3%B5es%20de%20trabalhadores%20informais>. Acesso em: 22.03.2024.

nota-se a fuga ao modelo estritamente legalista para abranger as iniciativas de alteração dos indícios da irregularidade – ao propor indícios como texto legal, nota-se que o legislador optou por situar a irregularidade no tempo de sua notícia: se os responsáveis agirem quando dos indícios, ou seja, presume-se que em momento anterior à constatação final, há que se levar em conta a conduta como tendo sido mitigadora dos efeitos negativos do vício. A leitura possível de se levar em consideração é que a atuação tempestiva dos responsáveis como aspecto de avaliação para a potencial manutenção de ato viciado estimula os esforços saneadores por parte do responsável, reconhecendo-lhes o caráter de exercício da autotutela administrativa e atribuindo-lhes a relevância de mitigadores dos vícios e seus efeitos decorrentes.

Perpassados os elementos financeiros, sociais e de governança do rol elencado no art. 147, há que se ponderar a acentuada incorporação da concepção de *prejuízo*, um desdobramento da proporcionalidade, enquanto baliza do regime de nulidades na Lei de Licitações e Contratos Administrativos: a tomada de decisão analisa o prejuízo decorrente de sua implementação, sob distintos vieses, impondo aos responsáveis o ônus da indagação entre a proporcionalidade da anulação do ato (*restabelecimento do valor jurídico infringido pelo vício*) e a manutenção do ato (*convertendo a solução da irregularidade por intermédio de indenização*).

#### **4 PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO REGIME DE NULIDADES E DO INTERESSE PÚBLICO**

O que se propõe como possível leitura do *interesse público* no regime de nulidades instituído pelo art. 147 é sua corporificação na finalidade pública que reveste o contrato administrativo em análise e o contexto em que se insere. Pareceria óbvio a leitores leigos que a essencialidade, a emergência e os altos riscos sociais implicados em contratações estratégicas seriam fatores determinantes para a sua manutenção. No entanto, a realidade de apreciação dos vícios no conjunto da legislação anterior indicava aos responsáveis que o saneamento pela via da anulação ou da revogação seria maior garantia da legitimidade da atuação estatal do que a sua tempestividade. Essa é a racionalidade que aparenta ter sido invertida na Lei n. 14.133/2021.

Essa alteração dialoga diretamente com o desenvolvimento legislativo que o Direito Público, particularmente o Direito Administrativo, vem recebendo mais acentuadamente no século XXI. A ampliação e consolidação das prestações positivas pelo Estado advindas da Constituição Cidadã de 1988 – bem como a evidência do longo caminho que falta percorrer para universalização do acesso a certos serviços públicos –, os regimes de concessão e permissão de serviços públicos, a inclusão de normas gerais de processo administrativo, os processos normativos e sancionadores criados pelas agências reguladoras, o estabelecimento de formatos mais céleres (*pregão*) e volumosos (*atas de registro de preços*) de contratação pública, a previsão de parcerias público-privadas, a reforma dos estatutos das empresas estatais e a inclusão de normas que privilegiam a realidade administrativa na tomada de decisão (LINDB) são apenas alguns exemplos dos caminhos traçados pelo Direito Administrativo nos últimos trinta anos e em cujo trajeto se insere a Lei n. 14.133/2021.

Da mesma forma, a norma dialoga com a maturidade das relações entre políticas públicas e Direito e o crescente campo de estudo em administração pública e políticas públicas que se instaurou no cenário nacional após a redemocratização e a reestruturação do Estado burocrático brasileiro. Estima-se que, entre 1995 e 2005, o contingente de cursos de administração pública disponíveis em instituições de ensino superior tenha quintuplicado, passando de 13 para 78,<sup>46</sup> logo, não só profissionais habilitados à

46 COELHO, F. de S. **História do ensino da administração pública no Brasil (1854-2006)**: antecedentes, ciclos e a emergência do Campo de Pública. Brasília: ENAP, 2019. p. 123.

elaboração de políticas públicas complexas estavam sendo inseridos no mercado profissional (estrutura do Estado e organizações civis), como ambientes de pesquisa e debates acadêmicos afluíam e se debruçavam sobre as diversas esferas de governo e territórios.

