

INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SEGURANÇA JURÍDICA: DA LINDB À NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Paulo Roberto Oliveira¹
ORCID: 0009-0002-2125-0001

RESUMO

O presente trabalho analisa a sistematização da invalidação do ato administrativo à luz da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e as inovações previstas pela Nova Lei de Licitações e Contratos, especialmente na evolução do tema nos procedimentos que proporcionaram maior segurança jurídica nessa seara.

PALAVRAS-CHAVE

Invalidação. Segurança jurídica. LINDB. Licitação.

INVALIDATION OF ADMINISTRATIVE ACTS AND LEGAL SECURITY: FROM LINDB TO THE NEW BIDDING AND CONTRACTS LAW

ABSTRACT

This work analyzes the systematization of the invalidation of the administrative act in light of the Law of Introduction to the Standards of Brazilian Law and the innovations provided for by the New Law on Tenders and Contracts, especially in the evolution of the topic in the procedures that provided greater legal certainty in this area.

KEYWORDS

Invalidation. Legal security. NLTC. Bidding.

Submetido em: 25/11/2024 – Aprovado em: 09/12/2024 – Publicado em: 09/12/2024

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário FIEO. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, campus de Ribeirão Preto (FDUSP). Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador Municipal no Município de Itapevi/SP. E-mail: paulo@oladv.com.br.



1 INTRODUÇÃO

A invalidação dos atos administrativos tem provocado inúmeros questionamentos acerca da segurança jurídica nas relações sociais, especialmente em tempos de ataque ao sistema democrático de direito. Neste aspecto, a avalanche de ações de improbidade administrativa e também ações criminais intentadas pelo Ministério Público nas últimas décadas tiveram como fato elementar a manipulação de atos administrativos em prejuízo ao interesse público, provocando, de um modo geral, a instabilidade motivacional dos gestores públicos no cumprimento de seu mister. A legislação, por sua vez, inovou de modo a conferir estabilidade nas relações jurídicas, promovendo a legalidade da produção dos atos administrativos expedidos pelos agentes públicos, sobretudo para dar segurança jurídica nos procedimentos de correção dos feitos contraídos por esses atores durante a gestão pública que lhe fora atribuída.

A primeira delas foi a edição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), criada pela Lei nº 12.376 (BRASIL, 2010), que deu nova redação ao Decreto-lei nº 4.657 (BRASIL, 1942), considerada a legislação guia das demais leis, dotada de orientações para a aplicação do Direito. Dentre outros dispositivos, o texto versa sobre problemas identificados na interpretação do direito público que foram sintetizados nos artigos 20 a 30. O crescimento da vulnerabilidade do cumprimento dos deveres administrativos motivou o surgimento da LINDB, com a finalidade de reforçar a segurança jurídica na resolução do estado de coisas identificado, sobretudo para auxiliar a decidibilidade nos *hard cases* (casos difíceis).

A segunda inovação se deu após décadas de tramitação no Congresso Nacional, surgindo, finalmente, em 01 de abril de 2021 com a promulgação da Lei nº. 14.133 (BRASIL, 2021), que tem por objeto a implementação de normas gerais² de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais das três esferas do poder público. Embora a legislação tenha aspectos positivos, seu caráter formalista, priorizando a burocracia, não fugiu à tradição do legislador brasileiro contemporâneo. Por outro lado, estabeleceu-se expressamente premissas para inovações e a modernização do processo licitatório como objetivos a serem alcançados através de diversos dispositivos constantes do novo regramento para as contratações públicas. As balizas da nova legislação visam direcionar a Administração Pública a privilegiar o planejamento, de modo a produzir melhor eficiência e economia nas aquisições públicas através da elaboração de um plano de contratação anual compatível com as leis orçamentárias.

Destarte, a inovação legislativa, frente ao enfretamento dos empecilhos de ordem jurídica, tratados tanto no procedimento licitatório, como no desenvolvimento do contrato, trouxe uma nova ótica acerca do procedimento de invalidação. Neste contexto, o carro chefe da nova lei foi guiado por aspectos de julgados do Tribunal de Contas da União (TCU) e ao alinhamento do regramento à Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

² Nessa sistematização, a carta magna reservou à competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratações (Brasil, 1988, art. 22, inciso XXVII) dentro do campo teórico de normas gerais com natureza uniformizadora no cenário federativo, deixando para os Estados-membros e Municípios a suplementação do arcabouço legal licitatório. Contudo, nitidamente se vê que a União extrapola sua competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, eis que estamos diante de praticamente um "Código de Licitações e Contratos", exteriorizado de forma complexa em quase duzentos artigos que invadem as competências constitucionalmente abertas para a regulamentação da matéria através da legislação local dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Nesse contexto, a padronização das compras públicas exteriorizada sob a ótica nacional se revela como atentado à liberdade e isonomia dos entes federados regionais.

Assim sendo, tornou-se objeto deste trabalho a análise dos parâmetros e condições da segurança jurídica nos procedimentos de invalidação face à exegese da LINDB e da Nova Lei de Licitações e Contratos.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 384 e 1981, p. 2)³, o conceito de ato administrativo se presta a sintetizar um conjunto de normas que “são termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito”. De acordo com a classificação do administrativista, o ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção; válido, quando praticado em conformidade com as exigências normativas; e eficaz, quando ele desencadeia efeitos típicos independentemente de efeito posterior (MELLO, 2021, p. 316)⁴. Os efeitos distinguem-se em típicos e atípicos. Típicos, dizem respeito a sua função jurídica, ex.: nomeação e demissão; atípicos, podem ser de dupla ordem: preliminares ou prodrômicos e efeitos reflexos. Desta forma, os atos administrativos podem ser considerados: (i) perfeito, válido e eficaz - quando realizado legalmente todo seu ciclo de formação atingido seus efeitos típicos; (ii) perfeito, inválido e eficaz – quando conclui sua formação de modo viciado, mas produz efeitos; (iii) perfeito, válido e ineficaz – quando a formação é legal e bem-sucedida, mas os seus efeitos típicos dependem dos órgãos de controle e (iv) perfeito, inválido e ineficaz - quando a sua formação resulta em contrariedade ao Direito, pois sua aprovação depende de aprovação de outros órgãos.

Para indiciar os requisitos do ato, é costumeiro dividir o ato administrativo em elementos. O procedimento de divisão se perfaz pela decomposição do ato que corresponderia à anatomia do ato, tendo em vista exame de sua eventual patologia, ou seja, dos vícios que, eventualmente, possam ocorrer (FRAGOLA, 1964, p. 12). Sem entrar propriamente nos conceitos e classificações amplamente diversificadas na doutrina, de acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, basicamente, o ato administrativo se divide em dois elementos, conteúdo e forma, e em cinco pressupostos de validade: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. A classificação dos elementos do ato administrativo é adotada por Ricardo Marcondes Martins (2022), porém, este apresenta outra classificação para os pressupostos de validade, mas que têm igual relevância. Na visão do administrativista, quatro são os pressupostos de existência: o objeto, a habilitação do agente para editar o ato administrativo, o mínimo de eficácia ou de reconhecibilidade⁵ social e a não concretização de injustiça intolerável.

