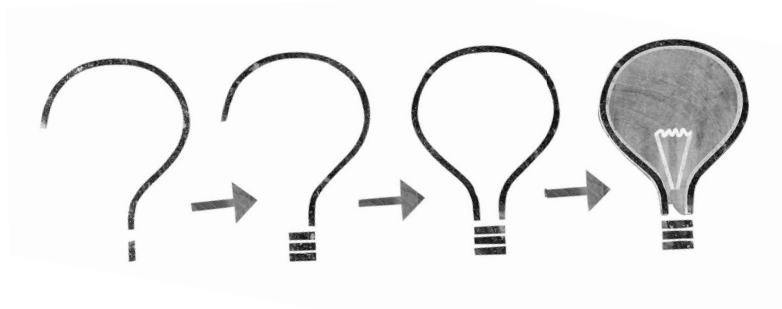


Um olhar além do óbvio



MARCOS NÓBREGA

Organizador

4ª EDIÇÃO

Temas Avançados de Licitações e Contratos
na Lei 14.133/21 e outros assuntos

2026

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

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

Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior¹

Marcos Nóbrega²

“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”.³

CARLO ROVELLI

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. O anacronismo da Teoria das Invalidades no Direito Administrativo Brasileiro Clássico: colocação do problema; 2.1. Aplicabilidade da teoria da invalidação dos atos administrativos nas contratações públicas e a “obsolescência gramatical” da Lei nº 8.666/93 – 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.

1. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Integrante do Grupo de Pesquisa Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea – UFPE. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento – UFPE. Advogado.
2. 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 – Faculdade de Direito do Recife. Bacharel em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco. Bacharel em Administração pela Universidade Católica de Pernambuco. *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.
3. Cf. ROVELLI, Carlo. *A ordem do tempo*. Tradução: Silvana Cobucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 80.

1. INTRODUÇÃO

O tempo, sugeria Aristóteles, é a medida da mudança.⁴ Comentando o pensador grego, o físico teórico Carlo Rovelli⁵ 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”.⁶ Diante disso, então, “a melhor gramática para pensar o mundo é a da mudança, não a da permanência. Do acontecer, não do ser”.⁷ Com o Direito Administrativo não pode ser diferente.

A deflagração do processo legislativo relativo ao novo marco legal de licitações e contratos se deve, em grande parte, ao apontamento, pela Comissão Especial do Senado Federal, de que a Lei nº 8.666/93 “cria insegurança para os administradores públicos”⁸⁻⁹, 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*.¹⁰

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, o PL 4253/20, agora pendente de sanção presidencial, reveste-se de grande importância, eis que a Lei 8.666/93 se mostrou incapaz de atender aos desafios do Estado frente à sociedade complexa.¹¹

Esse cenário de imprecisão e insegurança jurídica potencializou diversas mazelas na Administração Pública, tais como o que se convencionou chamar de

4. Ibidem, p. 56.

5. Ibidem, p. 80.

6. Ibidem.

7. Ibidem.

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

9. Cf. 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>. Acesso em 04.02.2021.

10. Ibidem.

11. Cf. NÓBREGA, Marcos. *Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil?* Disponível em: < <https://www.licitante.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Esperando-Godot-Podera-a-Nova-Lei-de-Licitacao-revolucionar-as-compras-publica-no-Brasil-Marcos-Nobrega.pdf> >. Acesso em 08.02.2021.

*Direito Administrativo do Medo*¹², colocando-se em evidência uma *análise crítica do controle*¹³, falando-se até mesmo em *crise da ineficiência pelo controle*.¹⁴ 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 à uma tomada de decisão devidamente motivada. A “missão civilizatória”, usualmente, também se afigura ingrata.

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*¹⁵, incorporando-se a lógica *consequencialista* como mecanismo de combate ao “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”.¹⁶

Especificamente em relação ao novo marco legal de licitações e contratos administrativos, ressalta-se os artigos 146 a 149 (Capítulo XI), que dispõem sobre o regime jurídico das nulidades nas contratações públicas, agora, com um viés claramente *consequencialista*. Essa “inovação legislativa”¹⁷ é pertinente,

12. 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*. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 04.02.2020.

13. Cf. DE PALMA, Juliana Bonarcosi. *A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as pesquisas acadêmicas*. Disponível em <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em 04.02.2021.

14. Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit.

15. Cf. art. 20 da LINDB.

16. A frase é de Carlos Ari Sundfeld. SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio é preguiça*. In: _____. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205.

17. 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 positivação desse

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”¹⁸, 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.¹⁹

Outro ponto indicado pelos pesquisadores é o de que “as decisões administrativas são meramente provisionais”.²⁰ 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’²¹, cuja deliberação final depende do aval do controlador”.²²

Nessa esteira, por mais que se critique o PL 4253/20 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 resignificação 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 8.666/93, perquirindo-se a “inadequação gramatical” do Direito Administrativo clássico para a teorização da invalidade em contratações públicas na sociedade complexa; segundo, destaca-se a ruptura com o Direito Administrativo tradicional e a virada

modelo decisório, tanto na LINDB quanto no novo marco legal de contratações públicas, tende a conferir maior segurança jurídica e qualidade nas decisões.

18. Cf. DE PALMA, op. cit.

19. Ibidem.

20. Ibidem.

21. Ibidem.

22. Ibidem.

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 a futura lei 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 permeava 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)²³ “é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade”²⁴, 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”²⁵.

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

23. 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.

24. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 243.