Os diálogos entre políticas públicas e Direito também se encontram na esteira de estudos desenvolvidos que aprofundavam as relações do Estado, inicialmente muito voltados ao estudo empírico das decisões de controle externo da administração pública,<sup>47</sup> assumindo, porém, outros vieses em seus desdobramentos pelo tempo, como a análise da instrumentalidade do Direito na consecução de políticas públicas.<sup>48</sup> A atividade legislativa sobre políticas públicas também é crescente: normas diretas e programadoras de políticas públicas e de desenvolvimento de infraestrutura vêm ocupando os esforços legislativos desde a redemocratização, contando com exemplos de grande relevância como SUS, Suas, LDB, Estatuto da Cidade, políticas de saneamento básico, resíduos sólidos, mobilidade urbana.

A densificação do Direito Público, fruto da intensa atividade legislativa, administrativa e controladora, somada à maturidade administrativa, seja pela experimentação seja pela estruturação da organização administrativa reformada, cria um cenário, em 2021, muito distinto daquele encontrado no período da redemocratização e da reestruturação da burocracia estatal vislumbrado em 1988. A profissionalização do Estado e a complexidade das políticas públicas nacionais e locais desenham moldes muito mais seguros para embasar a tomada de decisão pública, incluída em esferas maiores de planejamento e subsidiada por aparato técnico especializado – ressalte-se, no entanto, a existência de nuances importantes entre os distintos entes federativos integrantes do território nacional, relativas a orçamento, organização e composição dos quadros profissionais.

Assim, a medida de *interesse público* a que faz referência o art. 147 traz consigo amplo escopo de análise e avaliação da situação fática e da realidade administrativa que se presta à circunscrição da decisão administrativa, amparando o mérito decisório ao fornecer ao responsável o rol de aspectos relevantes para a decisão. O *interesse público* se transmuta do espaço de preservação da legitimidade administrativa garantida exclusivamente por meio de conceitos jurídicos, por vezes abstratos ou de difícil avaliação pragmática, para se reconfigurar na concreção das finalidades da contratação pública – a *finalidade* do contrato, o contexto em que está inserido o contrato. Confere-se ao *interesse público*, no que se referir às contratações, o recorte finalístico da atuação pública, disponibilizando a quem decide pela manutenção ou anulação do contrato um leque de avaliação que contempla elementos sociais, financeiros e de governança, em contemplação de diversos conhecimentos que informam a atuação pública.

Essa corporificação do *interesse público* na finalidade pública das contratações, caracterizada pelos diversos aspectos que fundamentam a contratação pública, engloba e privilegia características pragmáticas e contextuais de concreção de políticas públicas. No contexto atual de ampla normatização, programática e executória, de políticas nacionais, garante-se ao gestor que este concretize o *interesse público* pela manutenção do contrato em execução, evitando-se a descontinuidade ou a paralisação sem horizonte de retomada, e não pelo saneamento formal dos atos eivados de vício.

Pode-se, inclusive, estabelecer conexão entre o regime de nulidades e a inclusão do princípio do interesse público no art. 5º, ao se compreender que o princípio do *interesse público* “tem, de direito, apenas a

47 Ver: LIANG, D. W. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Ver também: MARINHO, C. M. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

48 (ROSILHO, 2009)

extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído [...] Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado”.<sup>49</sup> Entende-se que sua aplicação no regime de nulidades centra a configuração do *interesse público* na satisfação da execução contratual, em detrimento do restabelecimento prévio de uma ordem normativa não viciada, ao privilegiar os impactos da execução contratual.

Há quem afirme que a anulação passa a ser a última e excepcional opção viável ao gestor, prevalecendo a manutenção dos contratos.<sup>50</sup> A afirmativa pode ser arriscada: não pela interpretação do texto legal, que dá indícios de tal, mas, sim, pela vivência experimentada nos últimos quarenta anos de regime de nulidades, cuja prática teimará a ser abandonada. Certo é que o *interesse público*, que pairava enquanto suposto algoz da decisão administrativa, apelando à percepção velada de que haveria sempre melhor caminho do que aquele tomado, deixa sua condição etérea de lado para ganhar concretude nos desafios cotidianos da gestão pública.

