



DECISÃO DE INVALIDAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

DECISION OF INVALIDATION IN ADMINISTRATIVE CONTRACT

PEREIRA, Adilson Neri*

* Mestre, doutorando da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, Campus Monte Alegre. E-mail: adilson@anp.adv.br.

RESUMO: Apresenta-se a nova conformação a respeito da avaliação dos contratos administrativos em função de vícios, em sua formação ou de vícios supervenientes, determinantes da instauração de processo de invalidação, caducidade ou cassação, com os critérios de ponderação determinados para o caso concreto, mediante aplicação de princípios definidos na norma, além de conceitos indeterminados que levam à necessária discricionariedade na atuação do agente público. O controle do judiciário sobre as decisões administrativas fica facilitado pela existência de indicativos a serem utilizados pelo administrador e, ao mesmo tempo, tais indicativos propiciam a formação de diretrizes para orientar as decisões de acordo com o ramo de atuação, os tipos de contratos firmados e, especialmente, o conhecimento do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Vícios supervenientes; contratos; processo administrativo; controle judiciário; ponderação.

ABSTRACT: A new conformation is presented regarding the evaluation of administrative contracts in function of defects in their formation or defects in supervening, determinants of the initiation of process of invalidation, forfeiture or cancellation of the contract, with the weighting criteria determined for the specific case, by means of application of principles defined in the standard, in addition to undetermined concepts that lead to the discretion of the public agent. The control of the judiciary over administrative decisions is facilitated by the existence of indicators and used by the public agent in the evaluation of contracts, as such indicators provide the formation of guidelines to guide decisions according to the field of activity and the types of contracts signed.

KEYWORDS: Supervening addiction; contracts; administrative process; judicial control; weighting.

1 INTRODUÇÃO

O direito tem a práxis como linha de orientação, devotado a solucionar conflitos intersubjetivos, regular o comportamento dos cidadãos, zelar pela distribuição da justiça, garantir a estabilidade das relações.

Tais funções são atribuídas ao Estado como detentor do monopólio de decisão dos conflitos, cujos agentes exercem o *múnus público* de atuar nos campos decisórios, em sentido amplo. Essa atuação, embora realizada no caso concreto, requer a consideração do quanto definido no plano abstrato, com a abrangência de situações gerais direcionadas à toda a sociedade, através das quais se estabilizam relações e se propicia segurança jurídica à população.

Desse quadro é possível deduzir a conveniência e o acerto de se privilegiar as normas legislativas e se atuar nos limites semânticos dos textos normativos, em especial consideração ao legislador, aqui considerado como racional (Nino, 2010, pp. 387-390)¹ e, portanto, pleno de inteligência sobre as formulações realizadas em abstrato, de tal forma que o afastamento da lei diante de ponderações realizadas no caso concreto, sejam excepcionais e sempre justificadas pelas circunstâncias (Martins, 2020, pp. 275-276).

As disposições dos artigos 147 a 150 da atual lei de licitações, lei 14.133, de 1º de abril de 2021², consagram a recepção pelo legislador das regras de ponderação que se podem chamar concretistas nos procedimentos para tratar o que denomina nulidade de contratos.

A denominação escolhida pelo legislador, nulidade dos contratos, é indicativa de que do alto da sua existência milenar, presente desde os primórdios da civilização, as expressões próprias do direito civil se impõem soberanas sobre outros ramos do direito e, no caso particular, sobre o direito administrativo, apenas centenário. Assim, institutos e conceitos consagrados no direito negocial, como contratos e nulidade, apenas para citar dois termos abordados neste trabalho, estarão sempre presentes nos textos específicos e próprios da administração.

Nem sempre há vantagem na luta contra nomes consagrados, mas sempre será necessário estipular as condições e efeitos próprios dessa questão na seara administrativa. Assim, por exemplo, os ajustes com o particular não constituem propriamente um contrato, pois, este exige a livre disposição da vontade, o livre arbítrio pelas partes e, no entanto, a administração pública dispõe, no máximo, de discricionariedade, expressão que não se confunde com liberdade.

Sem liberdade ao exercício da vontade não há contrato. Há um ato administrativo complexo, bilateral, dependente da vontade do administrado quanto ao conteúdo, para validade e eficácia (Martins, 2015, pp. 375-381), com cláusula de preservação do equilíbrio econômico-financeiro e regras excepcionais atribuídas à entidade que representa o Estado: possibilidade de unilateralmente pôr um fim ao ajuste, poder de fiscalização.

¹ Em que pese o fato de ser uma criação fantasiosa, a assunção de racionalidade do legislador permite a eliminação de incoerências frente a valores insertos na constituição, possibilitando, ainda a integração do direito segundo cânones científicos de interpretação e aplicação do direito, em nome de uma segurança jurídica que seria impossível se o ordenamento fosse em verdade um amontoado de normas, descoordenadas.

² De acordo com o artigo 193 da lei, o período de *vacatio legis* e de dois anos, mas a administração tem a prerrogativa de já aplicá-la aos contratos, mediante expressa menção.

2 A RESCISÃO CONTRATUAL SUBSTITUÍDA PELA DECLARAÇÃO DE INVALIDIDADE

Ao tratar das hipóteses de finalização do ajuste, o atual diploma legislativo sobre licitações já não emprega o termo rescisão, tal como ocorria na lei 8.666/1993, também devotada a licitações públicas, substituindo pela expressão “nulidade do contrato”³ que mesmo para o direito negocial não se mostra a acepção mais técnica, pois, nulidade se reporta a vícios identificados na origem, que tornam o ajuste inexistente, nulo, demandando a extinção *ex tunc*, com retorno à condição anterior à sua assinatura, apesar dos efeitos que sua vigência tenha ocasionado.

A afirmação de que o termo seja inadequado decorre de a norma incorporar hipóteses de retirada do ato por questões anteriores ou simultâneas à sua formação, mas também por vícios supervenientes, além das hipóteses de fim concertado entre as partes, retirada unilateral em nome do interesse público, hipóteses para as quais o direito privado possui os termos rescisão, resolução, resilição, anulação, extinção (Venosa, 2003, pp. 497-509).

Para o direito administrativo, ao se referir ao contrato como ato administrativo bilateral, as possibilidades de retirada do ato do ordenamento assumem as denominações de invalidação, caducidade, cassação ou revogação.

