

14

LINDB no Direito Público e a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: impactos e convergências

Irene Patrícia Nohora
Advogada

Sumário: Introdução. 1. Novos contornos do controle a partir das alterações promovidas pela LINDB. 2. Nova Lei de Licitações e convergências com a LINDB: objetivo de inovação e retração da Administração Pública do Medo. 3. Impacto da Nova Lei de Licitação e Contrato e limites à declaração de nulidade do contrato. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O objetivo do presente escrito, confeccionado para a obra organizada pelo grupo de estudos de magistrados da Escola Paulista da Magistratura, de coordenação dos ilustres Antonio Carlos Villen e Alexandre Guerra, é analisar os impactos e convergências entre a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (LINDB), com a redação da Lei nº 13.655/2021, e a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 13.655/2021). Agradeço honrada ao convite e espero que a presente análise possa contribuir para as importantes reflexões veiculadas pela obra no sentido de problematizar os novos temas do *Direito Público Contemporâneo*.

A LINDB, conforme alteração feita pela Lei nº 13.655/2021, adveio de um diagnóstico dos excessos do controle na seara do direito público. Diante das múltiplas oportunidades de responsabilização imputadas ao gestor público, também veiculadas por diversos órgãos de controle, desde o Ministério Público, passando pelos Tribunais de Contas, o controle social e o judicial da Administração, a Administração Pública no Brasil começou

a manifestar receios, o que resultou na identificação do fenômeno da Administração Pública do Medo.

Mesmo em face das prementes necessidades a serem preenchidas por meio da ação tempestiva dos agentes públicos, a *Administração do Medo* ocasionou um “apagão de canetas”, isto é, uma paralisação das decisões, diante do temor da responsabilização, tendo em vista a imprevisibilidade do conteúdo das decisões oriundas dos mais distintos órgãos de controle.

Antes de decidir, não é raro que os agentes públicos queiram saber das orientações dos Tribunais de Contas, desejem também dirigir consultas e, ainda, prevenir medidas e questionamentos por parte do Ministério Público, o que impacta na pouca iniciativa de inovação na gestão, justamente pelo fato de que inovar e “sair da caixa”, mesmo que diante da pretensa discricionariedade administrativa, envolvem significativos riscos de responsabilização.

Neste contexto, bons gestores começaram a ficar com medo de decidir e futuramente serão responsabilizados por uma decisão relevante, mas que se choca com alguma orientação cambiante por parte do controle. Percebeu-se que aquele gestor de um pequeno município, com poucos recursos humanos e materiais, quedava-se inerte às prementes ameaças de responsabilização por sua ação.

Houve, então, no Direito Administrativo, uma “ressaca” dos movimentos pautados exclusivamente no discurso de incremento do controle como um *fin em si*, impulsionado por um desenfreado *furo punitivista*, e uma nova leva de reflexões permeou o *Direito Público Contemporâneo* com análises como o *Direito Administrativo do Medo*¹, as visões antitrombânticas do controle² e também iniciou-se um movimento voltado a criticar o fenômeno do *ativismo de contas*³, situação em que os Tribunais de Contas extrapolam suas missões constitucionais e legais e acabam querendo funcionar antes como um contencioso administrativo, isto é, como uma jurisdição adicional especializada na aplicação do

¹ Cf. SANTOS, Rodrigo Vargas. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

² JORDÃO, Eduardo. *Estudos antitrombânticos sobre o controle da Administração Pública*. São Paulo: Juspepini, 2022.

³ CARVAL, Flávio Garcia. *O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União*. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 215-237, 2021.

¹ Livre-Docente e Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Professora-Regente do Programa de Pós-Graduação em Direito Público e Economia da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde leciona Direito Administrativo na Graduação, Advogada Paracetina e Membro em Contratos Administrativos. Gestora do site dreloabarr.com.br.

(São do do princípios)

direito público, em prejuízo à conformação conferida à separação de poderes pela Constituição, e, ainda, intensificando o fenômeno da *Administração Pública do Medo*.