25. VITTA, Heraldo Garcia. *Invalidação dos atos administrativos*. Disponível em <https://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.fff9.0.0/revs.nfo.fff.0.0/revs.nfo.1001.0.0?fn=document-frame-nosync.htm&f=templates&2.0>. Acesso em 04.02.2021.

conferida pela Constituição a cada entidade federativa.²⁶ 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 seus arts. 2º e 3º, 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.²⁷

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 Direito. Essa foi a postura adotada, por exemplo, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que diferenciou os atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis.²⁸

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.²⁹ Com base nesses pressupostos, ele classifica os atos inválidos em absolutamente insanáveis (nulos), relativamente inválidos

26. Cf. FREIRE, ANDRÉ LUIZ. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 69.

27. 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.

28. “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” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios Gerais* ..., cit., p. 656).

29. “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” (M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos...*, cit., pp. 53-54).

(anuláveis) e atos irregulares. A distinção entre eles se funda na maior ou menor ofensa ao interesse público (gravidade do vício).³⁰

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.³¹

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

30. *Ibidem*, pp. 64 e ss.

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

pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz; nos atos anuláveis, tal arguição somente pode ser feita pelo interessado.³²

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, junto com ela, os conceitos tradicionais do Direito Administrativo precisam ser ressignificados. Luís Cabral de Moncada³³ 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

32. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, cit., pp. 467 e ss.

33. 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. Acesso em 12.02.2021.

complexidade dos problemas práticos e à necessidade de *equilibrar os interesses envolvidos*³⁴.

A título de esclarecimento, não é despidendo 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”³⁵. No magistério de Weida Zancaner,³⁶ “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 Amaral³⁷ leciona que a convalidação ainda depende da possibilidade de retroação dos efeitos do ato *convalidador* ao momento de nascimento do ato a convalidar, salvo quando decorre exclusivamente de ato do particular. Nesta última hipótese, nenhum ato é praticado pela Administração, como ocorre, por exemplo, com alguém que foi destinatário de uma exoneração a pedido, sem que houvesse requerido. Se fizer o pedido depois, com expressa intenção legitimadora do ato exonerante, tê-lo-á convalidado.

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,³⁸ 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.

34. 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.

35. DI PIETRO, op.cit., p. 253.

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

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

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

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,³⁹ 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 9.784/99. É pensamento dos autores mencionados que o dispositivo em foco não tornou a convalidação em 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,⁴⁰ 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.

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

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

Prega-se, portanto, a utilização da convalidação com fundamento não somente no princípio da segurança jurídica, mas também nos princípios da proporcionalidade e da boa-fé, uma vez que se pode entender que a atuação desproporcionada é atentatória ou contrária à boa-fé. Consoante Clarissa Sampaio Silva,⁴¹ deve-se adotar a convalidação nas hipóteses em que atos vinculados criaram benefícios aos particulares, por constituir meio menos gravoso do que a invalidação e atingir idêntico fim, que é a recuperação da legalidade ferida.

Não nos cabe aqui um estudo aprofundado acerca do instituto da *convalidação*. A exposição acima foi feita apenas com o escopo de 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 8.666/93

*“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”.*⁴²

Antes de passarmos ao próximo tópico, não é despidendo esclarecer que, como o contrato administrativo nada mais é do que um ato administrativo bilateral⁴³, 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”.⁴⁴

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

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

42. ROVELLI, op. cit., p. 91.

43. Cf. FREIRE, op. cit.

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

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 8.666/93, 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.

Dessume-se, portanto, ao investigar-se 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 8.666/93) um diploma normativo falho, ultrapassado e ineficiente.⁴⁵

Cediço que o elemento textual-normativo é indefectível à atividade de controle⁴⁶, e a estrutura da realidade atual não é aquela que essa gramática (da LGL) pressupõe. As licitações e os contratos públicos são muito 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”.⁴⁷ O exame das evidências e circuns-

45. NÓBREGA, Marcos. *Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil?* 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>. Acesso em 08.02.2021.

46. 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. volume primo*. Padova: CEDAM, 1977.

47. Cf. DE PALMA, Juliana Bonarcosi. *A Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Lei nº 13.655/2018). Disponível em: <<http://>

tâncias 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”.⁴⁸

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 LINDB⁴⁹.

Por questões metodológicas e para que o artigo não fique demasiado extenso, focaremos, por enquanto, no 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”⁵⁰.

bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012#:~:text=A%20tese%20central%20do%20texto,maior%20criatividade%20e%20conforto%20decis%C3%B3rio.> Acesso em 09.02.2021.

48. 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>.

49. 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: Editora Contracorrente, 2019, p. 73.

50. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em 16.02.2021.

É que o processo de concretização do direito envolve, de modo inarredável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos.⁵¹ “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”.⁵² 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:

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.⁵³

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, 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.⁵⁴

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

51. Ibidem.

52. Ibidem.

53. Ibidem

54. Ibidem.

defeito grave imporia o desfazimento do ato administrativo, independentemente dos efeitos daí decorrentes”.⁵⁵

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 8.666/93 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).⁵⁶

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.⁵⁷ O simples reconhecimento da ausência de requisito de validade se afigura insuficiente para ensejar, *de per se*, o desfazimento do ato ou contrato administrativo.

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).

55. Ibidem.

56. 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).

57. Cf. JUSTEN FILHO, op. cit.

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.⁵⁸ 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”.⁵⁹ 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. 147).⁶⁰ 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:

58. Tudo isso está no art. 146 do PL nº 4253/2020. Referido dispositivo é o enfoque da nossa abordagem no presente artigo.

59. CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-12012021>>. Acesso em 09.02.2021.

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