

MODULAÇÃO DE EFEITOS NA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

APPLICABILITY OF THE MODULATION OF THE EFFECTS OF INVALIDATION OF ADMINISTRATIVE ACTS

Emily Cristina Zandoná Peixoto¹
Luis Miguel da Carcova Gutierrez²
Cibele Fernandes Dias³

RESUMO

O presente artigo aborda a aplicabilidade dos dispositivos da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro na modulação dos efeitos da nulidade de atos administrativos, ainda que lei específica não a preveja. A análise demonstra o reconhecimento da possibilidade de modulação dos efeitos da nulidade desde sua inserção no ordenamento pátrio, por meio das leis que versam sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9868/99) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9882/99), bem como pela sua previsão expressa na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21). Busca-se demonstrar a necessidade de ponderação das consequências da declaração da nulidade em todas as decisões administrativas e judiciais, sob o risco de a legalidade estrita impedir a concretização do interesse público.

Palavras-chave: modulação de efeitos; nulidade; proporcionalidade.

ABSTRACT

This article addresses the applicability of the provisions of the Law for the Introduction of Norms of Brazilian Law in modulating the effects of the nullity of administrative acts, even if a specific law does not provide for it. The analysis demonstrates the recognition of the possibility of modulating the effects of nullity since its insertion in the country's order, through the laws that deal with the Direct Action of Unconstitutionality (Law No. 9882/99), as well as its express

¹Advogada especialista em Direito Público Aplicado. Servidora pública na Fundação Social de Curitiba.

²Procurador do Município de Curitiba.

³Cibele Fernandes Dias. Formada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Constitucional no Curso de Especialização em Processo Constitucional da PUC/PR e da Esmafe. Assessora Especial no Gabinete do Prefeito de Curitiba. Presidente dos Conselhos de Administrativo de empresas estatais do Município de Curitiba (PARS, CURITIBA S/A, COHAB-CT e Agência Curitiba de Desenvolvimento e Inovação). Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 25.443.

provision in the new Bidding Law (Law No. 14.133/21). It seeks to demonstrate the need to weigh the consequences of the declaration of nullity in all administrative and judicial decisions, under the risk of strict legality preventing the realization of the public interest.

Keywords: modulation of the effects; nullity; proportionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a aplicabilidade da modulação de efeitos da nulidade de atos administrativos, sob influência do art. 20 da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro (LINDB), para além daqueles atos que possuem previsão expressa em lei.

A segurança jurídica constitui um dos princípios basilares do Estado de Direito. No entanto, observa-se o uso desarrazoado de valores jurídicos abstratos para embasar decisões acerca de atos administrativos. Entre as críticas, constam a contaminação de decisões por concepções políticas e opiniões pessoais, a indefinição nos limites da competência pelos órgãos de controle e o viés punitivista resultante de interpretação estrita da legalidade do administrador público.

Nesse contexto, a Lei nº 13.655/18 alterou a LINDB e acrescentou 11 artigos com o propósito de conferir maior segurança jurídica na regulamentação, interpretação e aplicação da legislação de Direito Público. O fato de a LINDB ser uma lei que orienta a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico pátrio confere maior efetividade às alterações realizadas em todo o Direito Público, e colmata eventuais lacunas presentes em leis especiais esparsas.

O artigo 20, da LINDB, veda que as decisões tomadas na esfera administrativa sejam tomadas com base em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Exige, ainda, que a motivação demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação do ato, inclusive em face das possíveis alternativas. É importante esclarecer que a regra objetiva a realização de uma avaliação adequada, ampla e profunda do caso concreto, com justificativa que traduza a avaliação dos reflexos da decisão.

As alterações na LINDB determinam também que, ao decretar a invalidação de um ato, sejam indicadas, de forma expressa, suas consequências jurídicas e administrativas, fornecendo condições para que a regularização ocorra de maneira proporcional e equânime, levando em consideração os obstáculos e as dificuldades reais do gestor. Além disso, prevê-se a existência de um regime de transição em qualquer decisão que inove a interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo um novo dever ou novo condicionamento de direito.