Os elementos e pressupostos são importantes para a identificação de eventuais vícios no procedimento licitatório e na execução contratual ou mesmo para se verificar a regularidade dos atos administrativos produzidos. O conteúdo é normalmente designado como o objeto, aquilo que o ato dispõe, sendo o próprio ato em sua essência.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 34. São Paulo: Malheiros, 2019, Cap. VII-7, p. 384; Ato administrativo e direito dos administrados. São Paulo: Ed. RT, 1981. P2.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 35. São Paulo: Malheiros, 2021, Atos administrativos. Cap. VII-7, p. 316.

⁵ Diz respeito à cognoscibilidade, qualidade do que é cognoscível.

A forma é o revestimento do ato, caracterizado pela sua revelação e existência, sendo o meio de exteriorização do ato administrativo, não se confunde com a “formalização” do ato, que diz respeito à solenização requerida para prática do ato. Os atos administrativos com conteúdo ilícito, violadores da lei, ensejam a sua invalidade e inexistência. Os pressupostos de validade do ato administrativo ganham destaque no presente estudo, pois o encontro de defeitos pode levar ao reconhecimento da invalidade do ato, a começar pelo objeto que tem por condição a existência material do ato administrativo.

Weida Zancaner (2008) define o objeto como “pressuposto de existência do ato”⁶. Entretanto, para não confundirmos com a expressão utilizada por civilistas (impossibilidade jurídica do objeto), a impossibilidade jurídica do objeto é melhor classificada como pressuposto de validade, e não de existência. Quanto ao sujeito ou habilitação do editor, este é caracterizado pela identificação do produtor dotado de competência e capacidade jurídica para edição do ato administrativo. O ato será estatal quando a edição da norma puder ser atribuída ao Estado. Um vício nesse pressuposto pode levar à invalidade do ato administrativo. Motivo é pressuposto objetivo dotado de vários desdobramentos. É o pressuposto que autoriza ou exige a prática do ato. Precede o ato. É externo, por isso não pode ser considerado como parte ou elemento do ato. Pode ser previsto em lei ou não. Ex.: remoção de funcionários por motivos pessoais (ato inválido). Motivo do ato e motivo legal são a própria situação material que dá embasamento para a prática do ato. Motivo legal é a previsão abstrata do ato, correspondente à materialidade, é o reflexo da lei. Motivo e móvel não se confundem, porquanto que o motivo transcorre numa realidade empírica que dá suporte ao ato. O móvel é representação subjetiva, psicológica, interna do agente. É a intenção do agente. Vontade do agente. Entretanto, a vontade só é relevante no exercício dos atos administrativos de competência discricionária, cuja prática exige do Administrador fidelidade ao que a lei impôs, que sopesse (pondere) as circunstâncias concretas do caso de modo a evitar apreciação subjetiva à melhor realização do interesse público. A vontade é irrelevante quando o ato for vinculado.

O motivo não se confunde com a motivação, pois este último integra a formalização do ato. Se conhece pela exposição da justificativa do ato – os chamados “considerando”, a “explicação”, v.g. A motivação é essencial no procedimento licitatório, pois a sua ausência, especialmente na fase interna, pode gerar a invalidade do certame. Acerca da obrigatoriedade, Bandeira de Mello (2021, p. 328-329) alerta: “os agentes administrativos não são donos da coisa pública, mas gestores de toda a coletividade”. Se todo poder “emana do povo”, em um “Estado Democrático de Direito”, fundado no exercício da “cidadania” (CF, art. 1º), todo cidadão, ou o interessado no ato, têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam. Porém, para que o ato administrativo exista, deve possuir um mínimo de eficácia ou recognoscibilidade social.

Segundo a teoria de Kelsen (1984), não há diferenciação entre os planos da existência e da validade. O mínimo de eficácia não é pressuposto de validade, mas de existência. Deve ser minimamente reconhecida no meio social, ser reconhecida como norma jurídica.

⁶ Sobre essa classificação, argumenta a administrativista: “Ele é condição de existência do ato, pois sua ausência, ou a existência de um objeto impossível de ser albergado pelo ordenamento jurídico, não torna o ato inválido, mas, ao menos em nosso entender, o faz material ou juridicamente impossível, conforme o caso. [...] Portanto, é a conjugação dos elementos do ato – conteúdo e forma –, que nos conduz à ideia de perfeição” (ZANCANER, 2008, p. 36-37).

Com efeito, a condição para que uma norma exista é que seja globalmente aceita pela comunidade, haja um mínimo reconhecimento de seu caráter normativo, uma eficácia mínima.

Finalidade é o bem jurídico a ser alcançado pela Administração. Objetiva o cumprimento da lei. Ou, como bem define Maria Sylvia Zanella di Pietro (1992, p. 453), “Para cada finalidade... existe um ato definido na lei [...] é o atributo correspondente às figuras definidas na lei, aptas a produzir determinado resultado”. Em suma, é ato pelo qual deve o agente público se questionar e responder: a que se presta a edição do ato? Qual será o resultado da eficácia do ato?

Tais questões são importantes no processo de construção do ato administrativo, especialmente para evitar a ocorrência de desvio de poder, com o agente se servindo de um ato para satisfazer finalidade alheia à deste,⁷ ou no caso de objetivo diverso do interesse público. Mesmo que justa e lícita a ação, o ato se torna inválido por se contrapor à orientação legal (FAGUNDES, 1.957, p. 72-73), ex.: remoção desmotivada de servidor ou usada como forma de punição.

Em geral, os atos que atentam de forma não justificada contra núcleo essencial dos direitos humanos básicos não são reconhecidos como norma pela comunidade, não são dotados de um mínimo de reconhecimento social (MARTINS, 2022). Um ato ofensivo a direitos fundamentais da pessoa humana não é um ato administrativo, é um ato inexistente (MELLO, 2021). Não basta, portanto, um mínimo de eficácia social como pressuposto de existência do ato, é preciso que a norma respeite o núcleo essencial dos direitos humanos básicos. Daí o pressuposto de existência da não concretização de uma intolerável injustiça.

Alexy (2005) conceitua a intolerável injustiça como violação ao núcleo essencial dos direitos humanos básicos. A violação não deve ser apenas ao direito fundamental, deve haver violação de um direito humano, deve ser um direito humano básico e ainda atingir seu núcleo essencial. A violação deve ser irracional. Para existência desta intolerável injustiça, evidenciável em face de um consenso social, haverá, entretanto, pressuposto autônomo da concretização desses fatores em duas hipóteses: 1) quando o consenso sobre a intolerabilidade da injustiça surge posteriormente à edição do ato; 2) e quando a intolerabilidade da injustiça for controversa. Nesses casos, a configuração da intolerância dependerá da ponderação dos princípios jurídicos incidentes, auferível pelo agente público, que indicará se o ato é inválido por violação ao direito fundamental ou inexistente por violar o núcleo essencial do direito humano.