Ademais, sistematicamente, a Lei n. 14.133/2021 aparenta instrumentalizar a decisão administrativa pela manutenção dos contratos – para além do próprio regime de nulidades, que é regra. Diversos dispositivos da norma conferem grande enfoque ao planejamento e à processualidade das licitações e contratações públicas, prevendo uma série de documentos (documento de formalização de demanda, estudo técnico preliminar, projeto básico, entre outros) que fundamentarão a contratação pública, justificarão sua necessidade e serão inseridos em planos maiores de contratação pública. O encadeamento de uma série de documentos, submetida às linhas de defesa, aos pareceres técnico-jurídicos, às autoridades responsáveis e ao próprio saneamento dos feitos nos moldes previstos na legislação gera a base dos incisos previstos no art. 147. A adoção de tais paradigmas, planejamento e instrução processual – que não são propriamente desconhecidos, mas cuja obrigatoriedade é nova – embasa os processos de tomada de decisão de forma mais apropriada, servindo também ao controle dos atos da administração exercidos interna ou externamente.

A concreção do *interesse público* no regime das nulidades está corporificada nos impactos da inexistência de determinado contrato. A leitura que se faz possível é de que, para a sociedade, para os fruidores das políticas públicas, o *interesse público* está na satisfação da demanda, e não na ordem jurídica formal. Repisa-se: não se está a questionar a legitimidade da manutenção da ordem jurídica na condução administrativa, que é uma presunção e cujo atendimento é obrigatório pelos agentes que integram a estrutura do Estado. Os dispositivos da nova lei tão somente apresentam aos agentes tomadores da decisão a bússola que indica o caminho da análise do prejuízo financeiro e social advindo da anulação, precificam-se os vícios cuja regularização importará sacrifício maior que sua mácula – o *interesse público* está na satisfação das demandas sociais por um Estado eficiente (*financeiros*), tempestivo (*riscos sociais*) e resiliente (*governança*).

O desafio interessante que se há de acompanhar, conforme a legislação passe a ser aplicada, será a quantificação das indenizações que sanearão os vícios, quais moldes de proporcionalidade e oneração serão adotados para que vícios formais e materiais sejam considerados saneados, o que levanta a instigante questão: determinaremos qual é o *valor* ou qual é o *custo* de uma norma?

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na incursão doutrinária e jurisprudencial realizada, o regime de nulidades de atos e de contratos administrativos apresentado pelo art. 147 e seguintes da Lei n. 14.133/2021 representa substancial alteração dos entendimentos firmados anteriormente.

49 MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

50 MARQUES NETO, Uma lei que vale pelo que revoga, *op. cit.*

A doutrina se debruça quase exclusivamente sobre duas categorias de análise de vícios dos atos administrativos: aqueles nulos, cuja remoção do mundo jurídico e extinção dos efeitos é incontestável; e aqueles passíveis de convalidação, cuja retificação é condição de permanência no sistema jurídico, discutindo amplamente a extensão de seus efeitos. O art. 147 propõe outra rota: tem como *ponto de partida* a análise de atos viciados impassíveis de convalidação, cuja permanência no mundo jurídico está submetida à ponderação da medida de interesse público, em face do múltiplo rol de incisos.

A constatação de que a anulação do ato importaria em *prejuízo* superior ao restabelecimento da ordem jurídica advinda da decretação de nulidade é juízo de ponderação que ensejará a manutenção dos efeitos do ato e sua continuidade – como dita o parágrafo único do art. 147 – e posterior conversão em danos do vício como a solução da irregularidade.

O impasse doutrinário que se travará é substantivo. Partir-se de um entendimento que não previa modulação de efeitos em razão da impossibilidade de convalidação para a recepção de atos viciados em licitações e contratos públicos, impassíveis de saneamento, representa um desafio novo ao estudo da dimensão de validade dos atos administrativos.