A pesquisa foi realizada por meio de uma revisão bibliográfica baseada na doutrina, jurisprudência e legislação pátria. A análise considerou o reconhecimento da modulação dos efeitos da nulidade, desde sua previsão no ordenamento pátrio, abrangendo a previsão nas Leis da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9868/99) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9882/99), bem como sua previsão expressa na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21).

Ao compreender a relevância das teorias da anulabilidade e nulidade para a segurança jurídica e ponderar a necessidade de avaliar a proporcionalidade, procurou-se também examinar as diversas facetas da aplicabilidade da modulação para incluir a definição pertinente do lapso temporal e para que a modulação dos efeitos não resulte na mera convalidação da nulidade.

Por fim, o objetivo deste trabalho é demonstrar a necessidade de ponderar as consequências da declaração da nulidade em todas as decisões administrativas, inclusive as de controle, sob o risco de a estrita legalidade prejudicar a concretização do interesse público.

2 SURGIMENTO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O ordenamento jurídico pátrio é constituído por um conglomerado de normas que devem guardar harmonia com os preceitos constitucionais. Portanto, “nenhum ato normativo que dela decorre pode modificá-la ou suprimi-la”⁴, pois a Constituição é dotada de supremacia e vincula todos os poderes e seus respectivos atos.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi estruturado, no nível constitucional, na Constituição de 1891⁵, embora já estivesse previsto no Decreto nº 848, de 1890, que atribuiu a todos os juízes e tribunais o poder para declarar a inconstitucionalidade da lei no caso concreto. Inspirado no modelo norte-americano, as únicas opções de decisão eram a declaração de constitucionalidade da norma jurídica em questão ou a declaração de inconstitucionalidade e a consequente aplicação do dogma da nulidade⁶. Nesse último caso, a norma inconstitucional perdia qualquer eficácia jurídica, assim como os atos dela derivados.

Para Carvalho⁷, o constitucionalismo contemporâneo não mais se satisfaz com a solução dicotômica clássica proposta pela jurisdição constitucional. Assim, o autor explica que:

[...] o caráter ortodoxo das decisões tomadas no seio do contencioso constitucional, que ficou enclausurado durante muito tempo em um sistema binário, deve ceder lugar a modelos de decisão alternativos, como a interpretação conforme a Constituição, a modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Nesse contexto, com o objetivo de equilibrar os interesses envolvidos e evitar prejuízos desproporcionais, a técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por não encontrar respaldo expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, vinha sendo modestamente empregada pelo Judiciário. Sua incorporação formal ao ordenamento pátrio ocorreu por meio do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, in verbis:

Art. 27. 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 (grifo nosso).

⁴MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 803.

⁵Art. 59 da Constituição de 1891: “Ao Supremo Tribunal Federal compete: III rever os processos, findos, nos termos do art.81 §1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

⁶CARVALHO FILHO, J. S. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 57, n. 225, p. 152, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p151.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.

⁷Ibid., p. 153.

Na sequência, o legislador também consignou a técnica da modulação dos efeitos no artigo 11 da Lei nº 9.882/99, que trata do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental; no artigo 4º da Lei nº 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, estabeleceu as regras para a edição, revisão e o cancelamento de enunciados de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal; e no art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, aplicável aos casos de controle difuso julgados em regime de repercussão geral⁸.

Dessa forma, em um julgamento de embargos declaratórios na ADI 5709, o Supremo Tribunal Federal declarou que:

[...] configuradas as estritas condições materiais previstas no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho do seu papel de Corte Constitucional, lançar mão do **poder-dever de harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Fundamental** que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão. Notadamente impõe-se o juízo de proporcionalidade dos valores da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva, expressões do devido processo legal e do Estado de Direito⁹ (grifo nosso).