Não obstante a errônea denominação quanto à retirada do contrato do ordenamento, observa-se uma preocupação do legislador com a acuidade técnica, no expresse reconhecimento do interesse público como princípio fundamental que regula as decisões em torno da continuidade do contrato. Mais do que isso, o artigo 147 prevê a adoção explícita de critérios de sopesamento das condições concretas na tomada de posição, inclusive de continuidade do ajuste:

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: [...].

Tratando especificamente de problemas na execução, o caput do artigo e o seu parágrafo único indicam seis alternativas de atuação: saneamento, suspensão, declaração de nulidade, continuidade do contrato, solução da irregularidade e cobrança de perdas e danos, todas condicionadas à aferição de condições específicas relacionadas com a própria existência do contrato.

A leitura do artigo revela uma técnica em que no plano abstrato se concede autonomia, melhor dizendo, discricionariedade, ao administrador para adotar a alternativa que melhor se adequa ao interesse público no momento da decisão. Apesar de fornecer parâmetros à construção das regras de decidibilidade, os possíveis arranjos das diretrizes a serem utilizadas demandam

³ O termo rescisão contratual é usado uma única vez, no artigo 90, § 7º, quando abre a alternativa de convocação dos demais concorrentes para conclusão de serviços ou obra remanescente, mas a possibilidade de pôr fim a contrato é referida como nulidade: Cap. XI – Da Nulidade do Contrato.

um esforço dogmático de construção, desafio esboçado neste artigo a partir dos tópicos inseridos pelo próprio legislador na norma.

De fato, parâmetros com o custo de desmobilização e mobilização variam consideravelmente de acordo com o tipo e porte de construção civil e, em se tratando de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, o mesmo fator terá não apenas valores, mas a própria aferição muito distinta, além das consequências que acompanham.

Cite-se que o término de um contrato em que se utiliza mão de obra intensiva e exclusiva, como nos serviços de vigilância, demanda atenção e cuidado com centenas de funcionários dispensados num mesmo momento, com a administração das possíveis reclamações trabalhistas e previdenciárias, negociações com os sindicatos de classe, avaliação dos custos correspondentes, verificação dos controles adotados, correção da conta vinculada quando existente.

Logo, a estipulação de diretrizes, longe de representar a imposição de amarras ao agente competente, terá a função de estabelecer indicadores passíveis de utilização nos casos concretos, auxiliando a decisão discricionária do administrador ao tratar da continuidade dos contratos, sua reforma ou extinção, além de servir como base para auferir a legitimidade dos procedimentos expostos como fundamentos da decisão.

3 SOBRE A DECIDIBILIDADE

Antes de abordar a decidibilidade em torno da invalidação de contratos firmados pela administração, torna-se necessário discutir a natureza do procedimento decisório nos diversos âmbitos em que se apresenta, tarefa que merece um recorte mais preciso, sem o que este ensaio tornar-se-ia um tratado, quando a única pretensão é a de despertar a atenção para o tema da decisão, a partir da atribuição na norma geral e abstrata de poderes discricionários ao agente administrativo, diante da avaliação concreta do caso.

Decisão, como tratada na doutrina, corresponde a um procedimento em que se instauram relações jurídicas entre pelo menos duas partes e um elemento numa posição de indicar um resultado para a disputa, com o objetivo de finalizar conflitos, utilizando-se de meios próprios da normatividade.

O reconhecimento quanto a complexidade e abrangência da decisão podem ser aferidos em grau decrescente segundo se refira a uma sentença ou acórdão, uma decisão administrativa ou mesmo na construção legislativa em que não se configura propriamente uma disputa entre partes, mas a valoração de alternativas postas à escolha frente ao legislador.

Procura-se estabelecer compromissos entre aqueles em situação conflitiva, onde existam possibilidades para tanto; conciliar interesses distintos, nos quais se vislumbre o atendimento ainda que parcial das expectativas; e, inexistindo a possibilidade de conciliação, a definição de alternativa que estabilize a discussão e impeça a ampliação do conflito, de tal forma que este seja finalizado e, não necessariamente resolvido (Ferraz Jr., 1977, pp. 87-90).

Fundamenta-se o resultado por meio do discurso prático racional, amparado em princípios constitucionais, na criação de leis num ambiente democrático e pluralista que preserve a constituição e a prerrogativa de qualquer interessado no uso do discurso jurídico, por meio de ampla defesa ou contraditório nos litígios judiciais ou extrajudiciais e adoção de procedimentos previamente definidos para encaminhar disputas (Alexy, 2008, p. 548).

Esse procedimento prioriza a preservação de um histórico coerente de decisões, em prol da segurança jurídica e da base de confiança dos administrados, instados a agir em conformidade com a expectativa presente no ordenamento, e, portanto, direcionados a uma atuação livre de sanções (Ávila, 2011, pp. 373-408). Sob essa ótica, a proteção da segurança é alçada ao nível de princípio constitucional implícito.

Não há diferença significativa entre princípios e valores, de tal forma que o manejo dos primeiros nas decisões judiciais, administrativas ou legislativas implica o manejo de funções valorativas, exigindo-se para sua complementação como pretensão de justiça que estejam voltados ao desenvolvimento social, com ênfase nos interesses coletivos.

Princípios têm, neste trabalho, a conotação exata de valores admitidos *prima facie*, cuja realização se pretenda na maior medida possível (Martins, 2015, pp. 112-113)⁴.

O administrador toma decisões ao emitir um ato. Exercita a avaliação do problema tal como se apresenta no mundo real, vasculhando o ordenamento em busca de alguma norma que trate do tema e represente a concretização dos princípios que regem a questão.

Em geral, o ato confirmará a previsão legal, embora se preveja sempre uma diferença entre o texto normativo e o mundo real, eis que aquele se destina a um aspecto regulatório deste e, portanto, o fato que interessa à descrição normativa representa apenas um recorte da realidade (Carvalho, 2009, p. 163)⁵.

Se o caso concreto exige uma solução distinta, será levado a ponderar a edição de um ato diferente, confrontando o seu procedimento com a primazia atribuída pelo direito ao legislador na concretização do princípio tal como definido na lei.

Da mesma forma, a inexistência de uma lei, leva-o a ponderar a edição de um ato em confronto com a primazia atribuída pelo direito à omissão legislativa e poderá fazê-lo amparado diretamente no permissivo constitucional de efetivação de direitos fundamentais (Martins, 2008, pp. 105-106).

