

A EVOLUÇÃO DO REGIME DE NULIDADES NA LEI Nº 14.133/2021

Hamilton Bonatto

Procurador do Estado do Paraná, mestre em Planejamento e Governança, especialista em Direito Constitucional, em Advocacia Pública e em Ética e Educação, engenheiro civil e licenciado em Matemática Plena.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução do regime de nulidades nas licitações e contratos, comparando a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1999, com a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Ele parte da análise de como a Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB) trata da decretação da invalidação para, então, examinar a suspensão e declaração de nulidade na Lei nº 14.133/2021. Verifica como a nova Lei de Licitações e Contratos permite, diante de uma irregularidade, que se dê continuidade ao contrato, de forma que o interesse público seja atendido para que as consequências da decisão proporcionem um melhor resultado à sociedade. Para isso, discute a possibilidade de saneamento para a continuidade de um contrato nulo e de modulação dos efeitos quando reconhecida a nulidade. Ao final, estuda sobre a necessidade de pagamento ao particular em caso de nulidade.

*As pessoas têm medo das mudanças.
Eu tenho medo que as coisas nunca mudem.*

Chico Buarque

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ao entrar no ordenamento jurídico brasileiro, inovou ao apresentar diversos institutos até então desconhecidos; herdou institutos recentemente inaugurados na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais); e inspirou-se em várias decisões do Tribunal de Contas da União e em instruções normativas da União para estabelecer práticas procedimentais. Entre muitas outras novidades, elencou quase três dezenas de princípios a serem perseguidos para a efetivação de licitações e contratações públicas; deu ênfase à necessidade de planejamento das contratações, com a indicação de elaboração de Planos Anuais de Contratações pelos órgãos e entidades contratantes; “digitalizou” as licitações e contratações, superando a fase “analógica”; alterou e criou modalidades licitatórias; criou o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para dar maior transparência e ampliar a possibilidade de controle social; inovou com diferentes modos de disputa e de critérios de julgamento; inspirou-se na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) para estabelecer que a fase de julgamento antecede a de habilitação; previu os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias; e ampliou, em relação à Lei nº 8.666/1993, de quatro para sete os regimes de execução.

Das muitas inovações reveladas pela Lei nº 14.133/2021, deve ser destacada a alteração profunda no regime de nulidades nas licitações e contratações públicas. Ao tratar das nulidades, o novel diploma legal trouxe o consequencialismo como baliza para as tomadas de decisões.

Na prática, percorrendo o caminho da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a atenção normativa em relação às consequências práticas da tomada de decisão é permanente e constante. O *consequencialismo*, adotado no perfil da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), deixa claro que o tomador de decisões, em cenários delicados, como sói ocorrer nas contratações públicas, deve considerar as consequências da sua decisão e, para além, deve expor o caminho perseguido em seu tirocínio para chegar à percepção

sobre tais implicações, elegendo, entre as opções possíveis, a que lhe pareceu adequada ao caso em concreto. (Carvalho, 2023)

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ou Decreto-Lei nº 4.657/1942, com as alterações efetuadas pela Lei nº 13.866/2018, positivou definitivamente o consequencialismo, de modo a exigir que as decisões não sejam tomadas com os olhares voltados apenas para o passado, mas que se tenha uma visão das consequências futuras que resultarão das decisões. Essa evolução legislativa consolidou o que já vinha há algum tempo se discutindo, e, cada vez com mais frequência, acontecendo na prática.

Como é amplo e crescente o grau de indeterminação das normas, em especial as de direito público, é preciso impedir que as autoridades, ao delas extraírem consequências concretas – criando direitos, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, o façam de modo superficial. É possível combater a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre questões jurídico-políticas pela adoção do paradigma de que as autoridades não podem tomar decisões desconectadas do mundo real; de que elas têm o dever de medir consequências, de considerar alternativas, de analisar a necessidade e a adequação das soluções cogitadas, de pesar os obstáculos e circunstâncias da vida prática etc. Além disso, em nome da segurança jurídica, é preciso impedir que, por via de simples interpretação de normas totalmente indeterminadas, as autoridades públicas instituem, sem um regime adequado de transição, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, modificando situações jurídicas com efeitos em relação ao passado (Sundfeld e Marques Neto, 2013, p. 277-285).