A modulação de efeitos de inconstitucionalidade consiste em uma técnica jurídica pela qual o Tribunal Constitucional pode limitar os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo, a fim de evitar que uma decisão judicial abrupta possa causar prejuízos graves e irreversíveis.

3 MODULAÇÃO DE EFEITOS APLICADA À NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A modulação dos efeitos da nulidade dos atos administrativos, seguindo a lógica empregada à modulação dos efeitos de inconstitucionalidade, consiste em uma forma de atenuação à teoria clássica da nulidade. Conforme Medauar, como ato administrativo tem-se:

[...] decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade¹⁰.

São considerados nulos os atos que violam a lei, ou seja, aqueles que possuem vícios que os tornam ilegais. Assim, de acordo com a teoria clássica da nulidade, tanto o ato declarado nulo quanto os atos derivados dele perderiam sua eficácia, sem gerar quaisquer consequências no âmbito jurídico.

Por outro lado, a modulação restringe a eficácia temporal da declaração de nulidade, projetando os efeitos da decisão que declara a nulidade do ato para um momento futuro, levando em consideração as consequências práticas resultantes da declaração de invalidade.

⁸Ibid., p. 10.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5709 ED Distrito Federal (Embargos Declaratórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade). Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgamento: 24.08.20. Publicação: 17.09.20.

¹⁰MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 169.

A necessidade de ponderação das consequências nas decisões judiciais e administrativas ganhou destaque com o novo Código de Processo Civil de 2015. O parágrafo único do art. 489 do CPC/2015, que trata dos elementos essenciais da sentença, especialmente o inciso II do § 1º, estabelece que uma decisão judicial não será considerada fundamentada se utilizar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua aplicação ao caso. É importante ressaltar que essa determinação é aplicável ao direito administrativo, uma vez que o CPC tem aplicação subsidiária aos processos e procedimentos administrativos¹¹.

Outrossim, o dever de fundamentação encontra-se elencado no artigo 93, IX da Constituição, sendo compreendido como um direito fundamental de todo cidadão, pois visa impedir decisões abusivas e arbitrárias.

Apesar de o dever de fundamentação estar expresso nos dispositivos mencionados anteriormente, o legislador optou por inserir na Lei de Introdução às Normas do Direito um mandamento expresso nesse sentido, por meio do seu artigo 20, segundo o qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

As alterações na LINDB, especialmente aquela trazida pelo artigo 20, têm o intuito de frear a utilização generalizada de princípios abstratos no exercício da competência decisória e ratificam a apreciação prudencial sob os efeitos práticos da decisão. Além disso, conferem um poder discricionário necessário para as tomadas de decisões, como se verifica na ótica do Supremo Tribunal Federal:

Plausibilidade na alegação de limitação na receita orçamentária para implementar reformas em todas as escolas indicadas pelo parquet, em razão do tempo exíguo. Precedentes desta corte em casos análogos. Vedação ao julgador de adotar medidas sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Necessidade de consideração dos impactos no orçamento público e no planejamento da gestão administrativa do município. Aplicação dos artigos 20 e 22 da LINDB, com redação da lei 13.665/18. Sentença reformada. Apelação do município provida. Reexame necessário prejudicado¹².

A observância ao princípio da legalidade, apesar de necessária para o bom funcionamento da Administração Pública, não pode ser colocada à frente da razoabilidade e da proporcionalidade, que também são princípios basilares das ações estatais, sob pena de a adoção do brocardo “faça-se justiça ainda que pereça o mundo¹³”, importar graves prejuízos ao interesse geral e à justiça almejada.