No caso daquela autoridade pública que assina um contrato administrativo ou que pratica atos em licitações, há inúmeras oportunidades de responsabilidades que se acrescem a um sistema que nem sempre considera o *bis in idem*, acrescentando, então, responsabilidades em uma realidade de sobreposição de distintos órgãos de controle, algo que a LINDB, a partir da Lei nº 13.655/2018, procura tentar equacionar.

Percebe-se que inúmeros agentes públicos procuram se escusar de assinar diretamente contratos administrativos, pois quem assina um contrato administrativo pode ser submetido, entre outras, às responsabilidades administrativa, civil, criminal e por improbidade. Para evitar esses excessos, a LINDB procurou, conforme será visto, limitar as esferas de responsabilidades (exceto na instância administrativo-disciplinar), para as situações de dolo ou erro grosseiro³, conforme seu artigo 28, com redação da Lei nº 13.655/2018.

Houve o estímulo para que haja decisões mais “consequenciais”, que compulsem o chamado “primado da realidade”, ponderando consequências jurídicas e administrativas das invalidações de atos, contratos, ajuste, processo ou norma, com ênfase, ainda, na importância de uma justiça negocial quando houver determinações que provoquem efeitos onerosos ou injustos da ação do controle. Também é relevante considerar que o decreto que regulamenta a LINDB trouxe desdobramentos para o uso da modulação de efeitos decorrente da invalidação de ato.

Por conseguinte, haverá a exposição das determinações da LINDB, a convergência com a Nova Lei de Licitações e Contratos, que estabelece, no art. 5º, sua incidência expressa sobre as licitações e contratos regidos pela Lei nº 14.133, sendo especificadas determinações da Nova Lei de Licitações e Contratos que têm uma articulação com o espírito veiculado pela LINDB, como contribuição para o diálogo entre estas duas importantes leis que regem grande parte das atividades administrativas dos diversos Poderes.

³ Também para a improbidade, após Lei nº 14.230/2021, há apenas a situação dolosa, tendo sido afastada a figura polêmica da improbidade culposa.

1. Novos contornos do controle a partir das alterações promovidas pela LINDB

Administração Pública do Medo é a situação em que, diante da profligação dos controles (social, administrativo, pelo Ministério Público, legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas e Judicial), que dão ensejo a inúmeras oportunidades de responsabilização, seja por processo disciplinar, por improbidade administrativa, por ação de responsabilização ou por ações penais, sem que haja um *bis in idem*, o gestor começa a ficar com receio de manejar com segurança suas oportunidades de agir, em virtude do risco de lhe ser imputada alguma responsabilidade, mesmo quando age ante obstáculos e pensando no contexto de realidade a ser enfrentado.

Por conta desta situação, muitas pessoas conscientes passaram a negar assumir cargos de gestão na Administração Pública e outras que assumem por vezes se quedam paralisadas (pelo temor da responsabilização) em algumas situações em que há necessidade de decidir, sobretudo em face da improbabilidade do conteúdo das decisões oriundas dos mais variados e desarticulados órgãos de controle.

Para combater essa situação de divergência interpretativa pelos órgãos de controle, a Reforma da Improbidade, por exemplo, veiculada pela Lei nº 14.230/2021, estabeleceu não configurar improbidade administrativa a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser prevalente nas decisões dos órgãos de controle ou do Judiciário.

No caso das licitações, existe uma disputa sobre qual Tribunal de Contas será determinante para fixar as orientações interpretativas. Nesta perspectiva, nota-se o conteúdo da controvertida Súmula 222, que determina que:

as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe prioritariamente à União legislador, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Trata-se de conteúdo polêmico, pois, no fundo, haveria de se respeitar a competência de cada ente federativo para interpretar a lei de licitações e contratos, sendo da União apenas a atribuição para editar normas gerais

sobre licitações e contratos advindas do art. 22, XXVII, da Constituição, deixando aos entes a possibilidade de viabilizarem suas interpretações. Ainda, a lei acabou seguindo uma tradição maximalista, sendo em muitos pontos bastante específica, o que amplia forçosamente a competência do TCU, que se pretende um órgão de sobreposição aos demais Tribunais de Contas na interpretação da matéria.

