

# **NULIDADE DOS CONTRATOS**

## **(LEI Nº 14.133/21, ARTS. 147 A 150)**

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(jul/24)*

I – Desta vez a nulidade dos contratos. Falar-se de nulidade em direito é sempre aventar uma hipótese impactante, um choque de abrangência e de consequência potencialmente devastadoras, um baque na rotina.

Anular é destruir desde a origem, apagar o que foi feito, desfazer e cancelar os efeitos produzidos, seja materialmente quando é possível, seja por indenização pelo prejuízo decorrente quando inviável o desfazimento material daqueles efeitos.

Afirma-se jocosamente que, tal qual inexistente problema humano que um bom e velho suicidiazinho não resolva, também inexistente impasse administrativo, operacional ou financeiro que uma indenização adequada não equacione. O que não se resolve operacionalmente em qualquer ramo de atividade sempre admite um adequado desfecho no vil metal.

É por isso temerário, como se fora a medida mais comum na prática administrativa, banalizar-se ou vulgarizar-se a ideia da anulação de atos e contratos pois que é muitíssimo grave esse procedimento, e demanda séria reflexão antes de determinado.

Anulação indica a existência uma *ilegalidade* havida n'algum momento formativo do ato ou do negócio, que o impede de seguir adiante validamente.

Uma coisa é revogar, outra radicalmente diversa é anular. *Revoga-se* por conveniência e oportunidade um procedimento que juridicamente e de outro modo pode ou poderia prosseguir sem perturbação, porém somente se *anula* aquele ato ou contrato se alguma irregularidade jurídica tiver sido praticada – antes, durante ou depois da finalização do procedimento –, e essa irregularidade contribuir para o resultado do ato, do procedimento ou do contrato.

Revogar é uma opção da autoridade, que como tal pode nunca ser exercida; anular, muito longe daquilo, é desfazer o que está errado frente ao direito; que foi ilegal ou diretamente inconstitucional, que se deu de modo juridicamente irregular e que, por aberrante do direito aplicável, não pode sobreviver – custe o que custar, doa a quem doer.

A Lei nº 14.133/21, que contraria a si mesma, *vacila* perigosamente neste assunto como se verá, porém o bom-senso consagrado por muitas décadas de prestigiamento da melhor lógica jurídica haverá de prevalecer. O Brasil é maior que ela, e por seguro, já tendo passado por coisas piores, não será esfacelado pela Lei nº 14.133 de 2021, ano da graça.

II – Rezam os artigos pertinentes a esse tema, (o Capítulo XI do Título III) da lei nacional de licitações e contratos administrativos:

## DA NULIDADE DOS CONTRATOS

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.

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.

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.

III – O art. 147 inicia com um *caput* arrepiante: dá ideia de que a anulação é negociável, dependendo do

interesse público na medida extrema. Onze incisos elencam os aspectos a serem considerados naquela avaliação do interesse público.

*Sem sequer precisar lê-los*, desde logo se pode afirmar categoricamente a lei tenta esfacelar toda a teoria dos atos nulos e da sua imprestabilidade jurídica. E nesse passo se esqueceu do que estabeleceria o art. 71, como se examinará.

Tenta a lei – porque duvidamos que o consiga – inaugurar uma nova era do direito, em que contratos reconhecidos como nulos pela Administração pública podem ser mantidos, dependendo da circunstância e do momento ante uma grande multiplicidade de fatores a considerar, que a lei enumera. Acredite-se se se quiser !

Então, a teor da lei não é o fator nulificante do contrato suficiente só em si para ensejar a sua anulação, porque a cada caso se deve examinar o interesse público na anulação de um ato que o ente contratante reconhece que foi praticado com irregularidade ! Acredite-se !

Uma pequena reportagem da teoria indica que existem atos nulos e atos anuláveis. Os nulos já nascem assim nulos porque contiveram ilegalidade na sua formação, muito especialmente se contiverem *matéria de ordem pública*, hipótese em que não existe remédio jurídico que os salve.