Nessa perspectiva, Marçal Justen Filho¹⁴ explica que:

[...] a técnica da proporcionalidade se aplica inclusive à invalidade de atos administrativos. Portanto, o desfazimento do ato administrativo defeituoso não deriva da simples constatação de sua incompatibilidade com norma jurídica hierarquicamente superior. O mero reconhecimento da ausência de requisito de validade é insuficiente para autorizar a pronúncia do vício e o desfazimento do ato administrativo. É indispensável avaliar os efeitos concretamente produzidos pelo ato defeituoso, tomando em vista os aspectos da adequação e (especialmente) da necessidade. Se o desfazimento do ato viciado for apto a comprometer os fins buscados pela Administração ou se existir uma solução menos nociva para os interesses envolvidos, será obrigatória a preservação do ato ou a adoção de providências destinadas a promover o seu saneamento.

¹¹O Código de Processo Civil de 2015 traz expressamente em seu artigo 15, que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1364830 Paraná. Relator: Min. Edson Fachin. Decisão monocrática. Julgamento: 17/02/2023. Publicação: 24/02/2023.

¹³*Fiat justitia, paret mundus*. Frase atribuída ao imperador romano Ferdinando I.

¹⁴JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Edição especial: Direito Público na Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de

O artigo 21 da LINDB estabelece que as decisões que decretarem a invalidação de ato deverão indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas e, 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.

A introdução desses artigos na LINDB confere-lhe um peso significativo, mesmo que pudessem ser objeto de lei autônoma ou estarem presentes de certa forma em outras legislações. A LINDB tem como objetivo proporcionar maior segurança jurídica ao ordenamento legal brasileiro, e estabelecer princípios e diretrizes para a interpretação e aplicação das normas. Ela é considerada uma norma de superdireito. Nesse sentido, Bocchi ressalta que:

[...] há, portanto, uma importantíssima opção político-legislativa contida no fato de a Lei nº 13.655/2018 ser um diploma alterador e não um diploma legal autônomo. Isso, por si só, é suficiente para se perceber que as normas que, apesar de infraconstitucionais, estão acima do universo normativo que se colhe dos textos dos diplomas infraconstitucionais de um modo geral.

O conteúdo do artigo 20 da LINDB é fundamental para garantir que as decisões judiciais e administrativas sejam mais efetivas e justas, levando em conta as consequências reais das medidas adotadas. Desse modo, os magistrados e administradores públicos devem ponderar os interesses das partes envolvidas e considerar as implicações das decisões para a sociedade como um todo, observando não só o texto legal, como os valores jurídicos envolvidos. Inclusive, pode haver a superação do texto legal para que decisões sejam ponderadas pelas suas consequências, observando os requisitos para tal, sem, absolutamente, instaurar violação sistemática ao princípio da legalidade, frise-se.

A disposição do artigo 20 da LINDB é importante para evitar a aplicação mecânica e formalista do direito, que, muitas vezes, leva a resultados injustos e desproporcionais. Ao levar em conta as consequências práticas da decisão, os julgadores e administradores públicos podem adotar uma abordagem mais flexível e adequada às circunstâncias específicas de cada caso, garantindo uma aplicação mais justa e efetiva do direito.

No entanto, a modulação dos efeitos da nulidade deve ser medida excepcional e aplicada de forma fundamentada, ou seja, somente em casos em que a segurança jurídica ou o interesse público justifiquem essa medida. Isso visa evitar que a exceção se torne a regra e que a administração pública abuse do poder discricionário para manter atos inválidos em vigor. É preciso encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos administrados e a preservação do interesse público e de outros princípios, levando em conta as circunstâncias específicas de cada caso.

Em decorrência da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 2019, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos, nos artigos 147 e 148, tornou tal aplicação mais imperativa e com situações de aplicação mais delineadas, avançando no que está previsto no art. 20 da LINDB. Além disso, é mais específica do que o CPC, que é norma geral e aplicável supletivamente ao direito administrativo.

¹⁵BOCCHI, O. H. A Lei 13.655/2018 e as alterações da LINDB: interpretação dos novos dispositivos artigo por artigo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78562/a-lei-13655-2018-e-as-alteracoes-da-lindb-interpretacao-dos-novos-dispositivos-artigo-por-artigo>. Acesso em: 16 maio 2023.