3 DOS SISTEMAS DE INVALIDAÇÃO

A invalidação é reportada na relação jurídica por suas características de antijuricidade. Ataca a validade dos atos administrativos praticados no âmbito do ordenamento jurídico. O termo “invalidade” e “invalidação” se reportam a defeito jurídico e não a problema de inconveniência do mérito do ato, conforme escreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2019).

⁷ RDA 14, TJRN, comentado pelo publicista Víctor Nunes Leal, de relatoria de Miguel Seabra Fagundes.

Daí que compartilhamos do entendimento do emérito administrativista no afastamento do *nomen juris* “anulação”, dada a disparidade de interpretação na doutrina de Direito Administrativo, especialmente para aqueles apegados à teoria civilista. Conveniente ainda a conclusão de Ricardo Marcondes Martins (2022), ao afastar a classificação da invalidade em atos “nulos” e “anuláveis” na medida da sua insatisfação perante o regime de direito público. As classes possíveis de definição na invalidação destoam de um critério definidor e só serão possíveis de identificação na análise do caso concreto.

Em se tratando dos aspectos da Lei 14.133/20, a libertação da tese da nulidade absoluta para os vícios de legalidade é posição de destaque na nova configuração normativa.

De fato, os artigos 147 a 150 da Nova Lei de Licitações e Contratos ampliaram o exercício da competência discricionária do agente público responsável pela decisão quando este estiver defronte às objeções de validade constantes do procedimento e dos instrumentos jurídicos de contratação da Administração Pública. O avanço se deu face às regras contidas nos artigos 49 e 59 da Lei 8.666 (BRASIL, 1993), nos quais empunhava-se ao agente administrativo o dever-poder de declarar a nulidade do procedimento ou contrato em casos de ilegalidade, impedindo a produção de efeitos, exceto para indenizar o contratado. O normativo perdura até os dias de hoje e vinha ultrapassando décadas de vigência desde a sua primeira aparição no Decreto-lei 2.300 (BRASIL, 1986).

Essa solução extremada decorre da doutrina de Hely Lopes Meirelles (1964, p. 34-35), que rejeitava a tese dos atos anuláveis em matéria de Direito Público e segundo a qual a invalidade sempre gerava efeitos *ex tunc*, desfazendo todos os atos e obrigando à reposição das coisas no *status quo ante* como consequência natural e lógica da decisão anulatória. Para o autor, a legalidade torna hígido o interesse público como condição de validade e eficácia do ato, não dando espaço para interesses além da legitimidade da atuação pública. A tese de Meirelles, todavia, remanesce obsoleta devido à edição da Súmula nº. 473, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos [...]” (BRASIL, 1969). O reconhecimento de vícios de legalidade decorre do princípio da autotutela e são enfrentados obrigatoriamente pela Administração Pública no exercício do controle interno. Essa obrigação, todavia, não pode implicar em prejuízos ao interesse público, pois a tese absoluta de limitação legal de direitos não encontra espaço para convivência de valores de segurança jurídica e de boa-fé.

Portanto, não é possível basear a invalidação de uma licitação ou do contrato apenas na causa e efeito *ab initio* pelo reconhecimento da ilegalidade. Ao contrário, pela dicção da nova lei, não haverá automaticamente a invalidação do ato viciado, mas uma prévia ponderação sobre os impactos práticos da tomada da decisão administrativa (MELLO, 2019). Muito embora o sistema constitucional brasileiro tenha sido ausente em submeter a Administração Pública ao cumprimento da lei e do Direito⁸, estes preceitos foram positivados de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro e não por acaso, o legislador infraconstitucional tornou expresso de forma redundante no inciso I, do parágrafo único, do artigo 2.º, da Lei 9.784/99. Portanto, é equivocado subjugar o ato viciado ao mero descumprimento da lei e não à prática de ato ou fato que resulte na contrariedade ao Direito.

⁸ Tal como foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 20, item 3, e a Constituição da Espanha, em seu artigo 103.

Porém, nem todo ato praticado em contrariedade ao Direito deve ser extinto, mas somente aqueles que apresentam certos vícios e que impliquem na invalidade *ab initio*, sendo o ato inválido aquele cujo defeito gera para a Administração o dever de repará-lo (MARTINS, 2022, p. 154).

3.1 Extinção por fato administrativo

Há casos em que o ato administrativo é extinto antes mesmo da sua edição. Essa hipótese se dá por força de fato administrativo. Fato é todo acontecimento no mundo fenomênico ou real a que o Direito atribui efeito jurídico. A retirada do ato administrativo se dá por força do próprio conteúdo. São, basicamente, duas hipóteses: cumprimento de seus efeitos jurídicos ou desaparecimento do sujeito ou objeto.

O cumprimento de seus efeitos jurídicos ocorre pelo acontecimento no mundo fenomênico e não por outro ato jurídico. Trata-se de efeito decorrente do conteúdo expresso. Isso ocorre em três hipóteses⁹: esgotamento de seu conteúdo jurídico; execução material e implemento de condição resolutiva ou termo final. O esgotamento do conteúdo jurídico decorre da obriedade, o ato esgota seu conteúdo jurídico e se extingue (exemplos: concessão de benefício ao administrado e férias gozadas pelo servidor). Na execução material, não se trata de ato administrativo, mas do efeito do ato administrativo, é um fato administrativo. Com a sua ocorrência o ato também se extingue. Ex.: demolição. O implemento de condição resolutiva, ou termo final, põe fim à relação jurídica. Pode ser fixado por exigência da lei, chamados de elementos essenciais, ou por decisão da própria Administração no exercício da competência discricionária, denominados elementos acidentais.

Há, entretanto, particularizações importantes que consistem na extinção do ato administrativo. A decadência, a caducidade ou desuso são condições resolutivas colocadas pela Administração em decorrência de determinado prazo. O ato se extingue pelo exercício do direito em determinado prazo (ex.: licença para construção em determinado prazo, caso não cumprido no período pré-fixado, o alvará decai). Na renúncia ou recusa ocorre a não aquiescência do administrado. Não são atos de retirada, mas condições resolutivas. Quando a manifestação de vontade do administrado é necessária para que um ato eficaz continue gerando efeitos, deixando de aquiescer, ocorre a renúncia, quando a aquiescência é necessária para tornar válido o ato e esta não ocorre, tem-se a recusa. A última hipótese de extinção do ato administrativo é o desaparecimento do sujeito ou do objeto, que ocorre com a morte do agente (*intuitu personae*) ou desaparecimento do objeto material.