Contrariamente ao movimento de apropriação por parte do Tribunal de Contas da União por uma espécie de “soberania” na interpretação da nova lei, houve o providencial veto ao art. 172 do projeto da nova lei, quando aprovado, o qual pretendia estabelecer o seguinte conteúdo: “os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e propiciar segurança jurídica”, tendo sido ainda pretendido que a decisão que não acompanhasse tal orientação apresentasse motivos devidamente justificados.

Apesar dessa tentativa de criar um sistema que conferia uma espécie de vinculação aos demais entes das súmulas enunciadas pelo Tribunal de Contas da União, o veto com razão determinou que: “viola o princípio da separação de poderes (art. 2º, CF), bem como viola o princípio do pacto federativo (art. 1º, CF) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CF)”⁹⁶.

Evidente que não dá para tentar determinar que o Tribunal de Contas da União tenha prioridade em suas interpretações sobre licitações em relação aos demais Tribunais de Contas de outras esferas, por conta do princípio federativo.

Aliás, sem dúvida que o ideal seria uma concertação na interpretação dada ao tema, para evitar que haja tantas interpretações distintas, mas essa concertação não seria pela prevalência do Tribunal de Contas da União em detrimento da competência interpretativa dos demais Tribunais de Contas, mas, sim, a partir de um diálogo e uma troca de experiências que pudesse proveitosamente resultar na harmonização. Ademais, também é importante que se saiba que a realidade de cada ente federativo, diante de seu tamanho e das condições materiais e de recursos humanos, é dispar, não se podendo exigir da mesma forma o cumprimento dos papéis, em face dos obstáculos vivenciados de forma distinta.

⁹⁶ MORAIS, Irene Patrícia Diem. Licitação e contratos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. v. 6, p. 133.

Logo, a LINDB trouxe uma necessidade de interpretação que corrigisse o chamado “primado da realidade”, isto é, a aplicação do texto normativo que considere as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor e das exigências das políticas públicas a seu cargo, sendo averiguadas, quando da regulamentação da situação, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, em função das peculiaridades do contexto vivenciado.

Outrossim, também assevera o art. 24 da LINDB que 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.

O consequencialismo, por sua vez, procura evitar decisões injustas e desequilibradas, estimulando a que haja uma ponderação das consequências práticas da decisão, exigindo-se que a motivação de uma decisão de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indique, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

Assim, estabelece o art. 21 da LINDB que:

a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (BRASIL, 2018)

O parágrafo único do art. 21 acrescenta, ainda, que a decisão a que se refere o caput,

deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regulamentação ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo dos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (BRASIL, 2018)

Para auxiliar na interpretação do dispositivo, há o Enunciado 7, proveniente do encontro promovido pelo IBDA em Tiradentes, sobre a LNDB e seus impactos no Direito Administrativo, com o seguinte conteúdo:

Na expressão “regularização” constante no art. 21 da LNDB estão incluídos os deveres de convitar, converter ou modular efeitos de atos administrativos evitados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação”.

A modulação de efeitos é desdobrada de forma mais particularizada nos parágrafos terceiro e quarto do art. 4º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a LNDB, o qual estabelece que, quando cabível, a decisão indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízos aos interesses gerais, sendo que o § 4º dispõe que, na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas, restringir os efeitos da declaração ou decidirá que sua eficácia incidirá em momento posteriormente definido, para gerar uma situação mais equilibrada e que provoque menos prejuízos⁷.

Vamos supor que uma invalidação com efeitos retroativos fulmine o processo licitatório e impeça a continuidade da execução contratual, provocando danos graves ao atendimento do interesse público veiculado pelo contrato. Por atender a necessidades prementes e haver de ocorrer uma nova licitação, o que leva tempo, o decisor do controle poderá, então, calibrar os efeitos para evitar ônus ou perdas excessivos que prejudiquem o interesse coletivo.

É possível, conforme será visto, a convalidação, a depender da circunstância e seus efeitos, e, ainda, haver modulação de efeitos para a invalidação ser convertida em perdas e danos, conforme determina o

⁷ MOTA, Fabrício Nohara, Irene Patrícia. *LNDB no direito público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 120.

⁸ MOTA, Fabrício Nohara, Irene Patrícia. *LNDB no direito público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53.

parágrafo único do art. 147 da Nova Lei de Licitações. Ademais, há a possibilidade de calcular-se o momento dos efeitos até que haja uma regularização e contrato, com incidência da eficácia *pro futuro*, que incluíde em momento posteriormente definido, para melhor atender ao interesse coletivo que ficaria desassistido a partir da suspensão contratual.

