

NULIDADES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (ANTES 'NUNC' DO QUE 'TUNC')

BELO HORIZONTE,
07 de novembro de 2023

Prof. Luciano Ferraz
(UFMG/PUC-Minas)

“Administrar é essencialmente tomar decisões” (Herbert Simon)

Panorama da Administração Pública

- Contraste com a visão brasileira: “administrar é aplicar a lei de ofício”.
 - OBS: “separação forte entre “ser” e “dever ser” jurídicos
- Administrar bem é seguir as pautas e os procedimentos traçados pela lei?
- A situação fática não importa?
- O ato administrativo que possui vício deve ser sempre anulado?
- A anulação do ato administrativo produz efeitos ex tunc?
- É possível que o ato nulo produza algum efeito?
- Declarar a nulidade do ato é sempre preservar os interesse da Administração Pública?

Visão tradicional do tema

- Súmula 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.
- Súmula 473 do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."
- Art. 114, da Lei 8.112/90. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.

Caso da viúva de Berlim

O caso era o seguinte: a demandante era viúva de um funcionário público, que se mudou da República Democrática Alemã para Berlim-Leste depois de lhe haverem prometido, por ato administrativo, a concessão de uma pensão. Um ano depois, a autoridade desfez o ato e suspendeu os pagamentos, sob a alegação de ausência de requisitos próprios. A jurisprudência até então, com base no princípio da legalidade, orientava-se nesse sentido. O Tribunal de Berlim decidiu, todavia, em favor da demandante, com fundamento no princípio da proteção à confiança (segurança jurídica), uma vez que ela confiou na existência do ato administrativo e alterou os rumos de sua vida. No caso concreto, a confiança legítima haveria de preponderar sobre a legalidade. O Tribunal Administrativo Federal confirmou a sentença do Tribunal de Berlim (BVerwGE 9, 251), passando a admitir desde então que a questão do desfazimento de atos administrativos ampliativos de direito é dominada por dois princípios, por um lado a legalidade (que predica em favor da retratação do ato), e, de outro, a proteção à confiança, que milita em favor da manutenção do ato beneficente. Como ambos os princípios requerem validade, mas estão em conflito um com o outro, devem, segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, ser ponderados, no caso particular, para verificar de qual deles deve ser a primazia. E nesse cenário são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, a preservação ou a retratação limitada objetiva ou temporalmente (MAURER, Harmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 70-71).

Pano de fundo teórico das alterações na LINDB

- Uma pitada de **deferência e consequencialismo** ao Direito Público Brasileiro
 - **Doutrina Chevron (EUA)**: princípio da deferência [USA, Inc. v. NRDC (467 U.S. 837 (1984]): retomada e revalorização da presunção de legalidade dos atos administrativos: “**se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei, negando a deferência; existindo ambiguidade, o papel do Tribunal se basta em verificar se a interpretação dada pela agência foi razoável (reasonable).**”
 - **Neil Maccormick (Escócia)**: derrotabilidade das regras (STJ – REsp 950.489/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX).
 - **Georg Jellinek (Alemanha)**: força normativa dos fatos (STF – ADI 2240, Relator p/ Ac. Gilmar Mendes).
- Princípios fundamentais na nova LINDB: segurança jurídica, eficiência e consensualidade.

Alterações da LINDB – Lei 13.655/2018

- “Art. 22. 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.
- § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Alterações da LINDB – Lei 13.655/2018

- “Art. 23. 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.

Alterações da LINDB – Lei 13.655/2018

- Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

A evolução das lei de licitações e
contratos administrativos no
Brasil na teoria das nulidades

Decreto-lei 2.300/86, com alterações do Decreto-lei 2.348/87

- Art. 39. A Administração poderá revogar a licitação por interesse público, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou mediante provocação de terceiros. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)
- § 1º A anulação do procedimento licitatório, por motivo de ilegalidade, não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 49. (Incluído pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)
- § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato. (Incluído pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)
- Art. 49. 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, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

Lei 8.666/93

- 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.
- § 2o A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
- § 3o No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Lei Federal 9.784/99

- Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.
- Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
- § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.
- § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.
- Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Lei Estadual 14.184/02

- Art. 64 – A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.
- Art. 65 – O dever da administração de anular ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em cinco anos contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé.
- § 1º – Considera-se exercido o dever de anular ato sempre que a Administração adotar medida que importe discordância dele.
- § 2º – No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência será contado da percepção do primeiro pagamento.
- Art. 66 – Na hipótese de a decisão não acarretar lesão do interesse público nem prejuízo para terceiros, os atos que apresentarem defeito sanável serão convalidados pela Administração.

Tribunal de Contas da União

- “[A] Administração pode, por razões de interesse público, não declarar a nulidade de ato ilegal verificado na formalização do contrato ou no certamente licitatório que o precedeu, quando tal medida puder causar prejuízo maior do que a manutenção do ato viciado” (Acórdão 2075/2021-TCU-Plenário, Raimundo Carreiro)

Lei 14.133/21

- Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:
 - I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
 - II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
 - III - motivação social e ambiental do contrato;
 - IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
 - V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

Lei 14.133/21

- 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;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.
- Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Lei 14.133/21

- Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.
- § 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.
- § 2º 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.

Lei 14.133/21

- Art. 149. 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.
- Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Nulidades na nova lei de
licitações “antes nunc do que
tunc”

Luciano Ferraz

OBRIGADO

contato@lucianoferraz.com.br