Os atos anuláveis, por sua vez, não são viciados pela nulidade absoluta na origem, mas como envolvem *interesses individuais e disponíveis de pessoas de direito privado*, e com isso porque não afetam a *ordem pública*, podem ser mantidos se assim desejarem as partes, porque nenhum direito público, nem

nenhum interesse público, estará ou estaria sendo violado com a sua manutenção.

Talvez a chave da questão da nulidade e da anulabilidade seja exatamente essa: a matéria do contrato é de ordem pública ou de ordem apenas privada ?

Se é de ordem privada interessa apenas aos particulares contratantes, e eles que se entendam; se entretanto for de ordem pública, imune à voluntariedade das partes, *a coisa engrossa*, e a anulação não mais depende de simples acordo entre particulares. A lei ingressa, nessa hipótese, com sua implacabilidade para determinar a anulação.

Exatamente, aliás, como faz esta mesma Lei nº 14.133/21, que reza:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: (...)

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;* (...)

§ 1º *Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.*

§ 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.

§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação. (*Itálicos nossos*).

O legislador autor do art. 147 porventura se esqueceu do art. 71 ? Olvidou-se de que com ilegalidade *eficaz* na formação do procedimento o remédio é anulá-lo ?

E pouco adianta a balela pleonástica da ‘ilegalidade insanável’, porque ao que parece qualquer ilegalidade que produziu efeito no procedimento – ou seja: que foi eficaz - é insanável.

Só será sanável se puder ser corrigida no próprio procedimento, como por exemplo quando se atrasou uma publicação obrigatória; o processo não pode seguir enquanto não acontecer a publicação, porém quando essa for efetivada pode independentemente de se responsabilizar o agente que ensejou o atraso.

Mas se foi produzido algum efeito sem a publicação, então esse efeito deverá ser anulado, e paralisado o procedimento até a publicação, e refeito o ato que sem ela fora ilegal.

IV – O que não faz nenhum sentido, e contraria o próprio art. 71 da própria Lei nº 14.133/21, é ler no art. 147 que a decretação da nulidade de um ato ou procedimento *irregular* na execução contratual depende do exame do interesse público !..

Ora, por tudo que é sagrado então será verdade que no Brasil se a ilegalidade for útil deve ser deixada quieta, proibido levantar o problema ? Será verdade ?

Se a inconstitucionalidade for útil, então por favor ninguém toque no assunto ! Deixe-se o trem andar até que se esqueçam dele ... esse, ou isso, é o direito brasileiro ?

Se o direito brasileiro é uma tal *joça* como quer fazer crer o art. 147 da lei de licitações, então o próximo passo a esperar é que também os crimes praticados dependam de exame do interesse público envolvido, para somente então, após julgado que inexistiu interesse público no cometimento, seja o autor processado ...

*Não se negocia com nulidade* – o legislador brasileiro não aprendeu isso na escola ? O legislador não conhece essa regra primária da ordem pública, e o direito que a informa ?

Se uma ilegalidade foi praticada na licitação ou na execução contratual – e agora vamos dar uma *colher de chá* ao legislador -, e se dessa ilegalidade resultou ao menos algum efeito, então, por favor, ninguém venha com a bazófia ou a lengalenga de fazer boi dormir de que o interesse público precisa ser consultado antes de se anular a ilegalidade ! Não seja tão miseravelmente insultada a inteligência dos nossos homens do direito, ou mesmo dos homens simplesmente sensatos !

Quando se execra a Lei nº 14.133/21 – tão ruim que precisou de dois anos e nove meses, depois de publicada, para revogar a lei anterior ! – isso se dá, também, por defeitos assim. Neste art. 147 – nulidade *condicional*, negociação da anulação - a lei faz retroceder ao tempo das cavernas a consciência jurídica nacional.