Deve haver uma propensão ao saneamento dos atos, dentro da ênfase de uma postura mais orientadora e preventiva do controle do que simplesmente repressiva. Trata-se de postura refletida no art. 13, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019 (que regulamenta a LNDB), segundo o qual: “a atuação dos órgãos de controle privilegiará ações de prevenção”.

Privilegiar as ações de prevenção é evitar a atitude apeltada de “engenheiro de obra pronta”, a situação na qual o controle *a posteriori* foca-se exclusivamente em apontar erros e falhas, sem procurar compreender as dificuldades práticas e os obstáculos enfrentados pelo gestor no processo, sobretudo quando não há orientações claras e compreensão dos gargalos existentes em cada situação concreta, evitando-se que o controle se limite a situações exclusivamente de sancionamento.

Como uma tentativa de aprimoramento do controle, determina o art. 30 da LNDB que as autoridades públicas devem atualizar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, simulas administrativas e respostas a consultas, tendo tais instrumentos, conforme o parágrafo único deste dispositivo, caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

É reforçada a necessidade de individualização da sanção pelo § 2º do art. 22 da LNDB, o qual determina que, na aplicação das sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Como relevante previsão que vem a melhorar esse excesso de saneamento, estabelece o § 3º do art. 22 que: “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”, o que gera um teto para que não haja sobreposição de sanções de mesma natureza, mesmo diante da problemática incomunicabilidade de instâncias que acarreta uma encurrada de condenações com potencial de recair sobre o mesmo fato.

2. Nova Lei de Licitações e convergências com a LINDB: objetivo de inovação e retração da Administração Pública do Medo

A Nova Lei de Licitações adveio de um movimento para modernizar e compilar os diplomas normativos gerais sobre o tema de licitações e contratos. Assim, ela consolida em um único diploma: a Lei Geral de Licitações e Contratos (anterior Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011).

Ela promove muitas mudanças na matéria, a exemplo do aprofundamento da disciplina do planejamento das licitações, trazendo a inversão de fases, do incremento das exigências de governança e de *compliance* nas contratações públicas, com obrigatoriedade do programa de integridade em contratações de grande vulto, da previsão de passos para a contratação digital, com a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), da criação de uma sistemática de cláusula de retomada em seguro-garantia, com a possibilidade de a seguradora assumir a execução da obra para evitar situações de obras inacabadas, da disciplina do credenciamento e do estabelecimento de uma nova modalidade de licitação denominada de diálogo competitivo⁹.

Do ponto de vista dos objetivos, houve o acréscimo da inovação ao lado do objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Oficialmente, desde 2010, quando houve a inserção do objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável entre os objetivos da licitação estão contidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, a licitação transcendeu sua vocação meramente contratual, passando a ser tida também como instrumento metacontratual ou política pública de promoção do desenvolvimento.

Atualmente, com a Nova Lei de Licitações e Contratos, houve a ampliação dos objetivos da licitação para, conforme o art. 11 da Lei nº 14.133/2021, assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; evitar contratações com sobre-preço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento

⁹ NOHARA, Irene Patrícia Donn. *Nova Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 13-15.

na execução dos contratos, e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Dentro da perspectiva de atuação estatal por indução na economia é possível e recomendável direcionar o processo licitatório para que haja o alcance do objetivo metacontratual de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, bem como para que o uso da licitação provoque inovação. Como o Estado possui um enorme poder de compra pública, da ordem de 10% a 15% do PIB nacional, então, nada mais relevante do que estimular a que o Estado faça modelagens contratuais que estimulem a criação de um mercado fornecedor que proporcione inovação.

Inovação é um imperativo da dinamicidade do capitalismo contemporâneo que atinge amplos setores de atividades. É pela inovação que são criados produtos e processos, o que tem relação com o desenvolvimento científico e tecnológico, sendo exigido das organizações, segundo Schumpeter (1977), que inovem continuamente. É essencial para a sobrevivência das organizações que se adaptem às novas demandas, criando novos produtos, serviços e processos.