A tarefa de ponderação dos princípios constitucionais diante do caso concreto, considerando ainda as produções legislativas e administrativas pertinentes ao tema constitui o ponto fundamental da decidibilidade no campo de atuação administrativa.

⁴ Tal como o autor, admite-se a indicação de que o termo “princípios” passou por três fases distintas, estando a primeira relativa ao início e fundamento dos estudos já superada, presentes, no entanto duas definições distintas, uma como indicativa dos conceitos mais significativos de uma determinada matéria; outra, como valores integrados ao ordenamento sob a forma de normas jurídicas, explícitas ou não, a qual será utilizada neste texto.

⁵ O autor se debruça sobre as consequências de ser o direito ciência que tem a linguagem como fator primordial, dependente de fatores descritos pelo que se convencionou chamar de “giro linguístico” e as suas alterações na forma de concepção do direito, distanciando-o do racionalismo oriundo da lógica de Descartes.

Essa afirmação não significa a existência de uma hierarquia *a priori* de princípios, de caráter abstrato, mas apenas o reconhecimento de precedências *prima facie*, tais como o direito à vida que supera o direito à economicidade ou o princípio de superioridade do interesse público sobre o privado, sendo possível a ponderação de todos eles em situações específicas, dado que nenhum se coloca como absoluto.

Nesse universo, há um conjunto de hipóteses envolvendo a rescisão de contratos no âmbito administrativo, nos quais os procedimentos para aplicação de penalidades ou justificação do fim do objeto ocorre por iniciativa da administração pública, cuja prerrogativa pressupõe a autonomia para desestabilização unilateral do contrato.

É imediata a diferença do processo administrativo na tomada de decisões em relação ao contrato em comparação à decisão judicial, pois, ausente a figura imparcial do juiz; presente o ato unilateral de iniciar o procedimento. Ainda que a avaliação da execução contratual siga parâmetros de legalidade, impessoalidade, moralidade e que seja oportunizado o contraditório, o fato é que a administração realiza ela própria a ponderação, sem a submissão a um terceiro imparcial. O responsável pelo julgamento, mesmo submetido a prescrições legais, é pessoa integrante da mesma entidade avaliadora dos problemas atinentes à execução do contrato e, por vezes, age, se não impulsionado, ao menos orientado ou após obter a assessoria de pessoas ligadas ao órgão responsável pelo julgamento.

A relação processual que, no judiciário, se dá entre as partes e o Estado-Juiz, no processo administrativo ocorre entre setores do órgão público e o contratado. Um setor como demandante, outro como órgão julgador, inexistindo uma autonomia real entre ambos, destacando a inexistência de uma estrutura angular.

Não se deduza daí que o processo deixe de caminhar *pari passu* com o exercício do contraditório, aqui referido como a atribuição de garantir ação e reação aos sujeitos em litígio, de tal forma que um ato do demandante corresponda o direito de resposta do outro, independente de este realizá-lo no tempo e forma determinados. O contraditório está no direito de apresentar resposta, não na obrigação de o exercer.

Desde a intimação do contratado para a defesa, até a decisão do órgão, instaura-se um procedimento com requisitos de atuação definidos previamente e, apesar de possível controlar esse andamento, não se obtém a garantia de uma decisão imparcial, tampouco de um resultado estabilizador do conflito, uma vez que a parte prejudicada pode recorrer ao judiciário, dado que não se forma a coisa julgada no âmbito administrativo em relação ao administrado (Martins, 2008, p. 351).

Entende-se que a finalidade do processo administrativo esteja amparada no registro dos atos fundamentais à tomada de decisão, além do registro dos traços determinantes de legalidade envolvidos nesse mister, permitindo aferir a legitimidade e controle posterior do ato (Carvalho, 2009, pp. 902-903).

Há uma disputa na definição do conceito de processo administrativo entre direito dos administrados e cumprimento dos fins do poder público. Claro que o primeiro está incluso no segundo, pois, não se concebe como finalidade para a administração algo próximo ao afastamento

dos direitos. Entretanto, na prática de invalidação contratual o que se observa é a distinção verdadeira entre ambos, na concretude dos casos específicos.

Afirma-se com tranquilidade e, para demonstrar, basta o argumento de que a administração assume a tarefa de instaurar o processo que ela própria irá julgar, em sinal claro e evidente de que a defesa do interesse público, certamente presente, não coincide com o interesse do público alocado no polo passivo, contra quem se instaura o processo, já com a pretensão indicada no princípio de pôr fim à avença e aplicar as penalidades previstas na legislação.

Além disso, é óbvio que o processo administrativo chamado de defesa não observa o princípio do devido processo legal, a começar pela inexistência do juiz natural. Não está presente o princípio de imparcialidade do julgador (Martins, 2004, pp. 371-375). Enfim, não se pode afirmar a imparcialidade nessa avaliação e, portanto, as indicações pertinentes à decidibilidade judicial são imprestáveis para as questões solucionadas no campo administrativo voltado exclusivamente à instabilização dos contratos administrativos.

Tal procedimento é submetido a tribunal também administrativo que, ao final, compõe uma decisão no processo em que a administração é parte. Afirma-se: a decidibilidade sob essas condições apresenta características distintas daquelas provenientes do judiciário e não se concebe que tenha o papel de imunizar as relações, estabilizar o litígio.

4 PROCEDIMENTO ESPECÍFICO NA INVALIDAÇÃO DE CONTRATOS

Esse será o objeto avaliado, ou seja, natureza da decisão no processo administrativo de defesa, com o objetivo de melhor compreendê-lo (Barreto, 2014, pp. 249-250)⁶, impondo-se uma análise detalhada da forma como se constitui, as atitudes admitidas pelas partes em conflito, a sua instauração, os objetos sobre os quais se estrutura, a delimitação das decisões possíveis, os critérios definidos na lei para a sua organização, a começar pelo fato de que o julgamento se realiza no próprio órgão que propõe a penalidade e a rescisão do contrato com a parte contrária.

O famoso capítulo da obra de Kelsen (2012, pp. 390-391) estipulando que a aplicação do direito, dentre as quais se encontram as decisões jurídicas sejam encaradas como molduras prontas para receber qualquer pintura, à livre escolha do artista, constituindo o que se denomina de desafio kelseniano, por muito tempo conduziu o pensamento dos juristas, confirmando e reafirmando a tese de que a escolha das decisões correspondem a um critério exclusivamente político e, dessa maneira, quando se refere à sentença, meramente volitivo do juiz da causa.