Deixamos por essa razão de deitar comentário sobre os 11 (onze) incisos do art. 147, matéria juridicamente putrefata como é, ou de outro modo se estaria prestigiando ou tendendo a legitimar aquela patifaria que a mendicância do direito, investida em função legislativa, concebeu e aprovou.

V - Vejamos muito brevemente apenas o parágrafo único, como eloquente ilustração disso que se afirma.

Pelo parágrafo único do art. 147 se a anulação ou a paralisação (da licitação ou do contrato, a teor do início do *caput*) não se revelar de interesse público, então ‘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 da responsabilidade e da aplicação de penalidade cabível’.

De início parece que ao legislador não falta apenas lógica jurídica, como falta conhecimento da língua portuguesa. Se alguém ‘deverá optar’ então isso não é opção, é obrigação de fazer alguma coisa ... *Opção* implica livre exercício de vontade, e quem *deve optar* não opta por coisa nenhuma, mas apenas se sujeita a uma obrigação.

Seguindo, imaginemos que o contrato ou a licitação, mesmo ilegal, prossiga, e o particular indenize alguma coisa ao poder público para poder continuar nessa *esbórnica jurídica*.

Digamos que a irregularidade foi a apresentação de um documento falso na licitação – mas o delinquente segue contratado e executando. Então como fica o direito dos demais licitantes, que foram lesados com a falsificação documental pelo

canalha que o ente contratante, tendo dele recebido alguma indenização, ainda mantém a seu serviço ?

A indenização que o crápula paga ao ente público contratante por acaso *supre a lesão ao direito dos demais licitantes*, um dos quais deveria ter sido, este, sim, o contratado ?

A indenização ao poder público pela prática de uma ilegalidade porventura repara a lesão ao direito dos demais licitantes, de simplesmente participar de uma licitação legal e limpa, e de ser, um deles, contratado ?

Somos visceralmente contrários ao uso irrefletido ou desmedido da lei de improbidade administrativa nas ações que ensejam, porém numa hipótese como a ventilada neste exemplo parece ser caso de um *processo por improbidade administrativa* contra a autoridade que negociou manter um contrato ou uma licitação, que reconhece ilegal, com um sem-vergonha da marginalia do mercado de fornecedores.

Observe-se: o ente contratante reconhece que o negócio foi e está ilegal, e o mantém ativo !

E tudo respaldado pelo art. 147, parágrafo único, da lei nacional das licitações e dos contratos administrativos !..

*Jamais indague a autoridade brasileira se existe ou se não existe interesse público em anular atos ilegais, que com isso são nulos desde o nascedouro.*

Se a Administração *reconhece a ilegalidade* praticada – e para isso não precisa decidir em dez segundos, podendo e devendo analisar cuidadosamente a questão que se lhe suscite antes de concluir -, então que imediatamente decrete a nulidade de tudo

quanto for insuscetível de aproveitamento, sem sequer cogitar consultar o que mais seja senão o texto do direito objetivo.

No dia em que o primeiro parâmetro jurídico a seguir, e quando a primeira fonte de direito, for o interesse público, então tratemos de mudar logo a Constituição e a tradição de séculos do nosso direito positivo, baseado antes na Constituição e na letra da lei que em outras fontes – por mais respeitáveis que sejam no seu lugar da fila.

Quem não tolera o direito positivo, o mais prático é que se mude de país. Mas por favor não pretenda iniciar a revolução pela lei de licitações ...

VI – O art. 148 atira mais lenha à fogueira. Reforça a derrocada do direito que o art. 147 tenta promover – mas não conseguirá, porque ainda existem homens lúcidos no Brasil, e em boa quantidade.

Iniciemos a explicação disto acima com um exemplo histórico, de fato ocorrido há perto de três décadas em São Paulo.

Quando era Diretor da Faculdade de Direito da USP – a velha e sempre nova academia do Largo de São Francisco – o professor Dalmo de Abreu Dallari, o festejado jurista licitou e iniciou a construção do prédio anexo ao hoje bicentenário edifício principal, do outro lado da rua Riachuelo e unido ao principal por uma ponte que lembra a *ponte dos suspiros* de Veneza.