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, coerente com o ordenamento jurídico nacional, reforçou o consequencialismo ao elencar entre os princípios que devem ser observados na sua aplicação, entre tantos outros, as disposições da LINDB.

A partir da vigência da nova LINDB, até mesmo o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal (STF), na Súmula 473, acabou sendo posto em xeque. Isso porque os princípios da legalidade e do formalismo, por expressa determinação legal, passaram a ser necessariamente objeto de ponderação com os demais princípios constitucionais, dentre os quais o princípio da segurança jurídica, a fim de se chegar a soluções mais consentâneas com os valores consagrados na Constituição Federal. (Carvalho e Rocha, 2023, p. 285)

Para melhor se compreender a evolução jurídica de que trata este artigo, faz-se necessário, antes, verificar qual o tratamento dado pela Lei nº 8.666/1993 a respeito do regime de nulidades.

2. O REGIME DE NULIDADES NA LEI Nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993 tem três aspectos que precisam ser enfatizados: o primeiro diz respeito ao dever de anulação; o segundo, à premissa de que a nulidade do edital induz à do contrato; e, finalmente o terceiro, que trata da retroatividade da declaração de nulidade.

Tradicionalmente, o regime jurídico da Lei 8.666/1999 era extremamente formalista, com pouco espaço para saneamento de falhas formais. Ainda que fosse possível admitir o saneamento em situações que não gerassem prejuízos ao interesse público ou aos direitos dos licitantes, o fato é que a Lei de Licitações basicamente não tratava da sanatória ou convalidação de atos irregulares. (Oliveira, 2021, p. 239)

É preciso analisar como se dá o dever de anulação na Lei nº 8.666/1999, para, assim, compreender como e qual foi a evolução das nulidades trazida pela Lei nº 14.133/2021.

2.1. O dever de anulação, a indução à nulidade do contrato e a retroatividade da declaração de nulidade na Lei nº 8.666/1993

Conforme o artigo 49 da Lei nº 8.666/1993, a anulação de uma licitação considerada ilegal é uma imposição, podendo ser feita por ofício ou por provocação de terceiros:

Art. 49 - A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e

devidamente fundamentado.

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

O legislador deixou poucas opções à autoridade competente. Diante de uma licitação ilegal, deve anulá-la, e, uma vez anulada a licitação, induzir, automaticamente, à anulação do contrato, independentemente das consequências socioeconômicas, socioambientais, socioculturais ou sociopolíticas. E o efeito da nulidade se dá, com base na Lei nº 8.666/1993, *ex tunc*, isto é, retroativamente:

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.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Como se observa, na Lei nº 8.666/1993 não há o interesse do legislador em sanear o processo licitatório – e também não, como consequência, o contrato –, de modo a proporcionar um maior alcance do interesse público prevalecente. A realidade mostrou que a concepção formalista e legalista da Lei nº 8.666/1993 contribuiu em muito para que os contratos administrativos não cheguem ao seu termo. As consequências práticas são, de acordo com aquela legislação, desimportantes em relação à sua interpretação literal.

A Lei nº 8.666/1999, herança da doutrina formalista de Hely Lopes Meirelles, não diferencia atos nulos de anuláveis, e considera que, diante de fato irregular contrário à norma cogente, surge o dever de fulminá-lo, independentemente das suas consequências práticas.

É com esse pensamento que se construiu a Lei nº 8.666/1999. Muitos resultados negativos poderiam ser evitados: bens que deixaram de ser entregues poderiam chegar aos destinos previstos; serviços que deixaram de ser completados poderiam ser feitos nas suas completudes; obras que foram paralisadas poderiam ter sido recebidas provisória e definitivamente. Porém,

a concretização do interesse público primário visado pela contratação não tem, de acordo com a Lei nº 8.666/1999, a mesma importância do formalismo.

No entanto, de degrau em degrau, de passo a passo, essa visão vem se transformando, destacando-se a alteração, já mencionada, provocada pela Lei nº 13.655/2018 e pelo Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), até chegar na Lei nº 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos).