Os artigos 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021 obrigam os agentes públicos a realizarem, no processo licitatório ou de execução contratual, a análise das consequências, bem como os balizamentos para se aferir o conceito jurídico abstrato do interesse público, em especial, de maneira mais detalhada. Esses dispositivos trazem para o direito positivo aplicável à seara judicial e administrativa vários elementos que devem ser observados para se objetivar minimamente o conceito abstrato do interesse público nessas esferas¹⁶.

O art. 148 da Nova Lei de Licitações e Contratos reafirma a noção de consequencialismo ao afastar a aplicação automática da nulidade, modulando a invalidade do ato ou norma. Por meio dessa inovação legislativa, os efeitos da declaração de nulidade, que normalmente retroagiriam para o momento do ato ou norma fulminada pela nulidade (efeito *ex tunc*), podem ser postergados ou até evitados sem a consequente declaração de invalidade.

Assim, mesmo ao declarar a nulidade, o ato ou norma não é invalidado automaticamente, permitindo que a nulidade seja postergada para um momento oportuno, de forma a não comprometer a situação consolidada sob a égide do ato nulo.

Essa situação se aplica especialmente às contratações públicas, que são o foco principal da Lei nº 14.133/2021. Tomando como exemplo a nulidade de um contrato de grande montante, como o de coleta e transporte de resíduos sólidos (coleta de lixo), no qual houve uma grande mobilização de maquinário e pessoal, é importante considerar que a mobilização para a prestação desse serviço, dadas suas características e porte, não é fácil nem rápida. Mesmo em uma contratação emergencial, é provável que não haja interessados para um período curto, ou, caso contrário, os preços seriam elevados e não condizentes com a vantajosidade necessária para atender ao interesse público.

Dessa forma, visando à continuidade da atividade administrativa, a autoridade poderia decidir manter a vigência de um contrato declarado nulo por um prazo determinado e suficiente para reorganizar a atividade. Após o término desse prazo, os efeitos da declaração de nulidade passariam a ser efetivos¹⁷.

É evidente que essa inovação expressa no direito positivo brasileiro tem origem na prática trazida especialmente pelos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, e pela necessidade de ajustar a norma à necessidade prática e lógica da administração pública. Isso evita, principalmente, decisões tomadas de maneira muitas vezes irracional apenas para cumprir rigidamente a norma estabelecida, ou até mesmo soluções legislativas inadequadas para a situação.

Ao mesmo tempo, traz maior liberdade ao gestor público na escolha da melhor alternativa para dada situação com a finalidade de atender ao valor jurídico do interesse público, vantajosidade, eficiência, entre tantos outros perseguidos, observando o melhor resultado-consequência, sem que venha a ser responsabilizado por se afastar dos rigores da lei estritamente considerada.

¹⁶NOHARA, I. P. D. Nova Lei de Licitações e Contratos comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 493-495: "A nova lei, ao tratar da nulidade dos contratos, procura trazer elementos para serem ponderados no tocante as consequências da invalidação, que deve ser adotada apenas quando não for possível o saneamento da irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual. Assim, no tocante à possibilidade de suspensão ou de declaração de nulidade do contrato, deve haver medida de interesse público, com a ponderação de inúmeros aspectos que são trazidos exemplificativamente no rol do art.147 da Lei".

¹⁷Art. 148, § 2º, Lei 14.133/2021: "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".

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que:

[...] a decisão adotada deverá tomar em vista não apenas os valores incidentes, mas também todos os elementos pertinentes à solução do caso concreto. Isso envolve, de modo mais evidente, a incidência de normas jurídicas de diversas ordens¹⁸.

O que conduz à inserção de mais elementos – necessários e relevantes – à decisão, além dos formalmente apresentados como fundantes da subsunção do fato às normas.