Essa desvinculação completa entre Direito e Moral levou o mundo às terríveis consequências trazidas pela nazismo, no qual as aberrações de atuação contra os judeus, comunistas, ciganos e outras minorias foram executadas sob o beneplácito das leis vigentes, aprovadas pelo parlamento e aplaudidas pela doutrina da época.

⁶ O autor identifica a possibilidade de uma visão holística em contraposição a uma concepção reducionista, mas aponta à possibilidade de integração dessas perspectivas pelo fato de ser o direito as consequências de atos comunicacionais e, portanto, escravo da linguagem que tanto permite uma postura analítica, quanto sintética; particular ou geral; particionada ou ampla.

Superado o período da Segunda Grande Guerra, com a denúncia das atrocidades, os cientistas do direito se deram conta de que o formalismo apregoado nas lições do positivismo jurídico, então vigente, não era suficiente à proteção da humanidade contra situações que colocassem o humano em posições absolutamente condenáveis.

O simples constitucionalismo, ou seja, a determinação para que os partícipes apenas se conservassem em posição de submissão ao texto, teve que passar por transformações significativas, sendo expressas nas constituições alemã, de 1947 e italiana de 1949.

Desde então, as constituições escritas pelo mundo afora incorporam princípios fundamentais que norteiam a formulação das regras adotadas pelo ordenamento de cada país. Simultaneamente, restou claro que mesmo o constituinte originário tem limites importantes de atuação, dentre os quais a preservação dos direitos humanos universais, a separação de poderes, o voto universal e secreto, o princípio da isonomia e outros elevados ao patamar de princípios com capacidade de se espargir por todo o mundo civilizado.

A evolução da ciência do direito levou ainda à recepção das teorias defensoras de revisão das normas gerais e abstratas a partir de problemas específicos trazidos à lume, aqueles que dizem respeito às questões diárias, seja no sentido de serem correntes, simples, seja no sentido de que são importantes e necessários à nossa própria vida (Engisch, 2001, pp. 76-77).

A lei não consegue implementar soluções a todas as relações intersubjetivas, regulando as condutas nas infinitas combinações em que estas se apresentam no mundo, estabelecendo as decisões por meio de subsunções e aplicação do silogismo. Cada vez mais se apresenta ao aplicador do direito, no executivo ou no judiciário, a perspectiva de decidir com base na ponderação de princípios aplicáveis ao caso em análise em determinado instante.

Princípios, aqui considerados como valores reconhecidos de forma explícita ou implícita pelo direito, passíveis de realização *prima facie* e da melhor forma, como mandados de otimização não absolutos, cuja realização depende diretamente das condições fáticas observadas pelo aplicador a cada momento e também das condições jurídicas (Alexy, 2008, p. 90).

Impõe-se a necessidade de propôr modelos capazes de regular a produção de normas gerais e concretas ou individuais e concretas, de acordo com as situações diferenciadas.

Vários autores propuseram caminhos pertinentes (Ferraz Jr., 2018, pp. 99-100)⁷. Desde a tópica de Theodor Viehweg, a lógica do razoável de Ricasen Syches. No estruturalismo de Friedrich Muller já se encontra a indicação pertinente à avaliação da realidade: “(...) reivindicação de uma racionalidade verificável e discutível na aplicação do direito e a exigência de que aquela responda aos fatos, fazendo com que as disposições legais levem o selo de sua própria matéria” (Muller, 2007, p. 19).

⁷ O Autor propõe a existência de três modelos dogmáticos da ciência do direito. Um primeiro, dito analítico, em que as hipóteses de conflitos e soluções estão na medida do possível previstos, atuando a ciência do direito num campo formalista de previsão de regras aplicáveis. Um segundo, hermenêutico, no qual a preocupação do jurista é de cunho interpretativo das regras, dos conflitos e das condições predominantes. Finalmente, um modelo empírico, no qual a ciência se ocupa das normas de convivência. Não se trata propriamente de uma evolução na concepção do autor, mas de formas distintas de encarar a dogmática jurídica, estando todas interrelacionadas.

A conformação do direito com a realidade observada constitui o que se denomina de âmbito da norma na obra de Karl Engisch, no qual a lei é apenas mais um elemento na determinação do dever-ser (Engisch, 2001, pp. 78-79), o qual constitui permanente substância de reavaliação normativa. Não que o caso concreto seja incorporado na lei, mas esta irá incluir elementos fundamentais a serem recolhidas pelo aplicador no caso concreto.

O aprofundamento dos estudos em torno da teoria dos direitos fundamentais e da teoria de ponderação leva à perspectiva de que seja possível em cada conflito identificar respostas adequadas segundo o direito, o que não significa encontrar uma só resposta e construir uma lista interminável de soluções como propôs Alexy (2008, pp. 571-572) em sua crítica aos trabalhos de Dworkin, mas à possibilidade de descobrir a alternativa em maior sintonia com as determinações do direito, no caso concreto, o que não requer a ordenação dos princípios, nem a construção de uma hierarquia fixa de valores ou princípios (Carvalho, 2009, pp. 177-179)⁸.

Em realidade, a teoria dos princípios, geralmente conduz a espaços sistêmicos, epistêmicos ou normativos, nos quais a determinação da resposta se constitui em ato discricionário do agente competente (Klatt; Schmidt, 2015, p. 17), mas o fato de limitar as alternativas e definir um responsável pela adoção da solução mais adequada representa forma inequívoca de soluções únicas para os casos concretos.

Exige-se do legislador constituinte uma coerência performativa que busque a consagração da justiça nos textos elaborados, além da obrigação de realizar a concordância prática, garantir a máxima efetividade dos direitos, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade, elementos alçados à condição de verdadeiros postulados normativos.

Sobre o administrador pesa a obrigação de realizar interpretações adequadas no mundo fático, tendo por objetivo a implementação das políticas necessárias ao encaminhamento normal da vida pública, assim como o desenvolvimento de políticas públicas que permitam avançar a percepção de resultados em termos sociais. Realiza, sob essa ótica, ponderações de cunho prático.