Há diversos precedentes na jurisprudência do TCU, entretanto, que revelam que a concepção adotada pela lei 14.133/2021 segue a sua orientação, que há muito tempo já admitia o saneamento de falhas formais e irrelevantes sob a égide da Lei Federal nº 8.666/93, caminhando, mais hodiernamente, para a manutenção da licitações e dos seus consequentes contratos maculados de ilegalidades supostamente insanáveis, quando avaliadas as vantagens e desvantagens de proclamar a nulidade de uma contratação em plena execução. (Fecuri e Leardini, 2022)

A compreensão dessa evolução e sua concretização no ordenamento jurídico brasileiro passa, necessariamente, pela análise de como está prevista a decretação da invalidação na LINDB.

2.2. A decretação da invalidação na LINDB

Sobre a superação da necessidade de invalidação de todo ato nulo, Ronny Charles Torres Lopes assim comenta, demonstrando a importância do conceito de juricidade, em confronto com o de legalidade:

O desenvolvimento das atividades administrativas, em sua compleição democrática, exige a superação da conservadora percepção de que o dever de invalidação do ato administrativo seria um imperativo absoluto, decorrente do descumprimento de alguma regra geral, em virtude das amarras estabelecidas pelo princípio da legalidade. A juricidade se apresenta como um conceito maior, que extrapola a ideia tradicional de legalidade estrita, segundo a qual o administrador fica vinculado à função de mero executor da regra apresentada pelo legislador, superando, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, a ideia restritiva de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por

aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. Como já repisamos outrora, a juridicidade vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento para a satisfação das diretrizes apresentadas por ele. No caos em que essa solução se justifica, a superação do dilema decorrente da retardatária identificação da suscitada irregularidade formal pela utilização dos princípios jurídicos envolvidos, permite o uso da técnica de “ponderação de interesses”, a qual, além de solucionar colisões, mantém a normatividade das normas jurídicas, evitado a sua exclusão do ordenamento jurídico. (Torres, 2021, p. 741)

Para tratar das nulidades na Lei nº 14.133/2021, como já mencionado, é preciso conhecer, antes, como o tema foi tratado na LINDB. A LINDB exige condições para a decretação da invalidade de licitações, contratos e instrumentos congêneres, e, ainda, exige que o ato decisório exponha condições para que o ato a ser decretado inválido seja regularizado:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Mas não é só. O consequencialismo aparece nitidamente no artigo 22 da LINDB, quando prevê que, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Como bem diagnosticado por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, o pragmatismo jurídico, nada obstante suas variações, apresenta, ao menos, três características básicas: (i) o *antifundacionalismo*, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o *contextualismo*, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o *consequencialismo*, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado). O

artigo 23 da LINDB explicita que [a] decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (Marques Neto e Freitas, 2018)

Como se observa, com a LINDB houve uma conversão no que diz respeito à decretação de invalidade de um ato nulo, de modo que devem ser observadas as consequências que resultam da invalidação.

3. O REGIME DE NULIDADES NA LEI Nº 14.133/2021

A Lei nº 14.133/2021 optou francamente pela consensualidade na resolução de irregularidades apontadas nos procedimentos licitatórios e nas contratações.

A consagração da consensualidade (especialmente na figura do ajustamento de condutas), o pragmatismo e a musculatura cada vez mais pujante dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica contribuíram para essa evolução de forma relevante, isso porque o olhar sobre as inconformidades passou a se pautar não pela repulsa inexorável, mas pela busca de uma solução que melhor endereçasse o interesse público, abrindo-se alternativas à decretação de nulidade, dado que essa nem sempre é a via que melhor o salvaguarda. A NLLCA reflete o percurso já realizado, deixando no formal campo das licitações e contratos a imperiosidade de se avaliarem as consequências possíveis advindas das diversas decisões que podem ser adotadas. O artigo 20 da LINDB reclama o dever de considerar as consequências práticas da decisão, dado aqui igualmente presente, ainda que nas entrelinhas. E a ele se acopla o artigo 21 da mesma lei, que, enfrentando especificamente o tema da invalidação, impõe, de modo expresso, a indicação de suas consequências jurídicas e administrativas. (Avelar e Fortini, 2022. p. 446)

A Lei nº 14.133/2021, assim se verifica, tem na LINDB uma nítida inspiração no sentido de que seja sempre buscada uma solução diante de uma irregularidade, de forma que o interes-

se público seja atendido para que as consequências da decisão proporcionem um melhor resultado à sociedade.