3.1 APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 148 DA LEI Nº 14.133/2021 AOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL

Questão relevante diz respeito à possível abrangência dos artigos 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021 e sua possível extensão para situações além das previstas expressamente pelo diploma legal.

O art. 1º da Lei nº 14.133/2021 estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Embora destinada a situações delimitadas no artigo 1º, a interpretação da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) também é influenciada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Assim, considerando a natureza da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo “norma das normas”, e que a partir dela, e obviamente em consonância com a mesma, foi introduzida a Lei Federal nº 14.133/2021, de caráter nacional e aplicação compulsória para contratos e licitações, tem-se que o art. 147 e 148 podem ter sua aplicação estendida para todo o direito administrativo, considerada a Lei de Licitações e Contratos como norma geral e especial não só para licitações e contratos, mas potencialmente para todo o direito administrativo.

No entanto, é importante observar que os requisitos relativos à modulação de efeitos e aplicação de critérios, incluindo as consequências para postergar uma eventual declaração de nulidade de ato ou norma – tanto da LINDB quanto da NLLC –, podem entrar em conflito com outras normas de direito que não preveem essa modulação, resultando em uma antinomia jurídica¹⁹.

Segundo Diniz:

[...] ante a importância de se saber qual das normas antinômicas deve ser aplicada de preferência, a ordem jurídica prevê uma série de critérios para a solução de antinomias no direito interno, que são: a) o hierárquico [...] b) o cronológico [...] c) o da especialidade [...]²⁰

Mas nem sempre os três critérios estariam penderes para uma norma, sendo que a presença da prevalência de critérios distintos para normas opostas inauguraria uma antinomia “qualificada”.

¹⁸JUSTEN FILHO, op. cit., p. 32.

¹⁹DINIZ, M. H. Conflito de normas. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 85: “6) a antinomia jurídica, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., é a oposição existente entre duas normas (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável, pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um dado ordenamento”.

²⁰Ibid., p. 39-44.

Portanto, em uma antinomia jurídica em que a NLLC está em conflito com uma determinada norma administrativa anterior a ela e à LINDB, e que não permite a adoção do critério clássico *ex nunc* para evitar a retroatividade da norma, ou seja, para não postergar sua invalidade, se for declarada nula, podemos aplicar o critério cronológico e a aplicação suplementar da NLLC para estender sua aplicação a situações de direito administrativo, além daquelas relacionadas a contratos e licitações.

Claramente, se houver uma colisão entre uma norma da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) e uma norma hierarquicamente superior, como aquelas de natureza trabalhista que regem a contratação de servidores públicos, de matriz constitucional e com jurisprudência consolidada que valida diversas normas que regulam a matéria, a antinomia seria resolvida aplicando-se o critério hierárquico e da especialidade. Nesse caso, a NLLC seria afastada e o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) seria aplicado como a regra especial, mesmo que cronologicamente inferior.

No entanto, considerando as consequências do ato, o julgador pode, devidamente justificado e ponderando as consequências práticas da invalidação, postergá-la para um momento futuro. Isso traz a aplicação dos artigos 147 e 148 da NLLC também para áreas em que objetivamente não seria possível transigir minimamente em relação ao texto expresso da lei.

Avançando na temática, surge uma questão relevante quando mais de um critério é considerado para cada norma em aparente conflito. Embora os critérios analisados previamente possam resolver as questões relacionadas a conflitos normativos, vale destacar que também podem surgir situações em que os próprios critérios entram em conflito. Nesses casos, dois critérios podem ser aplicáveis a um conflito de normas, mas não simultaneamente, pois a aplicação de um deles resultaria na preferência por uma norma e a aplicação do outro resultaria na escolha da outra norma. Assim, “por exemplo, em um conflito entre uma norma constitucional anterior e uma norma ordinária posterior, o critério hierárquico favoreceria a primeira norma, enquanto o critério cronológico favoreceria a segunda norma”²¹.