Em dado momento da execução do contrato noticiou-se que teria havido uma fraude na licitação, e, apurando-a,

incontinenti o Diretor anulou o contrato e deu início à retomada do contrato por outro licitante. Isso consumiu um largo tempo em face da burocracia envolvida, de levantamentos e apurações variadas, de processo(s) administrativo(s), de ações judiciais e toda sorte de procedimentos que se promoveram. Hoje o prédio anexo serve plenamente a universidade.

Pergunta-se: havia interesse público operacional na anulação do contrato ? Em regra, em tese e por princípio, existe interesse público em paralisar alguma obra pública ?

Parece claro que não, e interesse operacional havia, isso, sim, em terminar a obra o quanto antes, para dotar a faculdade de instalações suficientes ao seu trabalho à ocasião. Mas o professor Dallari fez o que qualquer autoridade que conhecesse direito, e que fosse sensata e coerente com o que aprendeu e com o ordenamento institucional, faria obrigatoriamente.

Não negociou a anulação com pesquisas de interesse público, nem com os onze fatores de ponderação elencados no art. 147 da Lei nº 14.131/21 – que de resto, repita-se, felizmente ainda não existiam nem tinham equivalente na lei do tempo.

A lei de licitações era outra, muito mais simples que atual, e não consignava esta barbaridade antijurídica de negociar com a anulabilidade de atos irregulares que produziram efeitos e que prejudicaram outros licitantes.

E seja observado este importantíssimo detalhe: falsificar documentos numa licitação pública, mais do que mero ilícito administrativo constitui um *crime contra a Administração pública*,

capitulado no Código Penal. Então, àquela altura negociar com o fraudador teria sido negociar com o crime...

Mas mesmo que já existisse a lei atual à época, duvida-se que uma autoridade apenas sensata utilizasse algo como o art. 148 da Lei nº 14.133/21 no caso.

Senhor legislador: se a licitação foi viciada e dela se originou contrato corolariamente irregular, então ninguém indague do interesse público em anular ambos os procedimentos ! Ou se o anula, ou se o anula ! Não se transige com nulidades ! Vossa Excelência não sabe disso ?

Já terá imaginado o perigo de a Administração pública submeter à - geralmente subjetiva e inconfiável - inquirição do interesse público a anulação de atos que ela própria, Administração, reconhece ilegais ?

Não se dá conta o legislador de que o maior interesse público é a Administração pública *observar e fazer observar o direito* ? Aí reside a garantia de todo cidadão, que não pode periclitante ante negociações com o inegociável.

A lei licitatória atual não se deu conta nem sequer da contradição insuperável entre o seu correto, tradicional e lógico art. 71 e esta monstruosidade que são os arts. 147 e 148 !

VII - Ainda no art. 148 o seu § 1º está correto, porém o seu § 2º consigna outra barbaridade.

O § 1º remete à lógica solução dos impasses que não podem ser resolvidos administrativa e operacionalmente: ação civil de indenização. São perdas e danos requeridos pelo ente

contratante, a apurar em juízo, sem prejuízo de se apurarem conluios, maquinações e *maracutaias* entre contratado e servidores do ente contratante.

Tudo perfeito até aqui, na forma da tradição. O problema é o § 2º, que consigna outro favorecimento à negociação com as irregularidades apuradas – quando não com os crimes praticados. Pelo § 2º, ao decretar a nulidade do contrato o ente público pode marcar o início da eficácia de sua decisão para até *um ano* à frente, diz a lei que para permitir nova contratação nesse prazo.

Sem nenhum respeito, eis outro péssimo momento da nossa produção legislativa. A seu teor agora parece lícito adiar os efeitos de uma anulação até quando for conveniente ...