3.2 Extinção por ato administrativo

A extinção por ato administrativo advém dos efeitos de outro ato administrativo, ou por força do próprio ato. Seu efeito extinto por outra norma jurídica dantes editada. Metaforicamente, ingressa na nuvem e gera efeito de remover outra norma que lá se encontrava (MARTINS, 2022, p. 309).

⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo cit., Cap. VII-107, p. 458-459; STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. *Traité des actes administratifs*. Atenas: Sirey, 1954, p. 237 et seq.

Há duas hipóteses de extinção de uma norma pela outra no mundo jurídico: pela contraposição ou derrubada, ou pela retirada. A contraposição ou derrubada extingue o ato administrativo em razão da incompatibilidade de outro ato emitido posteriormente. Não tem efeito típico da retirada, pois o ato principal não tem por efeito a extinção do anterior. É uma consequência dos efeitos do ato pelo outro. Ex.: o ato de demissão do servidor derruba o ato de nomeação (AMARAL, 2008).

Já os chamados atos de retirada são atos jurídicos cujo efeito típico ou principal é a extinção. Pode ocorrer tanto pela mesma pessoa que editou (Administração), como por ato jurisdicional. As principais formas de retirada são a cassação e revogação.

3.3 Objeto da extinção

A extinção pode atingir efeitos gerados pelo ato administrativo em relação às situações instituídas pelas normas introduzidas - efeito acessório. O primeiro efeito é necessário, o segundo é contingente. A extinção do ato administrativo eficaz ocorre pela hipótese descrita anteriormente. Pode ser que seja eficaz, mas sem relação jurídica, também possível de ser inatingida por sua irretroatividade, ou a relação pode ser parcialmente atingida.

A correção pode acontecer em três hipóteses: só para o ato; o ato e parte dos efeitos e; o ato e os efeitos. Disso discordam Marcio Cammarosano e Celso Antônio Bandeira de Mello (2022, p. 475-476)¹⁰. Segundo os administrativistas, não há como corrigir normas que não estejam no mundo abstrato. Entretanto, não se invalida fato no mundo fenomênico, mas uma norma no mundo jurídico. O fenômeno é abstrato. A invalidação não atinge diretamente o mundo do ser, mas o mundo jurídico. A norma que existia é apanhada no momento que existia; a correção se dá sobre o período de tempo em que a norma vigeu. Assim, é perfeitamente possível a invalidação de uma lei que foi revogada, ou a revogação de uma norma transitória que já se exauriu.

3.4 Atos irregulares

Se o vício causa algum dano ao particular, não pode ser simplesmente considerado irregular. A responsabilização cabe somente ao agente que causou a irregularidade. Entretanto, é possível que não gere qualquer efeito, inclusive a responsabilização do agente.

O vício de formalização interfere tão somente na irregularidade. A correção apesar de não obrigatória, não é proibida. Contudo, em alguns casos, a correção não é permitida, dado o caráter subjetivo da irregularidade (não admitem saneamento).

Parte da doutrina chama a correção de retificação (CAETANO, 2001, p. 561), o que não se confunde com convalidação. A retificação consiste na correção dos atos válidos. É facultativa e discricionária, não pode ser determinada pelo Poder Judiciário.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira; CAMMAROSANDO, MARICO, cit. VII-144-145, p. 475-476.

3.5 Da possibilidade de modificação do ato administrativo

A modificação de ato válido consiste na retirada de ato pela edição de outro ato. Há duas hipóteses: retificação e esclarecimento. A primeira se dá para a estabilização do ato inválido, sendo a única hipótese em que não há a retirada do ato inválido. A segunda é declaratória, sendo de competência da Administração ou do Judiciário. O ato inválido sofre uma mutação e se transforma em um ato regular.

Na redução ou reforma, o efeito principal se dá pela exclusão da parte inválida do ato viciado. Consiste no saneamento, pois há um aproveitamento da parte válida do ato viciado. A conversão se dá pela transformação de um ato inválido em outro válido.

Diferencia-se da convalidação no ponto em que o conteúdo do ato editado é diferente do ato inválido. Se o ato for vinculado, a conversão pode ser realizada pelo Judiciário. A convalidação tem por efeito a retirada dos efeitos do vício do ato administrativo. Com a convalidação, o ato inválido é integralmente aproveitado. Efetuado pelo mesmo agente editor do ato inválido, a convalidação é chamada de ratificação. Se procedida por outro agente, é a confirmação.

De acordo com a doutrina de Antônio Carlos Cintra do Amaral (2009), os tipos de invalidade se distinguem pela possibilidade de se convalidar ou pela impossibilidade de se convalidar. Como regra, no plano abstrato, é possível apresentar diretrizes dos vícios que não admitem a invalidação. Vícios de pressuposto teleológico, material e lógico, constatado após a publicidade do ato, não admitem a convalidação. Contudo, as circunstâncias fáticas e jurídicas é que indicarão qual a medida a ser tomada. O interesse público é o que consiste nessa medida. Portanto, a correção do ato é definida pela aplicação do interesse público. A retirada ou não do ato administrativo se dará no resultado da ponderação dos princípios jurídicos incidentes, determinando a retirada ou não do ato administrativo inválido. Isto é, se é convalidável. Exemplo: homologação de licitação que não tenha sido precedida da publicação do edital. Mesmo que tenha havido concorrência, os princípios da vantajosidade e da competitividade não podem ser observados em procedimento que não tenha levado a público o interesse da Administração em contratar ou adquirir produtos. A convalidação será discricionária quando houver mais de uma solução admitida pelo Direito no caso concreto. Havendo apenas uma solução, resultando na ponderação dos princípios incidentes, a convalidação será vinculada, passível, inclusive, de ser impugnada perante o Poder Judiciário.

Há casos que o sistema jurídico exige a edição de um ato com conteúdo idêntico, parcial ou similar ao ato editado com vício, mas não permite o aproveitamento total nem parcial do ato viciado. Ou seja: o sistema exige a invalidação, mas exige a imediata edição de outro ato com conteúdo idêntico, parcialmente idêntico ou similar ao ato invalidado. São hipóteses: convalidação irretroativa, redução irretroativa e conversão irretroativa. É possível a conversão ou redução irretroativa se a ponderação exigir a invalidação do ato e concomitante edição de outro ato. Podem ser chamados de convalidação para o futuro, redução para o futuro e conversão para o futuro.

A modificação do ato inválido poderá ser feita pelo Poder Judiciário nos casos vinculados. É pacífico na doutrina a declaração, pelo Judiciário, de estabilização do ato. Deve declarar a transformação do ato inválido em irregular, porém não pode invalidar ato irregular que tenha sido convertido pela estabilização.