Para a situação descrita como a antinomia de antinomias, ou seja, uma antinomia de segundo grau, destacam-se, entre as possíveis variáveis em relação aos critérios, a colisão entre os critérios hierárquico e cronológico, entre os critérios de especialidade e cronológico, e entre o critério hierárquico e o de especialidade.

A resolução de antinomias, especialmente as de segundo grau, não tem uma diretriz uniforme e hegemônica. Contudo, entende Diniz que:

O critério dos critérios para solucionar as antinomias seria o do princípio supremo da justiça. Por se tratar de assunto dominado por razões de ordem prática, o logismo absoluto na aplicação dos critérios para sua solução poderia levar a injustiças e iniquidades²².

Nesse sentido, no caso de considerar a aplicação da NLLC para introduzir o elemento consequência nas decisões administrativas em relação a uma determinada norma específica estabelecida, é necessário analisar as normas consideradas conflitantes – os artigos 147 e 148 da NLLC – com outra disposição administrativa que não permita a análise das consequências para validar o valor jurídico abstrato estabelecido, especialmente o do interesse público, para se estabelecer a possibilidade ou não de extensão de tais artigos a outras matérias administrativas que não se refiram aos contratos e licitações²³.

²¹*Ibid.*, p. 53.

²²*Ibid.*, p. 87.

De onde se conclui que, mesmo diante da escolha entre normas aparentemente conflitantes em relação aos efeitos da nulidade de normas ou atos defeituosos, e considerando a possível extensão dos artigos 147 e 148 da NLLC a outras situações além das previstas pela Lei nº 14.133/2021, a solução para uma eventual antinomia jurídica de segundo grau que defina sua abrangência no direito administrativo deve também levar em conta o valor jurídico abstrato da justiça e equidade.

A noção de considerar as consequências trazidas pelos artigos 147 e 148 da NLLC para situações de normas declaradas nulas não apenas atende a valores jurídicos concretos necessários, mas também preenche, inclusive sob o ponto de vista administrativo, outros valores jurídicos abstratos, como o princípio do interesse público, da economicidade, da vantajosidade e da eficiência. Esses valores devem ser observados ao se avaliar a escolha diante de uma norma inadequada para uma situação específica, autorizando, assim, a aplicação dos artigos 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021 em todo o direito administrativo positivado, caso o critério hierárquico prevalente para a solução de conflitos normativos seja superado.

A análise casuística, com base nos critérios doutrinários estabelecidos para a resolução de conflitos aparentes de normas, considerando especialmente a superação do critério hierárquico para uma determinada situação, deve ter como direcionamento as consequências práticas a serem supridas pela aplicação da regra apropriada.

Portanto, é necessário concretizar os valores jurídicos abstratos, ou seja, os princípios, na sua máxima extensão, lógica e razoável, levando em consideração a realidade dos fatos e o interesse público mais legítimo e efetivo envolvido, sem desconsiderar a norma existente, mas adaptando-a para uma situação específica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei deve ser compreendida como um instrumento para alcançar o bem comum. No entanto, ao analisar a falta de uniformidade nas normas de direito administrativo, que são múltiplas e não possuem uma regência única, exceto pelos princípios constitucionais, nota-se que não existe uma consolidação semelhante à da legislação trabalhista (CLT), tributária (CTN), civil (CC) e penal (CPB).

Nesse contexto, o artigo 20 da LINDB desempenha um papel importante na interpretação e aplicação das normas, uma vez que busca modular a invalidade dos atos nulos levando em consideração não apenas os valores jurídicos abstratos, como os princípios, e a noção clássica de retroatividade absoluta do ato declarado nulo, mas também esses valores, considerando as consequências práticas decorrentes de uma eventual declaração de nulidade.

