

## BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO

### NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Bruno Werneck, Mario Saadi, Juliana Deguirmendjian, Júlio Barboza, Maria Cristina de Oliveira e Laís Youssef.

#### ALTERAÇÃO E EXTINÇÃO DE CONTRATOS

No último dia 1º de abril, foi sancionada a Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações.

Oriunda do Projeto de Lei 4.253/2020, que tramitou por cerca de 25 anos na Casa Legislativa, a Nova Lei de Licitações traz ajustes necessários evidenciados pela prática resultante não apenas da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), mas das leis especiais que a seguiram, como as Leis nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), dentre outras.

O novo texto centraliza institutos que antes estavam esparsos e concentra tendências até então encontradas apenas nas leis especiais, jurisprudência e doutrina.

Em vista desse cenário e das mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações, Tauil e Chequer dará continuidade à divulgação dos boletins de Direito Administrativo, agora focados em pontos relevantes da Nova Lei de Licitações.

No boletim de hoje, trataremos de uma das principais inovações da Nova Lei de Licitações: o regramento dispensado à nulidade dos contratos administrativos.

#### NULIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Uma das principais inovações da Nova Lei de Licitações consiste na disciplina da nulidade dos contratos administrativos.

A Lei nº 8.666/1993 tratava o tema de maneira relativamente simplória, dispondo que *“a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”*. Para além disso, reconhecia o dever da Administração Pública contratante de indenizar o contratado por aquilo que houvesse sido executado até a data de declaração de nulidade e por outros prejuízos regularmente comprovados e não imputáveis a esse último (art. 59).

A Nova Lei de Licitações, a seu turno, determinou que a decisão sobre declaração de nulidade do contrato (e também para suspensão de execução), caso constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação de diversos aspectos aptos a motivar o juízo de oportunidade e conveniência a ser exercido pela Administração Pública contratante, quais sejam (art. 147):

- impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- motivação social e ambiental do contrato;
- custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Nos casos em que a anulação do contrato (ou paralisação) não se mostrarem aderentes ao 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.

É possível inferir, da nova disciplina legal, que o juízo acerca da declaração de nulidade de contrato dependerá de avaliação de seus impactos e consequências práticas, em linha com o que preconiza o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>1</sup>

Para além dos casos de irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, a Nova Lei de Licitações também veicula hipóteses de nulidade 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).

No que concerne aos efeitos da nulidade, embora a Nova Lei de Licitações reproduza a previsão de que *"a declaração de nulidade operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos"*, tal desdobramento é limitado pelas seguintes disposições (art. 148):

- (i) análise prévia do interesse público envolvido é requisito para declaração de nulidade;
- (ii) na impossibilidade de 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;
- (iii) possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de nulidade com vistas à continuidade da atividade administrativa, de modo que só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 meses, prorrogável uma única vez.

Em síntese, ao impor à Administração Pública o dever de considerar as consequências práticas da nulidade antes de declará-la, ao permitir que seja resolvida por indenização por perdas e danos e ao admitir a modulação de seus efeitos, a Nova Lei de Licitações abre caminho para a construção de uma melhor prática, mais alinhada à segurança jurídica e à ideia de preservação dos efeitos positivos da contratação.

---

<sup>1</sup> "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

TABELA COMPARATIVA DAS LEIS DE LICITAÇÕES – NULIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Lei nº 14.133/2021	Lei nº 8.666/1993
<p><b>Art. 71.</b> Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:</p>	<p><b>Art. 49.</b> 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.</p>
<p>I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;</p>	
<p>II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;</p>	
<p>III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;</p>	
<p>IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.</p>	
	<p>§ 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.</p>

Lei nº 14.133/2021	Lei nº 8.666/1993
§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subseqüentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.	§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.
§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.	
§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.	§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.
§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.	§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.
<p><b>Art. 147.</b> 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:</p>	<p><b>Art. 59.</b> A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.</p>
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;	

Lei nº 14.133/2021	Lei nº 8.666/1993
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;	
XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.	

Lei nº 14.133/2021	Lei nº 8.666/1993
<p>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.</p>	
<p><b>Art. 148.</b> 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.</p>	
<p><b>Art. 149.</b> 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.</p>	<p>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.</p>
<p><b>Art. 150.</b> 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.</p>	