3.1. A possibilidade de saneamento da irregularidade para a continuidade de um contrato nulo

A Lei nº 14.133/2021, ao contrário do prescrito na Lei nº 8.666/2023, tem uma evidente preocupação com o resultado das licitações e contratações públicas, no sentido de atender ao interesse público primário perseguido, de forma que busca, em primeiro lugar, verificar as possibilidades de saneamento dos procedimentos, para, somente se isso não for possível, declarar as suas nulidades.

A pretensão da Lei nº 14.133/2021, o que é revelado no seu artigo 147, é que, diante do caso concreto, constatando irregularidades no procedimento da licitação ou do contrato, o agente público, ao tomar as decisões sobre uma possível suspensão da execução contratual ou declaração da nulidade do contrato, deverá buscar formas de sanear o procedimento e dar seguimento ao contrato com o propósito de atingir o interesse público almejado. Assim, tanto a suspensão do contrato como a sua declaração de nulidade só devem ser adotadas nos casos em que se mostrem imprescindíveis e inafastáveis para o caso concreto.

O atraso na fruição dos benefícios almejados com a contratação do objeto tende a trazer efeitos econômicos e financeiros não desejados, o que obriga a Administração a avaliar esses impactos, os quais, a depender do objeto a ser contratado, podem trazer prejuízos vultuosos ao contratante. As consequências práticas devem ser sopesadas para a tomada de decisão.

Essa avaliação pode proporcionar, no caso da paralisação de uma obra pública, por exemplo, a redução dos efeitos sobre a geração de emprego em determinada localidade. Antes da tomada de decisão de uma paralisação, faz-se necessário que se visualizem quais os seus efeitos negativos sobre a economia, as finanças e os prejuízos para a sociedade pelo fato de não ser entregue determinada política pública. Esse sopesamento

entre o direito e o fato é fundamental para verificar o interesse público a ser atingido.

Para exarar uma decisão relativa à revisão da execução ou declaração de nulidade do contrato, os riscos sociais devem ser avaliados, isto é, até que ponto a sociedade será atingida se essas providências forem tomadas, bem como se a paralisação da execução contratual poderá trazer impactos que possam causar danos ambientais ou, ainda, atrasar a implantação de política pública dependente do objeto contratado.

Antes de tomar uma decisão, deve ser verificada qual a motivação social e ambiental do contrato. Sua suspensão ou declaração de nulidade deve levar em conta que a continuidade deve trazer benefícios ao meio ambiente ou ser importante para a promoção de políticas públicas de conotação social.

Para que seja suspenso ou declarado nulo um contrato, deve ser observada a possibilidade de que o objeto, em função da paralisação da sua execução, se deteriore, podendo ser perdidas as parcelas já executadas. No caso de uma obra pública, em quase cem por cento dos casos a sua paralisação leva a esses prejuízos, tendo em vista que a retomada de uma obra paralisada sempre provoca, para sua execução, custos superiores àquele contratado originalmente. Mesmo diante de uma irregularidade, deve ser analisado se a continuidade do contrato por aquele que cometeu a irregularidade atende ou não o interesse público, o que não significa que não possa haver um processo administrativo para a apuração de responsabilidade, com punição, se for o caso, do contratado.

A expressa permissão ao poder público de optar pela continuidade dos contratos – responsabilizando, obviamente, os particulares que derem causa às irregularidades – representa um verdadeiro destrave jurídico à situação das obras paralisadas, que nem chegarão a parar, de acordo com a redação do artigo 146 da Lei nº 14.133/21. Não se trata, portanto, de chancela inconsequente às ilegalidades cometidas no bojo de processos licitatórios ou da execução contratual, eis que a responsabilização e aplicação de penalidades aos particulares, bem como a imposição do dever de indenizar por perdas e danos, são pressupostos para a continuidade dos contratos. (Souza, 2021)

A paralisação da execução contratual gera, muitas vezes, a necessidade de preservação das instalações e dos serviços já

executados. Isso gera despesas originalmente não previstas, tais quais as de vigilância e de proteção física do bem, no sentido de promover a conservação no estado em que foi paralisado. Some-se, ainda, que, cada vez que o objeto deixa de ser executado, há a necessidade de desmobilização de pessoas e equipamentos, aumentando, para a retomada, os custos para nova mobilização e para o retorno às atividades contratadas.