O artigo 147 da lei 14.133 consagra exatamente esse princípio, pois, como já mencionado, instaura procedimento direcionado ao exercício da discricionariedade do administrador diante do Direito, observando o princípio do interesse público e a ponderação do que se apresente no caso concreto.

Essa afirmação exsurge de forma cristalina nas alíneas daquele artigo: 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

⁸ O autor refere a existência de uma forte tendência de graduação hierárquica, mediante escalonamento dos valores. Em que pese a seriedade do texto, a afirmação não veio acompanhada de justificativas capazes de ratificar a hipótese. Com todo o respeito, discorda-se da tese, pois, a ponderação em concreto indica a inexistência de uma prioridade no plano abstrato. Assim, ainda que por exemplo, a preservação da vida seja um valor de elevada importância, em situações como a defesa da inviolabilidade do domicílio permite que se atente contra tal princípio, demonstrando que a hierarquia não parece absoluta.

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.

É flagrante o progresso no tratamento dos problemas oriundos de contratos quando comparado com as disposições da lei anterior (8.666/93, artigo 78): “Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento” (Brasil, 1993).

Perceba-se: a regulação por meio de determinação geral conduzia exclusivamente à rescisão, sem a ponderação de qualquer outro elemento, sem considerar fatores importantes, sem avaliar o interesse público, nem mesmo o fato de que a decisão poderia fazer perder o objeto do contrato, irremediavelmente.

Essa é uma das razões pelas quais proliferam esqueletos de obras inacabadas em nosso território, embora não seja a única.

Tem-se agora a oportunidade de se implantar medidas de saneamento de irregularidades na execução. Assim, por exemplo, se a questão envolvia o atraso no cronograma físico de uma obra, será possível determinar a contratação de mão de obra adicional para garantir os prazos; eventualmente, admitir uma extensão no prazo; acionar o seguro de garantia para aportar recursos; decidir pela redução do escopo. Enfim, oportunidades a serem avaliadas diante do caso concreto pelo administrador, seguindo as determinações não apenas da lei, mas do Direito.

Pondera-se o interesse público pela conclusão da obra (P1), acrescido do princípio formal do legislador que manda preservar esse princípio (Pf1), em face da preservação das condições iniciais do contrato, da isonomia (P2) e do princípio formal que determina o exato cumprimento do edital e do contrato (Pf2).

Se $P1 + Pf1 > P2 + Pf2$, o administrador deverá envidar todos os esforços para conclusão do objeto. Em contrapartida, $P2 + Pf2 > P1 + Pf1$, a decisão deve ser pela anulação. Melhor seria dizer cassação por invalidade superveniente, caracterizada por falha, inexecução ou inadimplemento do contratado.

Esse o significado fundamental do parágrafo único do artigo 147 da lei:

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.

A complementação fornecida por esse parágrafo era desnecessária, considerando os demais elementos introduzidos no artigo e já comentados, mas quis o legislador explicitar a

adoção da ponderação de princípios e, ainda, reforçar a hipótese de continuidade do contrato, mesmo em face de vícios que o tornem irregular, mas não levem à sua invalidação.

Tem-se nessa configuração a hipótese de estabilização do ato irregular e a confirmação de que, ao menos nesse aspecto, o contrato tal como referido pelo legislador aproxima-se sobremaneira do ato administrativo complexo qualificado pela bilateralidade, pois, tal hipótese não irá prescindir da anuência de terceiro.

Embora o legislador tenha optado por manter nomenclatura típica do direito civil, as recomendações indicadas na norma para o tratamento de invalidez original (irregularidade no procedimento licitatório) ou superveniente (irregularidade na execução contratual) se aproximam das medidas reconhecidas pela doutrina em relação ao ato administrativo (Martins, 2008, p. 215).

O saneamento, a suspensão da execução, a declaração de nulidade, a paralisação, a anulação, a continuidade do contrato e a solução da irregularidade por meio de indenização, nada mais são do que as medidas de invalidação, cassação, reforma, conversão ou convalidação do ato administrativo (Martins, 2015, pp. 378-393)⁹.

A norma atribui ao administrador a determinação das medidas sanatórias, sempre em busca de preservar o interesse público, cabendo a possibilidade de reduzir ou alterar o escopo do contrato, de mantê-lo intacto com a alteração da vigência, de paralisá-lo por algum tempo, de suspender parcialmente a execução.

Qualquer que seja a atitude, esta será registrada em aditivo com a concordância do contratado. O aditivo corresponde à emissão ato administrativo com a característica de bilateralidade, pelo qual se registra a redução ou reforma das condições originais.

Inexistindo possibilidade de sanar a irregularidade, restará a opção de convalidar, se a manutenção do contrato representar a melhor opção ao interesse público ou emitir ato de cassação, quando a invalidez superveniente exigir tal procedimento. Cassação que o legislador denomina anulação do contrato.

Independente da nomenclatura, não se pode olvidar que o contrato produziu efeitos no mundo fenomênico. Em se tratando de uma obra, ao longo da sua execução houve a necessidade de mobilização de pessoas, elaboração de projeto executivo, construção de canteiro de obras, locação de equipamentos, estocagem de combustível, guarda de materiais a serem aplicados, aplicação de materiais, fiscalização, medição de trabalhos executados, pagamentos.

Impossível afirmar, por qualquer motivo, que seja nulo, no modelo tornado clássico pelo direito romano, com o caráter de inexistente, de tal forma que a declaração de nulidade prevista no texto pudesse ser sempre *ex tunc e ab initio*. É certo que a primeira recomendação no texto legal sugere esse caminho, reconhecendo a nulidade do contrato desde o início (art. 148):

⁹ O Autor traz um relato sobre as hipóteses de retirada do ato administrativo do ordenamento por outras normas de invalidação, cassação, caducidade, além dos atos modificativos de convalidação, conversão e redução ou reforma. O texto é anterior à edição da lei 14133/21 e, portanto, a comparação entre as alternativas apontadas na norma e aquelas selecionadas não foram objeto de tratamento no texto indicado, mas é louvável que com tanta antecedência tenha indicado a solução reconhecida pelo legislador.

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.

Também é certo que o artigo reconhece a produção de efeitos pelo ato que se pretende declarar nulo. Simultaneamente, desconsidera o fato de que obrigações de fazer, como na construção de obras civis, não podem ser impunemente desconstituídos e, muitos, são impossíveis de tal condição, assim por exemplo, os pagamentos de mão de obra, as licenças ambientais, as indenizações por morte, os canteiros construídos, os bens consumidos. Impera-se o fato consumado, reconhecido em teoria como suficiente para validação de atos que se estabilizam com o tempo (Martins, 2008, pp. 331-333).