Aquilo tem a mesma lógica de, na dúvida, detonar uma bomba: se nos arrependermos e formos ágeis seguramos e represamos o impacto da explosão a tempo. Ou a mesma sensatez do suicida que, ainda sem total convicção, pula do prédio, sempre contando com poder arrepender-se do seu ato antes de se estatelar no chão. Magníficos raciocínios !.. - e a lei os prestigiou.

Ilustre autoridade: se não sabe, saiba que a decretação da nulidade do contrato opera efeitos tão logo publicada. Se Vossa Excelência a publica, isso precisa significar que está preparado para assumir os efeitos da anulação de imediato.

Se atrasar a continuidade da execução pode ser mau, entretanto isso será melhor do que demolir o direito e retornar à idade da pedra pré-jurídica.

VIII – Art. 149. Repetição do correto direito pregresso, a teor do art. 149 não é porque o contrato foi anulado que o ente contratante poderá locupletar-se do valor da parte contratual corretamente executada e entregue pelo contratado.

Se o poder público a recebeu como boa, então deve pagá-la, seja a título de indenização como reza a lei, seja como pura remuneração do trabalho prestado, nas bases financeiras do contrato. De outra forma a Administração enriqueceria aquele valor sem causa justa, e o contratado se veria *tungado* ou *bigodeado* daquele mesmo valor.

Mas não é só, porque se a anulação não se deveu a atuação do contratado e sim à da própria Administração contratante, então que esta arque também com *demonstradas* perdas e danos do contratado.

Os exemplos clássicos de prejuízos nem casos assim são os *lucros cessantes*, que são valores contratados e aguardados em justa expectativa, e os *danos emergentes*, como por exemplo o inesperado pagamento de indenizações trabalhistas, ou pagamentos por rescisão de contratos como de veículos, equipamentos e máquinas, mais instalações, garagens, galpões, e mil outros itens necessários ao trabalho do contratado, tudo que ele regularmente contratara para poder executar a avença.

Num quadro assim não é difícil imaginar hipóteses em que o conjunto das indenizações ao contratado possa *superar* o valor total que este receberia pela execução de todo o contrato - pois como se sabe o divórcio muita vez sai mais caro que o prejuízo do casamento...

Quanto à parte final do artigo, referente à responsabilização de quem tenha dado causa à anulação, oxalá funcionasse a contento.

O que reiteradamente se observa é que dentre os servidores do ente contratante ninguém é responsabilizado por desídia, incúria, má gestão, fiscalização deficiente, acompanhamento contratual precário, relapsitude, descompromisso com o trabalho e o interesse público implicado. Ficam as coisas em geral como dantes no quartel de Abrantes, e a vida segue imperturbada.

IX – Encerra o Capítulo o art. 150, que também reitera o direito anterior. Tem-se um misto de (I) óbvio e de (II) regra voltada apenas à administração interna dos orçamentos públicos.

Quanto ao primeiro ponto, é virtualmente impossível imaginar licitar-se ou se contratar algum objeto que antes não esteja rigorosamente descrito, como impossível se faz atender o passageiro do táxi daquele país do litoral ocidental da Europa, que com o condutor da viatura travou o seguinte diálogo:– *Para onde o senhor vai ? – Não lhe interessa. Sou agente secreto. Contratar alguma coisa sem bem a descrever teria o mesmo sentido.*

Se a regra inicial do artigo é óbvia, o que nele segue interessa apenas à Administração, que precisa indicar os créditos orçamentários que suportarão a despesa com o contrato, ao menos aquela ínsita no orçamento do exercício em questão. E as demais despesas, , que extrapolem a anualidade, se existentes, serão matéria para os futuros orçamentos.

Em assim não sendo procedido, nulo será o ato resultante da omissão, e responsabilizado o agente que deu causa essa irregularidade – é o que reza a lei, tão assaz de vezes ignorada e descumprida.

O artigo tem vez na lei, considerando-se que, na maioria das ocasiões, em direito mesmo o óbvio precisa ser declarado.