Todavia, como atualmente há muita plasticidade na prestação de serviços e produtos, nem sempre o Poder Público tem conhecimento do estado da arte de tudo o que existe no mercado em termos de soluções em prestações de serviços ou mesmo da gama de produtos e técnicas possíveis para uma contratação mais customizada; assim, a ideia da nova modalidade de diálogo competitivo é fugir do padrão imposto pelas modalidades mais rígidas nas licitações com o objetivo de possibilitar que a Administração Pública estruture uma contratação amoldada a solucionar especificamente um problema seu.

Nesta perspectiva, há tanto a previsão do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), o qual foi previsto na lei como *procedimento auxiliar*, pois busca provocar o mercado para compartilhar de sua *expertise* para que o Poder Público, a partir desse compartilhamento de informações, tenha condições de engendrar contratações mais ajustadas às suas necessidades, como também do diálogo competitivo, sendo este, por sua vez, uma nova modalidade de licitação.

Outra possibilidade, que advém da necessidade de inovação nas licitações, é a contratação integrada, em que o projeto é delegado à empresa que irá executar a licitação, algo que adveio do RDC, foi acolhido à Lei das Estatais, a qual também previu a contratação semi-integrada,

e que era inconcebível na sistemática da anterior Lei nº 8.666/1993, em que quem projetava não participava da execução do contrato.

Note-se que, para que a Administração Pública possa utilizar de todo o potencial de inovação previsto na Nova Lei de Licitações e Contratos, há a necessidade de se estimular uma postura responsiva por parte dos agentes públicos para que pensem “fora da caixa”, que tenham essa vontade de buscar produtos e serviços de fato inovadores.

Neste sentido, não se deve ser excessivamente punitivo com a possibilidade de erro nas escolhas, pois só somos capazes de nos aperfeiçoar em uma arte, seja ela a arte de comprar, se nos permitirmos, por vezes, arriscar, tomar decisões que não são sempre as mesmas, dado que inovar significa efetivamente sair da zona daquilo que é feito sempre da mesma maneira, para buscar, com criatividade, novas soluções para as necessidades de contratação da Administração, sem tanto temor de errar.

Assim, para diminuir essa paralisia do agente público provocada pelo medo da responsabilização diante do possível erro, o art. 28 da LINDB determinou que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Há doravante uma necessidade de uma culpa grave para imputação de responsabilidade ao agente público por suas decisões.

O art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a LINDB, esclarece que se considera erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Esta limitação da responsabilidade e medida que contribui para a diminuição do fenômeno da *Administração Pública do Medo*, pois o agente poderá inovar com mais desenvoltura ao saber que só lhe será imputada uma eventual responsabilidade por medida se for caracterizado um erro grosseiro ou uma culpa grave.

3. Impacto da Nova Lei de Licitação e Contrato e limites à declaração de nulidade do contrato

Convergência importante entre a LINDB, que, conforme exposto, privilegia o saneamento ou a convalidação de atos etivados de vícios em vez de sua invalidação, dadas as consequências gravosas em termos sociais da anulação provocada pelo controle e o conteúdo do art. 147 da Lei nº 14.133/2021. De acordo com este dispositivo, mesmo diante da

constatação da irregularidade do procedimento licitatório ou na execução contratual, 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 de aspectos contidos em 11 incisos desdobrados no art. 147 da lei.

Logo, não basta para a invalidação do contrato ou sua suspensão que haja a constatação de irregularidade, mas há um condicionamento da declaração de nulidade ou da execução do contrato que se trate de medida de interesse público.

Os aspectos avaliados para tal medida são: 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 índices 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; e custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Assim, caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá opar 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. Em vez de invalidar e paralisar a execução contratual, pode-se exigir perdas e danos, apurando responsabilidades e penalidades, mas que não inviabilizem a execução de um contrato que traz benefícios sociais, econômicos e ambientais.