3.6 Atos inválidos

Para ser válido ou inválido o ato precisa existir. O ato inválido é aquele que o defeito gera o dever da Administração de o corrigir. Atos válidos são aqueles praticados em conformidade com o Direito. Somente certos vícios implicam em invalidação.

Nos casos de irregularidade, a validade do ato pressupõe a sua conformidade no direito. O ato pode ser irregular e mesmo assim permanecer válido. O Direito de Resistência, nesse caso, consiste no direito de não ser sancionado pelo descumprimento do comando normativo.

3.7 Atos nulos e anuláveis

Para a doutrina de Hely Lopes Meirelles (1991, p. 182), Regis Fernandes de Oliveira (2001, p. 127) e Diogo Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 127), ato inválido é ato nulo, não existe ato administrativo anulável. Contudo, na doutrina majoritária, os atos inválidos dividem-se em duas categorias: atos nulos e anuláveis. Há controvérsia, entretanto, na diferenciação.

Esse grau de diferenciação decorre da teoria civilista, podendo o ato nulo, como norma jurídica, resultar em efeitos jurídicos regulares. A teoria civilista é fundada no princípio da autonomia de vontade. A vontade no Direito Administrativo tem relevância secundária. Logo, não há sentido em condicionar o interesse público à nulidade.

Os administrativistas admitem a dicotomia nulo-anulável, diferenciando os elementos a partir de quatro critérios: 1) prazo para invalidação; 2) efeitos da invalidação; 3) legitimidade para impugnação e a possibilidade ou não de exame de ofício da invalidade; 4) possibilidade de convalidação. O prazo para invalidação tem fator temporal, não se presta a diferenciar atos nulos e anuláveis, dado que decorre da teoria civilista para a qual os efeitos da invalidação dos atos nulos têm efeito *ex tunc* e os anuláveis *ex nunc*. Implicam na retirada do ato desde a sua origem. Entretanto, são as circunstâncias fáticas e jurídicas que determinam o termo inicial da invalidação. A ponderação efetuada é que dirá quando da edição do ato corretor, e não a natureza do vício.

Quanto à legitimidade para impugnação e à possibilidade ou não de exame de ofício da invalidade, a doutrina divide a legitimidade separando os atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis. Os atos anuláveis só podem ser impugnados pelo interessado e o seu reconhecimento depende de impugnação. O ato nulo só pode ser reconhecido de ofício pelo magistrado no curso do processo. Já os atos administrativos podem ter sua invalidade reconhecida pela própria Administração: no Judiciário, os atos nulos podem ser reconhecidos pelo Ministério Público, ou de ofício pelo Juízo, independentemente de provocação da parte.

Embora a convalidação seja possível a partir da publicidade, como defendem alguns, este seria o critério de diferenciação de atos nulos e anuláveis. Ou seja, atos anuláveis, a partir da publicidade, seriam passíveis da possibilidade de convalidação. Não convém o critério, porém. Aprioristicamente, não é possível com certeza e objetividade definir os atos suscetíveis de convalidação. Portanto, a tradicional classificação dos atos administrativos inválidos e nulos e anuláveis não é admitida.

A classificação é própria do regime de direito privado e incompatível com o regime de direito público. Os critérios não são satisfatórios: dependendo do vício do ato administrativo e das circunstâncias fáticas e jurídicas, o decurso do tempo pode gerar um peso maior ou menor em favor da permanência do ato no sistema. A invalidade do ato pode ser retroativa, parcialmente retroativa ou irretroativa. O ato pode ser impugnado apenas pelo interessado ou por qualquer administrado, pode ser conhecido pela Administração e – proposta uma ação judicial que verse sobre o ato – pelo magistrado, ou a depender de provocação do interessado. Pode, enfim, ser passível ou não de convalidação.

Esses diferentes critérios, porém, não permitem a classificação dos atos inválidos, que devem ser examinados individualmente: tudo dependerá da análise das circunstâncias fáticas e jurídicas, ou seja, da ponderação efetuada pelo agente público quando da apreciação da invalidade.

Conclui-se: é insatisfatória a classificação dos atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis; não há uma classificação satisfatória para eles, pois todas as classes possíveis dependem de um critério definidor cuja configuração, em não raras vezes, exige a análise do caso concreto (MARTINS, 2022).

3.7 Atos inexistentes

Ato inexistente não é ato, pois não ingressou no mundo jurídico. Pode ser reconhecido pelo simples fato ou por um fato jurídico, não gerando efeitos jurídicos. Embora a expressão correta seja a inexistência de ato, o termo ato inexistente deve ser mantido por dois motivos: 1) é consagrada pela tradição de reconhecimento de um regime jurídico; 2) pela configuração do fato jurídico que muitas vezes tem aparência de ato, mas não é ato. A expressão indica que há um nada (inexistência), mas, no segundo caso, indica um fato.

Embora a norma jurídica seja considerada constitucional e se reconheça sua eficácia (efeitos), não se atribui legalidade ao ato inexistente, pois jamais surtirá efeitos no mundo jurídico. Não há que se falar em efeitos jurídicos do ato administrativo inexistente. Nos atos administrativos inválidos há efeitos jurídicos do ato e os efeitos jurídicos do vício; em relação aos atos inexistentes, só há os efeitos jurídicos da inexistência, não há efeitos jurídicos do ato. Isto é: não há que se falar em desconstituição dos efeitos do ato inexistente, porque esses efeitos não entram no mundo jurídico, permanecem no mundo fenomênico. Portanto, há somente os efeitos da inexistência do ato inexistente.

Em quatro planos se tem os seus efeitos: a) direito de obter a declaração de inexistência; b) o direito de resistir ativamente à execução do ato inexistente; c) o dever de indenizar os danos causados pelo ato inexistente; d) o dever de responsabilizar o editor. Os dois últimos também decorrem da invalidade e, nos termos expostos anteriormente, não são necessários, pois decorrem dos pressupostos da responsabilidade civil e disciplinar.

Ato inexistente não é passível de correção, saneamento ou retirada, não havendo espaço sequer a sua invalidação, redução, conversão ou convalidação. Por não entrar no mundo jurídico, é equivocado falar em invalidação do ato inexistente. Impõe-se tão somente a sua declaração. Por isso, ao administrado atingido pelo ato inexistente, é defeso, além da impugnação, o direito à resistência ativa diante de ato inexistente.

4 DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO DIREITO

A segurança jurídica decorre da própria existência do Direito, princípio *sine qua non* da necessidade humana e da existência do ordenamento jurídico. Segurança pressupõe a valoração intrínseca da estabilização das relações sociais.

Tal como reconhece a importância da segurança jurídica, Gustav Radburch (2005, p. 109) afirma, dentre as exigências fundamentais do Direito, ser a segurança jurídica a mais importante. Ou, como muito bem escreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2019),

O Direito propõe-se estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bem por isto, se não é o mais importante entre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.