Quando detectadas irregularidades na execução do contrato – e, uma vez observadas, quando forem adotadas atitudes do contratante na busca de eliminar tais vícios no sentido de saná-las –, é necessário que sejam levados em conta tais procedimentos, verificando-se, com isso, se não se consegue chegar ao resultado inicialmente almejado, de tal modo que não se torne conveniente e oportuno qualquer ato que venha a suspender ou anular o contrato.

A análise do custo total e do estágio em que se encontra a execução física do objeto contratado, bem como o dispêndio financeiro para se chegar até essa fase contratual ou convencional, são aspectos que devem ser considerados para a decisão de suspender ou declarar nulo o contrato.

Sobre o aspecto social do trabalho, é importante que o tomador de decisão não se detenha em olhar somente para o indício de irregularidade. Ele deve ter uma visão sistêmica, no sentido de vislumbrar que a suspensão e/ou anulação do contrato pode levar ao desemprego de trabalhadores que atuam diretamente naquele contrato ou o fazem de forma indireta. É evidente que a paralisação de um contrato acarreta de imediato a supressão de postos de trabalho. A ponderação entre uma decisão extrema em desfavor da continuidade do contrato e a afetação no mundo do trabalho se faz necessária. Desde o momento de identificar a necessidade até a homologação, toda licitação tem um custo, assim como a celebração do contrato. Esse custo deve ser avaliado para a tomada de decisão de suspender o contrato ou declarar a sua nulidade.

Finalmente, a lei trouxe a preocupação com o custo de oportunidade de capital, isto é, o “custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada”:

[...] Custo de oportunidade é o grau de sacrifício que se faz ao optar pela produção [aquisição ou contratação] de um bem, em termos da produção [aquisição ou contratação] alternativa sacrificada. O custo de oportunidade ou custo implícito, haja vista que não implica dispêndio monetário direto, almeja mostrar que dada a escassez de recursos, tudo tem um custo em economia, mesmo não envolvendo dispêndio financeiro, ou seja, o custo da escolha. (Vasconcellos, 2002)

Todos esses requisitos deixam claro que o responsável por uma decisão deve, pelos meios legais, buscar o saneamento da irregularidade antes de tomar qualquer decisão de suspensão contratual ou a decisão extrema de declaração de nulidade. É fundamental observar o fim, o interesse público primário envolvido, o problema a ser solucionado pela contratação e suas consequências para a sociedade, de forma que não sejam apenas levados em conta os meios utilizados pelo contratado.

O parágrafo único do artigo 147 da Lei nº 14.133/2021 revela a possibilidade de se dar continuidade a um contrato nulo, ao estabelecer que, “caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.”

3.2. A modulação dos efeitos quando reconhecida a nulidade

Percebe-se que o legislador da Lei nº 14.133/2021 entendeu, em consonância com a LINDB, que a decisão de suspender ou declarar nulo um contrato administrativo nem sempre se mostra a melhor opção para o atendimento do interesse público primário. Em muitas das vezes, a solução para um indício de irregularidade por meios menos drásticos é menos danosa. Por essa razão, a lei trouxe a alternativa de modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade nas licitações e contratos administrativos, podendo, inclusive, incidir a previsão do § 1º do artigo 148: “Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por per-

das e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis”. Porém, destaque-se o § 2º do mesmo artigo, que permite que os efeitos da decisão sejam modulados: “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 seis meses, prorrogável uma única vez”.

A ideia é que a suspensão ou a declaração de nulidade não seja contrária ao interesse público envolvido, de modo que se possa optar por uma alternativa proporcional e razoável, que não essas, a exemplo de modular os efeitos da decisão, de forma a ser mantido o contrato.