No parágrafo segundo desse mesmo artigo, a condição é corrigida pelo legislador, indicando exatamente a solução pro futuro, *ex nunc*:

§ 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.

Não se pode fiar no que a norma diz. Trata-se somente de uma prosopopéia: a lei não tem a característica humana de falar. O texto normativo é interpretado pelos aplicadores do direito, procurando determinar o que o conjunto normativo estabelece, fazendo incidir as consequências estipuladas sobre os fatos identificados como antecedentes na estrutura da norma.

A definição a respeito do momento de invalidação do contrato ou, usando os fonemas da lei, dos efeitos da declaração quanto à sua nulidade, será objeto de interpretação pelo agente competente que expedir o ato declaratório da caducidade ou o ato de cassação. O que se afirma: será determinado o fim de vigência do contrato, no momento da edição do novo ato, ou seja, os efeitos serão *ex nunc, pro futuro*, quando o exigir a continuidade da atividade administrativa.

Óbvio que a decisão quanto à cassação, continuidade ou a adoção de medidas de saneamento não se resolve pela simples subsunção dos fatos à lei. Estará o agente público com a obrigação de avaliar as circunstâncias, ponderar os princípios em cena, o interesse público, a isonomia, a proteção do erário, a segurança jurídica, a impessoalidade, os custos envolvidos, as alternativas de continuidade.

Dotar o agente público de discricionariedade para escolher entre as melhores alternativas oferecidas pelo direito não tem o mesmo significado de torná-lo um gerente, à semelhança do seu par na iniciativa privada, pois, seu direcionamento estará fundado no interesse público e não na obtenção de lucro. Além disso, está obrigado a motivar suas decisões. Sua decisão poderá ser controlada pelo judiciário e tem sob o seu ombro a obrigação de adotar a melhor decisão.

5 CONTROLE JUDICIÁRIO DAS DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO EM CONTRATOS INVÁLIDOS

Se a administração e o legislativo têm a incumbência de estabelecer o regramento de atuação no mundo fático, utilizando-se de suas prerrogativas e, especialmente, das discricionariedades que o direito lhes permite, o mesmo não se pode dizer do judiciário, porquanto atua exclusivamente sob demanda, mediante provocação no caso concreto.

Seu papel não pode ser classificado como discricionário. O magistrado não tem autorização para escolher, dentre duas ou mais alternativas, aquela que esteja mais de acordo com o seu entendimento pessoal. Sua função, como intérprete privilegiado da lei, é determinar o caminho que o direito estipula. Isso não se confunde com discricionariedade.

Na atuação discricionária, o agente competente escolhe uma alternativa admitida pelo direito, de acordo com as suas convicções políticas, morais, avaliando ainda a conveniência, oportunidade, resultados, avaliação popular. O juiz não tem essa prerrogativa. Sua escolha deve coincidir com a interpretação consentânea com o direito, independente das suas próprias convicções (Martins, 2018, pp. 145-165).

Para os estudiosos, não há outra ideia de relacionamento com a ciência se não a procura criteriosa e consciente de solução aos problemas, a busca incessante da verdade que não se confunde com a certeza (Popper, 1988)¹⁰.

Sob a ótica da legalidade, a discricionariedade para o administrador existe quando a lei ou a faticidade o determine, mas para o juiz só existe nas situações em que este é autorizado a se valer das premissas como os princípios gerais do direito (artigo 4º, da LINDB)¹¹ e, ainda assim, exige-se a justeza e efetividade na decisão (Artigo 6º, do Código de Processo Civil)¹².

O direito tem a pretensão da justiça como fator primordial de constituição (Alexy, 2009, pp. 11-13), a ponto de ser reconhecida como defeito performativo a locução direito injusto, de tal forma que não há coerência em admitir a possibilidade de que qualquer norma contrariando a noção de justiça possa integrar um ordenamento de um estado que se pretenda democrático e de direito. A introdução de direitos fundamentais nas modernas constituições tornaram possível delimitar o conceito de legalidade, a ponto de impedir a criação de lei que afete um núcleo essencial de direito.

A decisão judicial está inserida nesse empreendimento social e os próprios juízes, exercendo o múnus de estabelecer decisões justas e efetivas, estão subordinados aos princípios gerais e fundamentais estipulados na constituição e não apenas ao texto legal, subordinados à norma em toda a sua complexidade e amplitude.

¹⁰ No final da sua vida, o autor se mostrava absolutamente confiante no progresso da humanidade e no desenvolvimento do conhecimento, tendo indicado a busca pela verdade como o verdadeiro caminho da ciência em busca de um mundo melhor.

¹¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹² Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Não se pretende afirmar que a verdade proferida pelo juiz seja irretocável, impossível de modificação e, mais do que isso, corresponda a uma verdade absoluta. O que se afirma é seu caráter de verdade do direito diante do caso concreto e, ainda que a decisão seja incorreta, ultrapassado o período para interposição de ação rescisória, o direito absorve essas incoerências, como regra de calibração (Ferraz Jr., 2018, p. 201). Da discussão sobre o resultado, cria-se a possibilidade de superação da decisão incorreta em novos casos que se apresentem ao judiciário.

É possível discutir os limites dessa regra de calibração. Assim, decisão proferida por tribunal de exceção pode ser suprimida a qualquer instante, porquanto atentatória aos princípios da ampla defesa, do contraditório, dos direitos humanos e ao próprio estado democrático de direito.

Quando se trata do controle externo do judiciário ou do legislativo sobre as decisões administrativas, percebe-se a determinação de dois procedimentos postos para a solução: aquele adotado pela administração e o que for utilizado no controle externo, sendo que ambos requerem a assunção de parâmetros equivalentes na construção desse iter decisório.

Na atual lei de licitações estipulam-se condições para o controle de possíveis vícios no uso da discricionariedade pelo agente administrativo, controlando ao menos em parte o vício jurídico-ordinário, no que se refere a infrações contra o texto da própria norma, em excesso ou desvio de poder.