Assim, tanto os gestores públicos quanto os órgãos judiciários são obrigados a aplicar o direito concreto levando em consideração as consequências práticas de suas decisões. A interpretação, à luz do artigo 20 da LINDB, pode e deve ser aprimorada no âmbito administrativo, integrando-se, como diretriz normativa, os artigos 147 e 148 da Nova Lei de Licitações e Contratos. Isso ocorre porque esses artigos derivam do artigo 20 e estão mais alinhados com as demandas administrativas, a fim de atender melhor aos valores jurídicos abstratos que devem ser protegidos, destacando-se, para a modulação de efeitos, o interesse público, a eficiência e a economicidade, conferindo-lhes uma abordagem prática, útil, efetiva e justa.

²³Note-se que quando se está a falar dos art. 147 e 148 da NLLC, claramente, por estar contida na orientação principiológica maior do art. 20 da LINDB, se está a falar igualmente destes.

Por fim, reafirma-se a ampla aplicação obrigatória da LINDB em todo o direito administrativo, exceto em situações em que a não declaração de invalidade (ou sua postergação), conforme previsto no artigo 20 da LINDB, não seja possível. Isso ocorre nos casos em que a Constituição estabelece uma restrição clara para essa modulação, como no caso da proteção de servidores contra a declaração de nulidade de ato ou de norma que impeça a transferência de cargos ou a nomeação para cargos públicos sem aprovação em concurso público.

Mas sua ampla utilização é ferramenta necessária para a boa aplicação do direito em todas as suas dimensões, trazendo elementos, antes não positivados, como o resultado prático de determinada decisão para o cotidiano das decisões administrativas e judiciais.

Em conformidade com o artigo 20 da LINDB, os artigos 147 e 148 da NLLC, que claramente são influenciados por esse mesmo artigo, devem ter sua aplicação estendida para além do procedimento licitatório e de execução contratual regidos pela Lei nº 14.133/2021. Isso ocorre porque, embora estejam absolutamente em consonância com a LINDB e voltados principalmente para a legislação administrativa, que primariamente regulamenta as situações de licitações e contratos, o diploma licitatório possui a capacidade de ser uma norma geral do direito administrativo, uma vez que é mais recente cronologicamente. Portanto, é aplicável a todo o direito administrativo, exceto em situações em que haja legislação especial que restrinja sua aplicação.

É importante ressaltar que não se pretende afastar a necessidade de considerar os valores jurídicos abstratos expressos pelos princípios, mas, sim, reafirmá-los tendo em vista as consequências práticas quando são invocados para alcançar a justiça. Ao invés de rejeitar ou afastar esses valores jurídicos abstratos, busca-se refiná-los e aprimorá-los ao mensurar as consequências práticas para validá-los.

REFERÊNCIAS

BOCCHI, O. H. A Lei 13.655/2018 e as alterações da LINDB: interpretação dos novos dispositivos artigo por artigo. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78562/a-lei-13655-2018-e-as-alteracoes-da-lindb-interpretacao-dos-novos-dispositivos-artigo-por-artigo>>. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 14.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 05 maio 2023.

CARVALHO FILHO, J.S. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: Estudo de caso sobre a criação inconstitucional de municípios. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 57 n. 225, p. 151-163 jan./mar. 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p151.pdf>. Acesso: 16 maio 2023.

DINIZ, M. H. Conflito de Normas. São Paulo: Saraiva, 1987.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Edição especial: Direito Público na Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº13.655/2018). Rio de Janeiro, 2018, p. 13-41.

MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832>. Acesso em: 21 jul. 2021. >. Acesso em: 11 mai. 2023.

MORAES, A. de Direito Constitucional. 38. São Paulo: Atlas, 2022.

NOHARA, I. P. D. Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 493-495.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5709 ED Distrito Federal (Embargos Declaratórios na Ação Direta de Inconstitucionalidade). Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Julgamento: 24.08.20. Publicação: 17.09.20 Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753837228>>. Acesso em: 15 maio 2023.