Há desperdícios diretos e indiretos derivados da paralisação de um contrato ou mesmo de uma obra pública. Segundo estimativas do Tribunal de Contas da União, trazidas no Acórdão 1.079, de dez bilhões de reais aplicados em obras paralisadas, sem que tenham sido gerados benefícios, as consequências econômicas e sociais são multiplicadas por mais de dez, chegando, portanto, à cifra de 130 bilhões de reais que deixam de ser gerados na economia e na sociedade, devido à paralisação direta e indireta

de empregos e serviços e, portanto, à interrupção do desenvolvimento de inúmeras atividades.

Por conseguinte, tendo em vista essa realidade, a Nova Lei de Licitação e Contratos apresenta a convergência consequencial com a LINDB, ao condicionar a declaração de nulidade de um contrato à análise de seus efeitos e consequências econômicos, financeiros, sociais, ambientais provocados pela paralisação ou invalidação de um contrato.

Conclusão

As convergências entre a LINDB e a Nova Lei de Licitações e Contratos são juridicamente estabelecidas, sendo de se ressaltar que o impacto está legitimado expressamente no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, que determina que, na aplicação da lei, serão observados os princípios positivados, “[...] assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” (BRASIL, 2021). Logo, as regras voltadas à segurança jurídica e à eficiência na interpretação do direito público são expressamente aplicadas à realidade das licitações e contratos, conforme disciplina constante da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021).

Esse diálogo entre as duas leis busca arrefecer, também no cenário dos atos e processos licitatórios e dos contratos administrativos, o fadameo da *Administração Pública do Medo*, dado receio das autoridades da responsabilidade no manejo de suas competências na licitação e na assinatura dos contratos, assim como o consequente “apagão de canetas”, a indesejável paralisia provocada pelo temor de responsabilização em função, sobretudo, das orientações desarmônicas e cambiantes emanadas dos múltiplos órgãos de controle.

Assim, ocorreu a restrição da responsabilidade da medida tomada pelos agentes para os casos de dolo ou erro grosseiro, conforme determina o art. 28 da LINDB, o que se articula com a necessidade de se criar uma ambiência mais propícia à inovação, sendo esse um dos objetivos novos acrescentados ao rol presente no art. 11 da Nova Lei de Licitações, que estimula as modelagens licitatórias e contratuais a buscar produtos e serviços inovadores.

Conforme visto, o Tribunal de Contas da União tentou se estabelecer como um órgão de sobreposição na fixação de orientações para interpretação da lei de licitações e contratos, mas houve um veto a essa tentativa,

sendo ainda questionável o alcance da Súmula 222 do TCU, tendo em vista o respeito ao princípio federativo.

Ademais, a LINDB, após alteração provocada pela Lei nº 13.655/2018, trouxe um enfoque mais consequencialista dos efeitos das decisões de invalidação de atos e contratos, sendo preferível o saneamento ou a nulidade de efeitos, o que desloca o eixo da interpretação do direito público para a consideração das dificuldades práticas existentes, de acordo com o “primado da realidade”, exigindo uma atuação mais preventiva do que repressiva por parte dos órgãos de controle.

Por fim, outra convergência importante entre o espírito da LINDB e a Nova Lei de Licitações e Contratos foi a determinação contida no art. 147 da Lei nº 14.133/2021, no sentido de que, mesmo diante da irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, a suspensão ou invalidação só será adotada após uma análise de impacto, com avaliação de aspectos financeiros, sociais, ambientais, como o fechamento de postos de trabalho, os custos de realização de uma nova licitação, entre outros, para checar, a partir das consequências aplicadas naquela realidade contratual, se há mesmo interesse público envolvido na ativação de todos os efeitos derivados da invalidação do contrato.

Ainda estamos diante de leis recentes que deverão ser interpretadas pelos órgãos de controle, a partir do seu uso entre aqueles que atuam no Sistema de Justiça ou mesmo nos Tribunais de Contas, estimulando que a interpretação das licitações e contratos seja feita de forma mais equilibrada e consequencial.

Bibliografia

- BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2018.
- BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021.
- CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. São Paulo, v. 5, n. 16, p. 215-257, 2021.

- JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patricia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NOHARA, Irene Patricia. *Licitação e Contratos Administrativos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (coord.). *Tratado de Direito Administrativo* – vol. 6. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- NOHARA, Irene Patricia. *Nova Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- SCHUMPELER, Joseph. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

Porque a referência dos atos e processos de licitação e contratos administrativos do medo?