Pérez Luño (1991) escreve que a segurança jurídica se divide como fato e como valor. Fato é imanente a todo o ordenamento jurídico e se cristaliza num sistema de legalidade; como valor se dá pela presença em determinados ordenamentos e concretizados pela existência de justiça. Partindo dessa premissa, o autor distingue a segurança em duas acepções distintas: em sentido estrito, a segurança consiste numa exigência objetiva de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico; numa faceta subjetiva, porém, ela representa a certeza do Direito, ou seja, é o reflexo da segurança objetiva na relação jurídica.

Sendo consequência do ordenamento jurídico e decorrente da existência do direito, a segurança jurídica é, portanto, a abstração do princípio da legalidade. A legalidade concretiza a segurança jurídica ao atrair estabilidade e conformidade com o sistema jurídico, devendo os atos sempre se atentar às leis, regras e os princípios constitucionais. Ricardo Marcondes Martins (2022), por sua vez, acrescenta que a segurança jurídica é obtida com o cumprimento do resultado da ponderação dos princípios incidentes. Portanto, a segurança jurídica, traduzida como o próprio direito, tem como propósito o alicerçamento das relações jurídicas a partir de postulados definidos pela legislação, regras e princípios constitucionais. É princípio implícito na Constituição, destacada pela proteção ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada e a vedação à aplicação retroativa da lei. Tanto o é que o princípio da segurança jurídica foi positivado expressamente, em âmbito federal, no *caput* do art. 2º da Lei 9.784 (BRASIL, 1999), Lei do Processo Administrativo: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

5 DO REFORÇO DA SEGURANÇA JURÍDICA INAUGURADO PELA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO NO SISTEMA DE INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi criada através da Lei 13.655 (BRASIL, 2018), que reformou o Decreto-lei 4.657/42 principalmente para inserir os artigos 20 a 30, ganhando destaque os artigos 20 e 21, que se referem diretamente à invalidação do processo administrativo.

A evolução legislativa se deu pela insegurança causada no enfraquecimento da segurança jurídica, passando a doutrina a ser chamada de “caixa de ferramentas”, levantando discursos anticientíficos fundados na divergência, deixando os órgãos de controle inseguros. Contudo, de um modo geral, inexistem inovações no texto legal inaugurado pela LINDB, mas tão somente avanços científicos conhecidos nas últimas décadas. Desconhece-se as implementações do cotidiano administrativo, razão pela qual da sua ineficácia na Administração Pública.

O que se tem é que a nova legislação passou a impor a consideração de consequências práticas das decisões, quando da invalidação de atos ou contratos administrativos (art. 20), bem como da indicação de condições para que o saneamento de eventuais irregularidades ocorra “de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais” (art. 21.).

Tanto é que o art. 28 da LINDB estabeleceu: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Outro ponto de destaque, foi a superação do art. 59 da Lei 8.666/93, que impunha um regime mecanicista, binário e anacrônico de nulidades dos atos e contratos administrativos, muito influenciado pela doutrina ultrapassada. De fato, a ideia de que dos atos ilegais não derivam direitos, como previa a antiga lei de licitações e contratos, não se coaduna mais com a realidade jurídica contemporânea. Mesma situação se deu para a superação da redação da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, pois a sua redação parte do pressuposto de que as nulidades são absolutas, não gerando direitos em nenhuma situação. As alterações da LINDB deram uma salvaguarda aos agentes públicos para romper com esse sistema arcaico de causa e efeito, ou, nas palavras de Egon Bockmann Moreira (2019), “está na hora de dizer adeus, com todas as honras e glórias, à Súmula 473”.

O método da ponderação constitucional de Robert Alexy (2005), tratado indiretamente na LINDB, modificou profundamente a forma como se entendem a elaboração e a aplicação do Direito. Nessa concepção, o direito passou a ser considerado não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma “ordem objetiva de valores”. Aplicar o direito pressupõe subsumir os fatos às regras e sopesar os valores ao caso – premissa do neoconstitucionalismo (MARTINS, 2015). Na Constituição, os valores positivados, sejam eles existentes de forma expressa ou implícita, devem ser fixados pelo legislador no plano abstrato como meio de concretização. A ponderação só é válida quando uma medida constitucional satisfaz outro valor constitucional, cujo resultado é a norma jurídica. Contudo, a ponderação não pode ser exercida em abstrato, isto é, somente se admite no caso concreto, o que não se confunde com a ponderação abstrata dos princípios constitucionais, que impõe limites à edição da norma.

Desta feita, da análise do art. 20 da LINDB, prevalece o entendimento de que as decisões jurídicas devem partir dos problemas concretos, levando em consideração as particularidades desses problemas. Exemplo disso é a proibição de corte de energia em hospitais públicos. Daí que as circunstâncias factuais, práticas, só serão afastadas no caso concreto em casos excepcionais. Na teoria da ponderação de Robert Alexy, o peso do princípio formal, que dá primazia às ponderações do legislador, faz com que o afastamento da regra seja excepcional.

Isto é, a não aplicação do princípio constitucional se dá em casos excepcionais. No caso concreto, a validade é a aplicação da norma abstrata aos abduzidos por ela de forma hipotética. Primazia da ponderação do legislador da separação dos poderes e do princípio da legalidade.

Noutro ponto, concernente à invalidação, é preciso ter em mente que não cabe ao Poder Judiciário elaborar teorias científicas. Esse papel é incumbido à doutrina. Nesse sentido, Seabra Fagundes (1957) já alertava que a invalidez do ato pode trazer danos ao interesse público, “consequências diversas”. Ex.: concessões ilegais de terras públicas ao longo do tempo. O Senhor da correção dos atos públicos é o interesse público, e só pode ser fixado no plano concreto, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2019) defende que os atos editados com boa-fé são ampliativos de direitos e a invalidação será sempre irretroativa (*ex tunc*); se são restritivos de direitos ou editados com má-fé, a invalidação deve ser sempre retroativa (*ex tunc* e *ab initio*). Em contrário, não é possível cravar vícios no plano abstrato. Só as circunstâncias fáticas e jurídicas permitem uma resposta definitiva sobre como deve ser corrigido o vício do ato administrativo.

Entretanto, também não é possível admitir que tudo deva ser analisado à luz do caso concreto. É preciso realizar a ponderação das circunstâncias fáticas ou jurídicas, de modo definitivo, à solução exigida ou facultada. Se o resultado dessa ponderação resultar em apenas uma solução admissível, teremos a competência vinculada, se indicar mais de uma, teremos configurado o exercício da competência discricionária (MARTINS, 2022).

Em relação à boa ou má-fé, há diretrizes que devem ser levadas em consideração. De acordo com o § 1º do artigo 21 da LINDB, as consequências da invalidação devem ser apuradas, não podendo ser desprezadas. Diga-se pelas consequências, da invalidação de contrato que decorre da obrigação da Administração de indenizar o administrado. Irene Nohara (2018) explica que a aplicação da invalidade nesses casos trata da razoabilidade nos impactos e consequências que doravante deve ser feita de forma proporcional e equânime, não podendo, pois, impor ônus excessivos àquele que sofre o controle.

