

Mauro Santos: Anulação de ato administrativo na Lei de Licitações

A anulação de atos e contratos administrativos ilegais é medida que acarreta importantes consequências para a administração pública e também para os administrados. Embora necessária e, em regra, obrigatória, dada a necessidade de resgatar a juridicidade violada pela conduta administrativa, certo é que a retroatividade automática da declaração de nulidade já não guarda harmonia com o Direito



A Lei nº 14.133, de 2021, conhecida como nova Lei de

Licitações, refletindo uma tendência já verificada na doutrina e na jurisprudência, incorporou ao ordenamento jurídico novas perspectivas relativamente a atos e contratos administrativos ilegais, acautelando não apenas o resgate da juridicidade, que é fundamental, mas também as consequências que o desfazimento imediato do ato ou contrato têm aptidão para produzir.

A atividade administrativa, como se sabe, é regida por vários princípios, dentre os quais o da legalidade, do qual "*extrai-se que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da norma jurídica*" [\[1\]](#). Noutras palavras, ou a conduta estatal é praticada à luz das regras e princípios que informam a função administrativa ou não se sustentará juridicamente, hipótese na qual deverá ser invalidada.

Assim, se a administração pública não pode agir em contrariedade à lei, eventuais atos ou contratos administrativos ilegais devem passar por uma correção de rumo, ou seja, devem ser invalidados por meio do instituto denominado "anulação". A correção dos atos praticados pela administração pública decorre, além de previsão legal expressa, do princípio da autotutela, que materializa o poder-dever conferido à administração pública de, agindo de ofício ou mediante provocação, desfazer seus atos ilegais ou inconvenientes.

Leia também: [Prorrogado prazo de adequação à nova Lei de Licitações e Contratos](#)

O princípio da autotutela há muito está consagrado na jurisprudência do STF, a partir principalmente da edição das Súmulas 346 e 473 [2]. Embora tais Súmulas mencionem que a administração pública "pode" anular, sabe-se que ao se deparar com um vício insanável, a administração não só pode como deve invalidar o ato viciado, com vistas a reposicionar-se no caminho da legalidade. Assim determina a Lei nº 9.784, de 1999, ao dispor em seu artigo 53 que *"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"*.

Anulação, portanto, nada mais é que *"o desfazimento do ato administrativo (ou contrato) em decorrência de algum vício de legalidade constatado na sua formação, ou ainda em razão da violação dos princípios que regem o Direito Administrativo"* [3]. Nessa linha, ao tomar conhecimento de um ato ou contrato que apresente vício insanável, isto é, não passível de convalidação, a administração tem o poder e ao mesmo tempo o dever de anular o ato ou contrato ilegal.

Particularmente em relação aos procedimentos de contratação pública, a ilegalidade normalmente está conexiada à inobservância de exigências legais que violam a igualdade própria dos certames licitatórios. Mas não só! As etapas e atos que integram um procedimento licitatório são normalmente de natureza vinculada, razão pela qual a desobediência por parte de agentes públicos ou de licitantes a ritos e prazos legais, em regra deverá conduzir o ato ou contrato viciados à invalidação.

Desse modo, constatada pela administração pública a ilegalidade no contrato administrativo ou mesmo no procedimento licitatório que o antecedeu e não havendo possibilidade de saneamento, não resta alternativa à Administração senão a anulação do ajuste. Mas há casos e casos. Algumas vezes é constatada uma ilegalidade e a Administração prontamente invalida o ato viciado, com efeitos retroativos, e tal anulação não gera danos ao interesse público; outras vezes, porém, a anulação, embora necessária, tem aptidão para desencadear graves prejuízos à própria administração pública e até mesmo aos administrados, sobretudo em situações que acarretam a interrupção de serviços públicos essenciais.

Se, por um lado, é necessário o resgate da legalidade violada, por outro o princípio da segurança jurídica sinaliza para que haja, de parte do gestor público, também a preocupação com as consequências decorrentes da anulação, em especial sobre o momento mais adequado para que tal invalidação produza efeitos, tendo como norte os interesses da própria administração pública e dos administrados.

Deve-se dizer, quanto a isso, que no passado a declaração de nulidade de um ato ou contrato administrativo implicava automaticamente a retroatividade de seus efeitos. Todavia, passou-se a reconhecer a possibilidade excepcional de o administrador público declarar a nulidade com efeitos prospectivos (*ex nunc*) ou ainda, em alguns casos e quando houver a devida fundamentação, fixar uma data futura para a anulação surtir seus efeitos.

A regra geral no Direito Administrativo, que não pode ser perdida de vista, é que a anulação de ato ou contrato ilegais produza efeitos retroativos, haja vista que, ao menos em princípio, uma conduta contrária ao direito não pode produzir efeitos válidos no mundo jurídico. Mas, não obstante a regra geral da retroatividade, tem-se que na atualidade o momento a ser fixado para a produção de efeitos de uma anulação realizada pela administração pública deve ser definido à luz do interesse público e da segurança jurídica, e não tendo como pano de fundo teorias um tanto envelhecidas e, por vezes, incongruentes.