Isso porque as condições para iniciar o processo estão ali determinadas: constatação de irregularidade no procedimento licitatório, constatação de irregularidade na execução contratual, impossibilidade de saneamento das invalidades, impossibilidade de saneamento da inexecução ou do inadimplemento contratual.

Outros possíveis vícios de discricionariedade, no campo jurídico-ordinário, expressão utilizada para diferenciar do campo jurídico afeto a princípios de direitos fundamentais previstos na constituição, será de aferição mais complicada, como a infração a outras normas de direito (Alexy, 2000, p. 31), ou decisões que impactem negativamente na finalidade dessa norma, como se ocorrer em perseguições políticas, desmandos partidários, discussões ideológicas impactantes na decisão.

Todos esses procedimentos pressupõem a instauração de processo administrativo com a coleta de informações, a apresentação de contraditório, a motivação e a fundamentação do ato de saneamento, de suspensão, de invalidação, cassação, reforma ou convalidação do contrato.

O controle do judiciário poderá estruturar-se a partir da documentação que diga respeito ao processo, mas essa aferição alcança apenas parcialmente o resultado. Este poderá determinar caminhos distintos para o contrato, tendo em conta a avaliação do interesse público.

A vontade do administrador em relação ao resultado deverá amparar-se, no entanto, nos regramentos também estabelecidos na norma, os quais, embora permitam uma amplitude significativa, se constituem em elementos necessários.

Há uma divisão inicial no texto abarcando as consequências do atraso na fruição dos benefícios do contrato: impactos econômicos e financeiros; riscos sociais, ambientais e à

segurança da população local. Um item específico diz respeito à finalidade do contrato, motivação social e ambiental, pressuposto teleológico incorporado na avaliação a ser levada a efeito pelo agente.

Apesar de preservada a discricionariedade, a decisão deve passar pela avaliação da finalidade do objeto, condição interrelacionada com outros textos normativos, com avaliações axiológicas e empíricas, na ponderação de interesses de diversos matizes, inclusive ideológicos.

Numa sociedade caracterizada pelo pluralismo político, não se cogita na existência de uma ideologia única ou majoritária¹³, havendo elementos fundamentais que estipulam o reconhecimento, como cimento da unidade jurídica da sociedade.

Ao tratar de conflitos postos à solução do judiciário ou da administração em situações concretas, a proteção fundamental do cidadão está ancorada na existência de um processo, com a prévia definição de caminhos que definem a marcha da discussão até a conclusão, presentes o contraditório, a ampla defesa, a apresentação e apreciação de provas, o incentivo à conciliação e a obrigatoriedade de se chegar a um fim, produzindo sentença, devidamente motivada.

Pari-passu com essas avaliações de cunho finalístico, teleológicos, encontram-se elementos de ordem econômico-financeira, na determinação do custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas, da despesa à preservação do quanto executado, dos gastos com desmobilização e nova mobilização de equipes, custo total e avaliação do estágio em que se encontra, custo de uma nova licitação, custo de oportunidade do capital.

Acrescentem-se, ainda, as avaliações de cunho social, como o impacto pelo fechamento de postos de trabalho.

A estipulação de um iter à formação do resultado não desprestigia a discricionariedade do administrador, o qual, como já se afirmou, decide dentre alternativas que lhe sejam dadas pelo direito. Logo, a descoberta das opções admissíveis implica num caminho complexo, cheio de obstáculos de ordem técnica, jurídica, gerencial, pois, o agente exercerá o seu poder de escolha a partir de um patamar em que os elementos disponíveis lhe sejam apresentados.

Aliás, a norma ainda exige a avaliação das medidas adotadas para o saneamento dos indícios de irregularidades. Certamente, não cabe ao agente público uma postura passiva, desatenta ou despreocupada com os problemas na medida em que estes ocorram. A prerrogativa de fiscalização tem por função permitir uma atuação célere para sanar ou evitar problemas na execução do objeto contratado.

As verificações indicadas no texto não têm a pretensão de esgotar alternativas, em *numerus clausus*, mas de especificar anotações plausíveis, em *numerus apertus*, podendo o administrador estabelecer outros tópicos, inclusive, porque ele não está vinculado a essa lista, mas ao que lhe indicar o interesse público, considerado como a melhor opção diante do caso concreto (Martins, 2008, p. 291).

¹³ Ideologia é utilizada aqui em seu sentido fraco, de conjunto de entendimentos, preferências e políticas defendidas pelos sujeitos de direito e não no sentido marxista do termo, como forma de pensamento correspondente a um entendimento social que esconde as divergências e luta de classes.

Nem sempre a solução encontrada será consensual, especialmente com o contratado que, normalmente se vale da via judicial. A sentença, transitada em julgado, põe um fim à discussão, com caráter coercitivo e extermína as pretensões discordantes, mas não implica em substituir a vontade do administrador pela do juiz.

Se a decisão administrativa foi pela invalidação ou cassação do contrato, esse ato dotado de auto-executoriedade não será substituído. No máximo, resolvido em perdas e danos. O controle pelo judiciário nem sempre poderá substituir a decisão do administrador. Entretanto, o juiz tem a prerrogativa de determinar a caducidade ou a cassação em função de vícios existentes, assim como a adoção de medidas sanatórias.

A constatação de vícios no contrato obriga a sua correção por uma das formas admitidas pelo ordenamento, podendo essa correção dar-se por atuação da própria administração ou através do judiciário, desde que provocado.

Na esfera administrativa, a formação do contrato não prescinde da participação do administrado interessado no objeto e, portanto, no momento de correção do contrato inválido, este necessariamente terá que participar, seja favorável ou contrário à edição do ato corretor (Martins, 2008, pp. 340-342).

Quando estiver posicionado em lado contrário ao da administração, o processo instaurado será de defesa, no qual poderá exercer o direito ao contraditório e ampla defesa, apesar de a prática revelar que esse exercício é mera questão procedimental: o agente que inicia o processo de correção do ato, na avaliação de vícios supervenientes, age assessorado pelo órgão que realizará o julgamento.

Como já foi dito, não há imparcialidade na decisão. Ela se torna apenas um passo necessário para justificar a edição do ato corretor, pela reforma, caducidade ou cassação.

Certo que a ponderação das circunstâncias específicas do caso necessariamente obrigam a ampliação dos procedimentos, principalmente, quando a decisão importar em correção, pois, haverá a necessidade de ajustes combinados com o contratado, de forma a se realizar a modificação das condições iniciais.