Essa lógica foi transportada ao § 2º do artigo 148 da Lei nº 14.133/21. O legislador entendeu que, em certos casos, a *continuidade da atividade administrativa* possui mais densidade jurídica, ou seja, em um juízo de valor de ponderação, era mais benéfico manter o contrato do que decretar a sua nulidade. Nesse caso, o gestor poderá decidir que o *vício jurídico só tenha eficácia em momento futuro*, modulando seus efeitos o *suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até seis meses, prorrogável uma única vez*. E veja que o legislador tomou o cuidado de estabelecer limites objetivos para permitir a manutenção de um contrato nulo. Essa opção é bastante condizente com a segurança jurídica e com o primado da *proporcionalidade*. (Hainen, 2021, p. 737)

A possibilidade da modulação dos efeitos, em que pese ser recente, não é novidade na doutrina e na jurisprudência pátria:

A aceitação da ideia e a previsão legal da modulação dos efeitos da declaração de nulidade na seara administrativa é relativamente recente. No âmbito constitucional, ela foi positivada no Brasil há mais de 20 anos. Essa ideia traduz a preocupação com a segurança jurídica dos administrados. A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 27 estabelece que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Na sequência, foi publicada a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ar-

guição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Desta, constou a previsão da referida modulação, no artigo 11. Na mesma linha, a Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências). Esta contempla a modulação dos efeitos ao estabelecer no artigo 4º que o efeito vinculante da súmula só tenha eficácia a partir de outro momento, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, permitindo, ainda, que o efeito vinculante possa ser restringido. O posicionamento adotado pelo legislador acerca da modulação dos efeitos no âmbito constitucional decorreu de anteriores posicionamentos da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal, a exemplo da decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 79.343-BA, na qual o ministro Leitão de Abreu em seu voto assim sustentou: “Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o ‘Corpus Juris Secundum’, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão que decreta a inconstitucionalidade pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”. (Biazon *et al*, 2023)

O artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999 estabeleceu: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Ao Supremo Tribunal Federal foi dada a possibilidade de, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, restringir os efeitos retroativos da decisão à data do julgamento ou para o futuro, visando, assim, a proteger a segurança jurídica, os direitos fundamentais ou outros valores constitucionais que devam ser preservados (ação direta de inconstitucionalidade [ADI] 2154 e

ADI 2258).

No que diz respeito ao aspecto temporal, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 prevê que o Supremo Tribunal Federal terá a opção de declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade ex nunc). Poderá, ainda, declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro). Nessa hipótese, por motivo de segurança jurídica ou de interesse social, a lei continuará sendo aplicada por um determinado prazo, a ser determinado pelo próprio Tribunal. (STF, 2023)

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, já se valeu da possibilidade de modulação dos efeitos de sua decisão, a exemplo do Acórdão 2.819/2011, desde que estivessem presentes: a) justificativa quanto à pertinência da compensação; b) manutenção das características fundamentais estabelecidas no projeto básico; c) iminente risco de paralisação de obras e ocorrência de prejuízos econômicos e sociais; d) possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera jurisprudência consolidada, conforme previsão da Lei nº 9.784/1999, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação consoante artigo 2º, XIII; e e) violação ao princípio da segurança jurídica.

A Resolução nº 316/2020, do Tribunal de Contas da União, que “dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU nº 265, de 9 de dezembro de 2014”, dá a nítida noção da visão daquela Corte de Contas sobre a necessidade de que suas decisões sejam tratadas com vistas às consequências que delas advêm:

No caso do controle externo da Administração Pública, e especificamente quanto à atuação do Tribunal de Contas da União, a edição da Resolução nº 315/2020 representou uma orientação cogente aos servidores e julgadores que integram a Corte de Contas a avaliar objetivamente as circunstâncias de cada caso concreto, com a formulação de propostas adequadas à solução de irregularidades, sem a prescrição de medidas desnecessárias e sem limitar a discricionariedade do gestor público. A Resolução prevê ainda as possibilidades de atuação do controle externo diante da antevisão de oportunidades de melhorias, sempre considerando as opções que acarretem uma melhor relação de custo-benefício ou simplificação de processos de trabalho. Finalmen-

te, a norma interna do TCU, objetivando privilegiar a solução dos casos, fixa a construção conjunta de soluções, levando o controle externo a considerar as razões do gestor fundadas na sua realidade de atuação, evitando dessa maneira que as decisões do Tribunal contenham medidas de caráter genérico. Com essas razões, é forçoso concluir que o TCU passou a conduzir formalmente sua atuação por um viés consequencialista. Com isso, espera-se não apenas uma solução mais efetiva dos processos sob sua análise, mas também uma racionalização dos recursos à disposição da Corte de Contas, com uma atuação mais precisa e direcionada aos casos que realmente demandem um esforço de trabalho mais concentrado por parte do controle externo. (Camilo, 2023, p. 43-44).