Mas definir interesse público não é tarefa fácil. A rigor, o interesse público — primário — retrata o *"interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social"* [4]. Noutras palavras, seria *"o sentimento que exprime abstratamente os anseios da coletividade"* [5]. Já o interesse público secundário estaria relacionado à conveniência do próprio órgão ou ente público. Nesse cenário, é importante dizer que há casos em que tanto o interesse da coletividade quanto da própria administração sinalizam para que haja uma modulação dos efeitos da anulação, exigindo que o gestor tenha sensibilidade e espírito público para avaliar, diante do caso concreto, o momento a partir do qual a invalidação produzirá seus efeitos. Evidentemente que não se trata de uma decisão livre, mas, obviamente, que exigirá adequada e robusta fundamentação.

A Lei nº 13.655, de 2018, incluiu alguns dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conhecida como Lindb, que repercutem diretamente na atividade administrativa relacionada ao desfazimento de atos ilegais. O artigo 20 da Lindb, por exemplo, destaca que o gestor público com poder de decisão, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não decidirá com base em "valores jurídicos abstratos" sem que leve em consideração as "consequências práticas da decisão" [6].

Como se vê, a Lindb impõe que as consequências práticas da decisão administrativa sejam avaliadas de forma fundamentada pelas autoridades administrativas, de modo a buscar, dentro dos campos da juridicidade e da discricionariedade, a medida mais razoável, proporcional e eficiente ao interesse público.

A declaração de nulidade de um ato ou contrato administrativo, portanto, não deve ser medida adotada de forma corriqueira e apressada, de modo a prestigiar a legalidade estrita e virar as costas para a realidade. Sobre isso, já nos manifestamos noutro lugar:

"o que se propõe é que ao decidir pela anulação de um comportamento administrativo ilegal, o gestor deve considerar também as consequências já produzidas pelo ato. Assim, não é compatível com o princípio da juridicidade, por exemplo, editar um ato administrativo que franqueia ao administrado algum direito e, após um tempo, diante de um vício insanável, promover sua anulação com o desfazimento irrefletido de todas as consequências dele decorrentes. Se houve benefício a terceiros que nem de longe contribuíram para o vício diagnosticado, não é razoável nem justo que todas as consequências favoráveis sejam apagadas" [7].

Para além do disposto na Lindb, é especialmente importante mencionar a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133, de 2021) que, baseada no princípio da segurança jurídica, autoriza a administração pública a valorar as consequências que advirão do desfazimento do contrato administrativo ilegal, tais como os impactos econômicos e financeiros; os riscos sociais e ambientais; o custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; o fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação, etc [8].

Não bastasse, o artigo 148 da nova Lei de Licitações dispõe que *"A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do artigo 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos"*, enfatizando, contudo, em seu § 1º, que *"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"*.

Em acréscimo, o § 2º do artigo 148 da nova Lei de Licitações, de grande inovação e relevância prática, estabelece que *"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"*

. Assim, imagine-se hipoteticamente que foi constatada uma ilegalidade insanável em determinado contrato de terceirização e sua anulação com efeitos retroativos possa gerar prejuízos à administração e/ou aos administrados. Nesta hipótese, o gestor público poderá decidir, fundamentadamente, que os efeitos da anulação — via de regra retroativos — serão produzidos a partir da própria decisão de anulação ou mesmo em momento futuro, observado o limite legal de seis meses, prorrogável uma única vez.

Portanto, tem-se que é juridicamente possível, com amparo nos princípios da segurança jurídica e da continuidade dos serviços públicos, a fixação de prazo razoável pela administração pública para a cessação de efeitos de atos ou contratos administrativos anulados, de modo a bem resguardar os interesses da coletividade.

Em conclusão, é possível afirmar que a visão cartesiana imposta no passado pela teoria das nulidades, *"que sempre semeou a ideia segundo a qual o desfazimento de um contrato administrativo viciado será menos reprovável juridicamente do que a continuidade da relação jurídica que dele decorre"* [9], parece ferida de morte nesse novo cenário normativo, que permite, como visto, que as consequências da invalidação sejam examinadas discricionariamente pelo gestor público, que, a partir de ponderação fundamentada nos elementos do processo administrativo e nas consequências práticas do desfazimento, possa modular, dentro dos limites legais, os efeitos da decisão anulatória.

Essa possibilidade legal de modulação de efeitos do ato anulatório, quando adequadamente justificada por razões de interesse público, é medida essencial para prestigiar a segurança jurídica, fortalecer a eficiência administrativa e, conseqüentemente, resguardar os direitos dos administrados.

[1] SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2022, p. 25.

[2] **Súmula 346**: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: 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.

[3] SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2022, p. 227.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66.

[5] SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2022, p. 7.

[6] 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

[7] SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Anulação de ato administrativo com efeitos prospectivos: diálogo com o princípio da segurança jurídica*. *Revista da AGU, Brasília-DF*, v. 20, n. 02. p. 93-114, abr./jun. 2021

[8] 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;
- 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.

[9] SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2022, p. 7.

Date Created

03/04/2023