Portanto, é inegável que as novas disposições da LINDB enriqueceram a segurança dos atos praticados pelos agentes públicos, especialmente quando se trata dos procedimentos que culminem na invalidade. Embora seja raro o encontro da sua implementação em todo compêndio de órgãos e entes que compõem a Administração Pública, a sua interpretação deve ganhar corpo em casos concretos decididos pelo Poder Judiciário, sobretudo nos novos parâmetros de invalidação que irradiaram da LINDB para a Nova Lei de Licitações e Contratos, conforme adiante passamos a tratar.

6 DOS MECANISMOS DE SEGURANÇA JURÍDICA PREVISTOS NO PROCEDIMENTO DE INVALIDAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Diante dos dispositivos que tratam da invalidação na Lei 14.133/21, não há como negar que o espírito trazido pela LINDB foi incorporado no novo texto. Perante a Lei 8.666/93, a invalidação do certame e do contrato valorizava a descontinuidade de efeito, concepção da tese legalista. Na nova legislação, uma série de fatores são considerados, em menor grau, no procedimento licitatório e, em maior grau, perante a execução contratual.

Pela regra estabelecida no artigo 71 da Nova Lei de Licitações, encerradas as principais fases do certame, incumbirá à autoridade licitante a análise do rito taxativo que engloba: (i) determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades; (ii) revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; (iii) proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável e; (iv) adjudicar o objeto e homologar a licitação.

A declaração da nulidade ganhou maior tônica no texto legal, obrigando o agente público responsável a apontar expressamente os atos com vícios insanáveis. A decisão administrativa que invalidar o procedimento licitatório terá efeito *ex tunc*.

Ao exposto, o legislador resguardou a contratação futura, ao contrário do que previa a Lei 8.666/93 em seu artigo 49, que automatizava sem qualquer pudor a invalidação do contrato por *acessoriedade* em casos que a licitação fosse considerada nula, ressalvado apenas o direito de indenizar o contratado pela execução parcial ou total do contrato. Assim, por mais absurdo que possa parecer, pela legislação ultrapassada, uma obra que tivesse em execução com cerca de 60% do seu objeto executado deveria ser paralisada em detrimento da invalidação do processo de licitação que a originou.

Antes mesmo da edição da nova lei, Marçal Justen Filho (2016) já criticava com exatidão a concepção legalista adotada na Lei 8.666/93, aduzindo que, no plano fático, a produção de efeitos é evidente, apresentando a norma peculiaridades pouco comuns em matéria de nulidade no campo das licitações públicas e do Direito Administrativo. Entretanto, e felizmente, nos moldes da nova legislação, uma série de fatores serão considerados para a tomada da decisão acerca da invalidação, de modo que só será declarada se ficar demonstrado o prejuízo ao interesse público. Caso contrário, o gestor fica autorizado a dar continuidade ao contrato e solucionar a irregularidade e, caso seja necessário, mediante indenização ao contratado. Tanto é que o rol do artigo 147 da nova lei não é taxativo, devendo o agente público responsável, primeiramente, primar pelo saneamento para visar o interesse público em casos de invalidação e suspensão do contrato e, não sendo o caso, dentre outros fatores, ponderar os seguintes aspectos: (i) impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; (ii) riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; (iii) motivação social e ambiental do contrato; (iv) custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; (v) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; (vi) despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; (vii) medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; (viii) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; (ix) fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; (x) custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato e; (xi) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

A análise do dispositivo legal deixa claro que mesmo uma contratação irregular pode ter sua execução preservada, vez que a presença de uma irregularidade contratual não impõe, necessariamente, a desconstituição do contrato. A evolução normativa é evidente. Abandona-se a ideia de desfazimento obrigatório dos contratos administrativos viciados, independentemente de análise do tipo ou consequência da irregularidade.

Reconhece-se ao gestor público a possibilidade de sanear o contrato ou, até mesmo, ponderando os interesses em jogo, tolerar a manutenção do ajuste ilegal, caso a providência seja a que melhor satisfaz o interesse público. Identifica-se, portanto, uma atenuação de rigorismos, especialmente formais, não vinculados à proteção efetiva de valores protegidos juridicamente. Afirma-se a tese de que a simples discordância entre a conduta concreta e um modelo normativo é insuficiente para configurar a nulidade se inexistir um efeito nocivo efetivo (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1544). O legislador estabelece a necessidade de reflexões acerca dos impactos sobre a realidade prática, fatores que devem ser considerados pelo gestor ao averiguar se a invalidação contratual se mostra benéfica ao interesse público. São arrolados uma série de critérios no texto legal, em rol meramente exemplificativo, que devem ser ponderados quando da tomada da decisão e envolvem a avaliação dos impactos, riscos envolvidos, custos diretos e indiretos, enfim, as consequências fáticas derivadas de uma possível suspensão ou invalidação contratual. Compete ao administrador público refletir acerca de todos esses fatores e fazer uma análise de proporcionalidade, de modo a verificar se a invalidação é a medida mais adequada e necessária para a satisfação do interesse público.

A nova legislação abraça esse regime mais elástico, deixando como marca um perceptível caráter pragmático e consequencialista. Considerando os efeitos nocivos que uma invalidação contratual pode acarretar para a sociedade, com paralisação de obras públicas ou interrupção no fornecimento de bens ou serviços, fica expressamente autorizada a continuidade de um contrato irregular a partir de um juízo motivado acerca das consequências de eventual decisão em sentido contrário. Ressalte-se, no entanto, que não se trata de um permissivo legal para violações indiscriminadas à legalidade administrativa. Apesar da possibilidade de se seguir com a execução contratual, quando a invalidação não atender o interesse público, a questão da irregularidade será tratada por meio de perdas e danos, da apuração das responsabilidades e aplicação de penalidades. Ou seja, a responsabilização *ipso facto* da invalidação constitui um dever a ser buscado *in casu*.

A referência a interesse público indica a possibilidade de serem sanados vícios sérios e graves, inclusive a nulidade absoluta, desde que essa seja a solução mais razoável e adequada em face do sistema jurídico. Deverá ser examinado se a decisão de invalidação será a mais vantajosa para os interesses fundamentais. Se invalidar o ato importar responsabilidade civil da Administração Pública de dimensões mais elevadas e sérias que a simples continuidade da contratação, parece que deverá prevalecer esta última opção, especialmente quando a cessação da execução propiciar riscos ao interesse da comunidade. Assim, a nova legislação traz segurança para o administrador (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1544).