Como se afigurou, tem sido alvo de preocupação da jurisprudência e da doutrina brasileira a necessidade de se fazer uma ponderação entre a decisão de suspender ou declarar a nulidade do contrato com a de manter a sua continuidade para o atendimento do interesse público primário, de modo que não traga prejuízos maiores para a sociedade.

A possibilidade de modulação temporal dos efeitos prevista na Lei nº 14.133/2021, ao superar a legislação anterior e ir ao encontro do que prevê a LINDB, preocupando-se com o interesse público primário, tende a atingir resultados mais alvissareiros nas licitações e contratações públicas.

3.3. A possibilidade de pagamento ao particular em caso de nulidade

É importante destacar que a lei previu que o contratante não pode enriquecer a custo do contratado se este não agiu de má-fé. Em seu artigo 149, está disposto: “A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa”. Assim, cabe ao contratante, diante da boa-fé do contratado, reconhecer a dívida e indenizá-lo naquilo que já foi executado até o momento da declaração de nulidade, além de arcar com outros eventuais prejuízos demonstrados nos autos.

Nos casos em que a irregularidade detectada tenha sido fru-

to de erros causados pelo próprio contratado, não há que se falar em indenização. Não pode ele se beneficiar das próprias falhas. O que não implica, frise-se, que ele deixará de perceber o que efetivamente executou e fez de forma correta, conforme previam o contrato e os elementos técnicos instrutores que acompanharam a contratação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as tantas inovações constantes da Lei nº 14.133/2021 a serem debatidas, este trabalho destacou a importante alteração ocorrida no regime de nulidades. Na Lei nº 8.666/1999, a regra é a invalidade diante de uma ilegalidade, induzindo, com isso, automaticamente, à anulação do contrato, independentemente das consequências socioeconômicas, socioambientais, socioculturais ou sociopolíticas.

Com a alteração da LINDB, passou-se a exigir condições para a decretação da invalidade das licitações, contratos e instrumentos congêneres, e, ainda, exigir-se que o ato decisório exponha condições para que o ato a ser decretado inválido seja regularizado.

Nesse diapasão, a Lei nº 14.133/2021, inspirada pela LINDB e a internalizando explicitamente no artigo 5º, visa a encontrar solução diante de uma irregularidade, de forma que o interesse público seja atendido e as consequências da decisão proporcionem um melhor resultado à sociedade.

Desse modo, abriu-se a possibilidade de saneamento da irregularidade para a continuidade de um contrato nulo, sendo que, quando a decisão de suspender ou declarar a invalidação de um contrato administrativo não se mostra a melhor opção para o atendimento do interesse público primário, a lei ofereceu como alternativa a modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade nas licitações e contratos administrativos. Ainda, como não poderia deixar de prever, deixou explícito que a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que

for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

O regime das nulidades superou, portanto, a doutrina formalista defensora da tese segundo a qual, desde que constatada uma irregularidade, independentemente de se tratar de caso de anulação ou nulidade, o ato deve ser nulificado. A evolução trazida pela Lei nº 14.133/2021 permite que o decisor enxergue as consequências que advirão de suas decisões, ponderando entre a suspensão ou a declaração de nulidade e os potenciais resultados à sociedade.

Conclui-se que, com essa verdadeira conversão causada pela Lei nº 14.133/2021, a tendência é que o beneficiário pelo interesse público primário seja o grande favorecido, tendo em vista que, mesmo diante de uma irregularidade, bens serão entregues mais frequentemente, serviços serão executados e as obras e serviços de engenharia, concluídos, sem que com isso deixem de ser realizados procedimentos administrativos para a apuração de responsabilidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELAR, Maria Magalhães; FORTINI, Cristiana. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BIAZON, Everson da Silva; BONATTO, Vivian Aparecida C. Chuchene; BRITTO, Jeane Andreane P. de Medeiros de. **A modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade nas licitações e contratos administrativos na nova lei de licitações**. Belo Horizonte: Forum, 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20/6/2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 25/6/2023.

SUNDFELD, Carlos Ari, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

TORRES, Ronny Charles Lopes. **Lei de licitações públicas comentada** São Paulo: Ed. Juspodium, 2021.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. São Paulo: Atlas, 2002.