Da mesma forma, o impasse da conversão de vícios em danos, a precificação e a quantificação de valores jurídicos não são, particularmente, familiares à doutrina jurídica. A convalidação não se apresenta mais como o critério majoritário da possibilidade de permanência dos efeitos de atos viciados no mundo jurídico. A admissão da juridicidade de atos viciados cuja irregularidade seria sanada por indenização se aproxima à racionalidade civilista da solução de contendas – diluindo e fragmentando ainda mais a dicotomia público/privado.

A compreensão da pluralidade de *interesses públicos* que hão de ser ponderados e a inclusão de outras áreas de conhecimento na consideração da permanência jurídica dos atos se alinham à caracterização do *interesse público* pluralizado que deve ser encarado na expressão *medida de interesse público*. A natureza pendular, oscilando entre o restabelecimento da integridade de certos valores jurídicos ou regras e a satisfação da finalidade pública do contrato administrativo, atribui à medida de *interesse público* sentido não mais exclusivamente legalista.

O *interesse público* representado na efetiva execução de determinado contrato é o elemento central da decisão que fundamentará a admissão de atos e contratos viciados no mundo jurídico, impassíveis de convalidação, municiando a autoridade decisória dos elementos relevantes e determinantes para a decisão.

O regime da lei de 2021 condiciona a fundamentação da decisão administrativa pela anulação ou manutenção de atos e contratos com irregularidades à análise de uma série de elementos *financeiros*, *sociais* e de *governança*, fincados firmemente no pragmatismo da atuação pública, prestigiando saberes políticos e organizacionais e exigindo da administração pública a ponderação entre os *interesses públicos* plurais que são intrínsecos à condução de qualquer ente federativo.

A finalidade da contratação, sua justificação primeira, o impacto social que produz, confere o tecido que será fiado na decisão. O rol do art. 147 representa condicionantes expressivas à tomada de decisão administrativa e aponta à autoridade os contornos do que é considerado na decisão, circunstanciando-a. Longe de ser uma carta branca, é, antes, um mapa: o atendimento da medida de interesse público será caracterizado pela análise de relevantes critérios socioeconômicos que estão contemplados no contrato.

A conjugação das inovações pontuadas neste artigo conduz à compreensão de que o regime de nulidades da Lei n. 14.133 introduz um novo marco normativo, ainda não avaliado pela doutrina ou pelo controle externo da administração pública. Muitas questões ainda permanecerão e somente serão determinadas pelo tempo, particularmente aquelas voltadas à quantificação de indenizações e à extensão e à natureza das irregularidades que serão admitidas pelo art. 147. Resta-nos acompanhar a aplicação da norma para entender os contornos que serão conferidos a tal guinada de referencial normativo.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. do. **Extinção dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARAGÃO, A. S. de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, H. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse ao público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, F. de S. **História do ensino da administração pública no Brasil (1854-2006)**: antecedentes, ciclos e a emergência do Campo de Pública. Brasília: ENAP, 2019.

DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2021.

FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FECURI, A. **Lei n. 14.133/2021**: projetos básicos defeituosos sob a ótica da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2023.

FEDERIGHI, W. J. Lineamentos da ação popular constitucional. **A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

GIACOMUZZI, J. G. A Supremacia do interesse público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 263, p. 221-250, 2013.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, D. A. M. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *In*: **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. n. 12. p. 84-115.

HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

JUSTEN FILHO, M. Conceito de interesse público e “personalização” do direito administrativo. *In: Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1999. n. 26.

LIANG, D. W. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARCONDES, R. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINHO, C. M. **Justiciabilidade dos direitos sociais**: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES NETO, F. P. A. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros: 2002.

MARQUES NETO, F. P. A. Uma lei que vale pelo que revoga. Uma panorâmica sobre a Lei n. 14.133/2021. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XLII, n. 153, mar-2022.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, O. A. B. de. **Princípios gerais do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

PALMA, J. B. Direito Administrativo e políticas públicas: o debate atual. *In: Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PALMA, J. B. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

RIBEIRO, C. V. A. Interesse público: um conceito jurídico determinável. *In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSILHO, A. J. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2009.

SALINAS, N. S. C. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real. MOTA, C. G.; SALINAS, N. S. C. (Coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro. 1930-dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453-482.

SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In: SARMENTO, D. (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

ZANCANER, W. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.