O controle jurisdicional da decisão administrativa nas hipóteses abrangidas pelo tema, importará em maior complexidade. Primeiro, porque a teoria pertinente, apenas em raras ocasiões adiciona uma questão de fundamental importância: o tempo. Este desestabiliza pretensões, impede correções: estruturas expostas a condições climáticas adversas, em poucos meses restam deterioradas, impossíveis de recuperação.

Segundo, porque as hipóteses de controle, apesar de indicadas na norma, são formadas por conceitos indeterminados, dos quais exurgem escolhas no campo discricionário do agente público. Se este escolheu entre alternativas igualmente válidas, não poderá o juiz substituir sua decisão.

Mas, o tempo é fator que inviabiliza correção de vícios, sem importar na sua estabilização. Assim, se inicialmente a proposta correção for pela reforma do contrato e o contratado não admitir a solução, esta poderá ser modificada para cassação. Diante da autoexecutoriedade

do ato administrativo, haverá a encampação da obra, a instauração de nova licitação ou uma contratação emergencial. Quando o judiciário concluir o julgamento, é bem possível que o objeto do contrato já esteja finalizado, conduzindo à conversão em perdas e danos.

6 CONCLUSÕES

Considerando a dupla função do direito como práxis e teoria, no direito administrativo articula-se a competência decisória em situações concretas, para as quais se utilizam regras gerais e abstratas como orientação geral de atuação, observando que a generalidade gera sempre a necessidade de ponderação diante de casos específicos.

Na recém lançada lei de licitações, lei 14.133/2021, em particular nos artigos 147 a 150 identifica-se que o legislador recepcionou procedimentos de teorias concretistas, em especial, a ponderação de valores que se apresentam ao administrador no momento de decidir quanto ao tratamento a ser dado a contratos com vícios originários ou supervenientes.

A norma menciona como hipótese de nulidade do contrato e, em que pese a impropriedade do termo, estipula as possibilidades de saneamento com a reforma do ato, além da caducidade ou cassação, substituindo a única opção existente no antigo diploma de licitações públicas, a rescisão unilateral.

Tal iniciativa é saudada com louvor, reconhecendo a atribuição de discricionariedade ao agente competente.

Na esteira dessa importante alteração, aborda-se a questão da decidibilidade proveniente do processo administrativo e as diferenças significativas em relação ao processo judicial, observando que diante da situação conflitiva, a via administrativa raramente consegue trilhar o caminho da estabilização do conflito, sendo a decisão obtida nesse processo, somente um estágio para comprovar a legalidade da decisão, preservando a possibilidade de controle.

Espera-se uma mudança em relação a avaliação de contratos administrativos, exatamente pela existência de parâmetros decisórios apontando para a continuidade, reforma ou modificação do objeto, concorrendo com a hipótese de cassação.

A mudança deve ocorrer independente de ter o processo administrativo um procedimento sem a figura do juiz imparcial e, portanto, com o exercício do contraditório, mitigado pelo fato de que o órgão responsável pelo julgamento é também aquele que assessora a administração e recomenda os caminhos de atuação.

No que se refere aos contratos administrativos, os parâmetros estipulados pelo legislador para avaliação das medidas a serem adotadas, afastam a tese de que a lei seja uma moldura a ser preenchida segundo critérios políticos. Pelo contrário, inaugura a recomendação de reconhecimento do interesse público na tomada da decisão, além de fatores de ordem social, ambiental, de preservação de empregos, em clara assunção axiológica, revisitando as normas gerais e abstratas a partir dos problemas concretos.

Realiza-se, assim, a tarefa de interpretação da realidade fática e a conformação da norma na implantação dos movimentos fundamentais ao encaminhamento dos reclamos dos

administrados, quanto às políticas públicas e ao exercício das atividades executivas, considerando questões como o impacto econômico-financeiro, as consequências das medidas adotadas, os riscos sociais, ambientais e de segurança, os efeitos sobre a criação de empregos, além de outros pertinentes aos custos e despesas envolvidos com o próprio projeto.

Sem dúvida, a tarefa ficou muito mais complexa. Possibilita, no entanto, significativa alteração nos resultados que vinham sendo obtidos ao tratar de vícios supervenientes em contrato, pois, a única opção que se apresentava era a extinção, enquanto agora se atribui ao administrador as alternativas de saneamento dos defeitos.

Não se desconhece que sendo o contrato um ato administrativo complexo e bilateral, as decisões de saneamento importam em ajustes prévios com o contratado, inclusive, porque a emissão de um aditivo de alteração pressupõe concordância quanto às soluções determinadas e a ciência de que, diante da impossibilidade de saneamento, restará a opção de pôr fim à execução.

O controle pelo judiciário depende de acionamento de uma das partes e não se admite que o juiz se valha de discricionariedade, mas da função de dizer o direito, analisar as situações apresentadas e apontar a solução que o direito determina como correta.

Exerce o papel de administrar a justiça e, portanto, o caráter axiológico estará sempre presente nas decisões judiciais e, ainda que venha a cometer erros, estes serão absorvidos pelo direito como consequência inevitável do estado democrático e de direito.

O controle pertinente às decisões sobre contratos terá no processo administrativo os elementos necessários para julgar a correção dos caminhos adotados, nas sanatórias, caducidade ou cassação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Vícios no Exercício do Poder Discricionário**. RT/Fasc. Civ. Ano 89 v. 779 set. 2000 p. 11-46. Trad. Luiz Afonso Heck.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito**. Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009b. Trad. Fernando Leal (UERJ).

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRETO, Paulo Ayres. **Ordenamento e Sistema Jurídicos**. CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Noeses, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 11 de out. 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2009.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977, p. 87-90.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica. Decisão. Dominação**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 99-100

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8 Ed. 3 Tir. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. **Espaços no Direito Público: Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios**. Trad. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Trad. Ilza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010

MARTINS, Ricardo Marcondes. **O Conceito Científico de Processo Administrativo**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 235: 321-381, Jan./Mar. 2004, p. 371-375.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **“Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional**. A&C – Revista de Direito Administrativo Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **As alterações da LINDB e a ponderação dos atos Administrativos**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte: ano 20, n. 79, 259/284. jan./mar. 2020.

MULLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Trad. Ilza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POPPER, Karl. **Em Busca de um Mundo Melhor**. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1988.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2003.