Nesse sentido, é preciso assegurar a boa-fé e a proteção da confiança, de modo a proporcionar que o contrato continue a produzir efeitos. Tal medida contribui para dar segurança jurídica ao sistema e está assim disciplinada no art. 148, §2º da Lei 14.133/21: “Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez”.

Por fim, para além dos casos de irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, a Nova Lei de Licitações e Contratos também veicula hipóteses de invalidade relacionadas à fase de planejamento da contratação, quais sejam: ausência de caracterização adequada de seu objeto e ausência da indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação. Nesses casos, para além da nulidade do ato, há mandamento para responsabilização de quem lhe tiver dado causa (art. 150).

7 DO PROCEDIMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA

A palavra “procedimento” é utilizada em dois significados: no sentido de “procedimento administrativo”, que consiste numa cadeia ordenada de atos tendentes a um ato conclusivo; e no sentido de “procedimento de decisão administrativa”, consistente num conjunto de trâmites que devem ser seguidos pelo agente para obtenção do resultado final para edição do ato. O procedimento de decisão é determinado primeiramente na apuração dos fatos no mundo fenomênico, encontram-se descritos no suporte fático de alguma regra jurídica abstrata. Verificada a não incidência, deve o agente público, numa segunda etapa, verificar se os princípios incidem. A apuração do peso dos princípios incide na constatação da medida de exigência de cada um deles pelo método da ponderação de interesses.

A descoberta do princípio regeedor é prevista no sistema jurídico por duas importantes ferramentas: os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. O fim deve estar constitucionalmente previsto, sob pena de ser considerado um atentado ao postulado da supremacia da Constituição. Decorre de razoável do consenso social, na sua falta o sistema jurídico considera razoável a opinião do agente. A busca do consenso social deve pautar a apuração do peso de cada princípio para a decisão a que se destina.

A ponderação deve, entretanto, obedecer ao postulado de justiça. A boa administração pode ou não, a depender do caso concreto, eliminar a discricionariedade. O fundamental é perceber que o Direito impõe ao agente administrativo a execução da melhor medida. O procedimento de tomada de decisão não se confunde com o procedimento administrativo. É no processo administrativo que se define quais são os interesses relevantes para a ponderação administrativa.

Estimados os efeitos de eventual invalidação do contrato administrativo, o juízo de proporcionalidade pode conduzir o gestor público ao entendimento de que a medida mais adequada para o interesse público é, efetivamente, a invalidação do contrato. É provável que isso ocorra em situações marcadas por vícios graves, casos restritos, em que a invalidação se revele indispensável. Nessa hipótese, a previsão do caput do art. 148 da Lei 14.133/21 se pauta nas mesmas premissas estabelecidas na antiga lei de licitações. Ou seja, o reconhecimento da nulidade produzirá efeitos retroativos, de modo a impedir a produção de efeitos jurídicos pelo contrato, bem como desconstituindo aqueles já produzidos.

Ocorre que, muitas vezes, em razão do momento em que se dá a decisão de invalidação, já não é possível o desfazimento, situação em que a nova lei prevê a resolução por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades cabíveis.

Em complemento, o artigo 149 mantém a previsão de que a Administração deve indenizar o contratado pelo que já tiver sido executado na data da invalidação, bem como por outros prejuízos comprovados, desde que não lhe sejam imputáveis. O princípio por trás do dispositivo é a vedação do enriquecimento sem causa. Se um particular celebrou, de boa-fé, contrato com a Administração e, posteriormente, este é invalidado sem que o particular tenha contribuído para esse resultado, faz jus à indenização.

Em importante avanço, passa a ser permitida a modulação dos efeitos da decisão de invalidação do contrato, visando evitar a paralisação da atividade administrativa. Dessa forma, já não é obrigatória a produção de efeitos *ex tunc*. Constatada a necessidade da verificação da invalidade, a rigor, deve o agente público analisar a situação em procedimento apartado ou mesmo nos autos do próprio procedimento, como no caso da execução contratual. Conforme exposto, à vista de atender o interesse público, além dos aspectos legais, diante de aspectos da invalidade do procedimento licitatório ou no contrato administrativo, deve o agente público verificar situações ora ressaltadas pela doutrina, como a estabilização do vício e a possibilidade de convalidação, retificação ou esclarecimento, redução ou reforma ou mesmo a conversão dos atos administrativos.

8 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a mudança legislativa é de extrema relevância, em especial sob os aspectos da segurança jurídica, cujo marco inicial se deu pela edição da LINDB até o novo arcabouço de compras públicas lançado pela Lei 14.133/21. Nesse sentido, ganha destaque a mudança nos procedimentos de invalidação, rejeitando a concepção tradicional, como nos casos previstos no artigo 49 e 59, ambos da Lei Federal 8.666/93, os quais exigem a pronúncia da nulidade da licitação e do contrato por parte do gestor público quando constatada a existência de uma ilegalidade, sendo que a nova legislação prioriza a dinâmica de sobrepor o conteúdo sobre a forma.

Segundo a concepção formalista ou legalista acerca das nulidades na esfera administrativa, quaisquer atos e contratos ilegais levariam inevitavelmente a uma única possibilidade: a anulação. Ocorre que, em algumas situações, a invalidação ou a paralisação da execução contratual não constitui a melhor opção para o atendimento do interesse público. Assim, a doutrina desenvolveu diversas teorias concretistas do Direito que pugnam pela aferição das circunstâncias concretas para aplicação dos comandos legais. Dentre elas, a mais aceita foi a teoria da ponderação, desenvolvida por Robert Alexy, segundo a qual, tanto na elaboração quanto na aplicação de normas, é imprescindível proceder à apuração de valores contrapostos, de forma a perquirir qual decisão melhor se adequa ao interesse público no caso concreto. Essa teoria é encontrada nas ponderações levantadas tanto na LINDB como na Nova Lei de Licitações. Privilegiou-se a busca do interesse público como norte para o saneamento de aspectos que se apresentam inválidos. Por fim, para além do saneamento previsto na legislação, as ferramentas doutrinárias expostas por Celso Antônio Bandeira de Mello e Ricardo Marcondes Martins são relevantes para a identificação dos atos administrativos inválidos, ou mesmo para sua correção.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Trad. José Antonio Seone; Eduardo Roberto Soderó; Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Data de publicação do enunciado: DJ de 10-12-1969. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2010/Lei/L12376.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. ed., 7 reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FRAGOLA, Umberto. **Gli Atti Amministrativi**. 2. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1984.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La suguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de Direito Administrativo**. Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. Revogação e anulação de ato administrativo. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 75, p. 31-35, 1964. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25736>. Acesso em: 16 jun. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, Atos administrativos.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula 473: é hora de dizer adeus. **Jota Info**, Publicistas, 01/10/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sumula-473-e-hora-de-dizer-adeus-01102019?non-beta=1>. Acesso em: 19 jun. 2024.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetro ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Atenas: Sirey, 1954.