

A função instrumental das formalidades na nova Lei de Licitações

Bruno Vinícius Da Rós Bodart

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com período na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemanha). LL.M. (*Master of Laws*) pela *Harvard Law School*. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro Titular do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Foi Professor Substituto da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Ex-Juiz Instrutor perante o Supremo Tribunal Federal. Ex-Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). E-mail: brunobodart@alumni.harvard.edu

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Visiting Scholar pela *Fordham University School of Law* (Nova Iorque). Pós-Doutor pela UERJ. Doutor em Direito pela UVA-RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do curso FORUM. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. Árbitro e consultor jurídico. E-mail: contato@roaa.adv.br.

A promulgação da Lei nº 14.133/2021 marcou um novo ciclo normativo nas contratações públicas brasileiras. Em lugar de um regime centrado no formalismo estrito, a nova legislação passou a adotar uma abordagem pragmática e consequencialista, compatível com os desafios da gestão pública contemporânea. Este artigo busca evidenciar a centralidade do chamado “formalismo moderado” como diretriz interpretativa da nova lei, especialmente a partir da análise de sua função instrumental e das soluções normativas para situações concretas em que o apego excessivo à forma pode comprometer o interesse público.

A observância das formas nas contratações públicas sempre foi vista como salvaguarda da moralidade, da isonomia e da segurança jurídica. No entanto, a

experiência demonstra que, em muitos casos, o formalismo rígido resulta em contratações ineficientes ou em nulidades de atos que, embora formalmente imperfeitos, materialmente atendem ao interesse público.

A nova Lei de Licitações consagrou em diversos de seus dispositivos essa visão instrumental das formalidades. Embora continue exigindo, por exemplo, contratos escritos, observância de prazos, documentos de habilitação e outras providências burocráticas, a lei reconhece que esses requisitos são meios — e não fins em si mesmos.

Assim, a moldura legal não deve ser compreendida como um mandamento inflexível, mas como uma diretriz que exige do gestor a ponderação entre forma e substância. Por isso, o princípio do formalismo moderado, ainda que não esteja expresso no art. 5º da Lei 14.133/2021, emerge como uma diretriz implícita e essencial, sendo amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência.¹

Nesse contexto, o art. 147 da nova lei estabelece uma cláusula geral de convalidação: a nulidade de atos em processos licitatórios ou de contratos somente será declarada se não for possível sanear a irregularidade. A Administração deve avaliar, antes da decretação de nulidade, os impactos financeiros, sociais e operacionais da decisão. Em outras palavras, o vício formal pode — e deve — ser superado quando a invalidação do ato causar mais danos ao interesse público do que a sua manutenção.

Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os artigos 20 a 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que exigem uma análise pragmática das consequências das decisões administrativas e o reconhecimento dos obstáculos enfrentados pelo gestor público.

Aplicações práticas do formalismo moderado

A partir dessa moldura teórica, a Lei 14.133/2021 prevê soluções normativas claras para casos recorrentes de tensão entre forma e substância nas contratações públicas. A seguir, examinam-se quatro desses casos.

Modulação de efeitos da nulidade do contrato

O art. 148 da nova lei estabelece que a nulidade contratual produz efeitos

¹ A respeito do princípio do formalismo moderado, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 10 e 150.

retroativos, impedindo a produção de efeitos jurídicos futuros e desconstituindo os já produzidos. No entanto, o § 2º do mesmo artigo permite a modulação da eficácia da nulidade, com a postergação de seus efeitos por até seis meses, prorrogáveis por igual período, desde que haja risco de dano maior ao interesse público — por exemplo, a interrupção de um serviço essencial.²

Essa possibilidade de modulação rompe com o automatismo das nulidades e permite que a Administração zele pela continuidade da prestação pública, enquanto prepara nova contratação. Caso o novo ajuste não seja celebrado a tempo, devem ser apuradas as responsabilidades cabíveis, sem que isso impeça a postergação da nulidade por razões de interesse público.

Efeitos do contrato verbal

O art. 95 da nova lei reforça a obrigatoriedade da forma escrita nos contratos administrativos, reputando nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração. No entanto, admite a exceção para pequenas compras e serviços de pronto pagamento de valor inferior a R\$ 12.545,11 (valor atualizado pelo Decreto 12.343/2024).

A jurisprudência, mesmo sob a égide da Lei 8.666/1993, já reconhecia que o contrato verbal pode gerar obrigação de pagamento quando houver prova da sua execução e da boa-fé do contratado. A nova legislação incorporou essa posição: o art. 149 afirma que a nulidade não afasta o dever de indenização pelas parcelas efetivamente executadas, salvo má-fé ou contribuição do contratado para a irregularidade.

Esse tratamento pragmático evita o enriquecimento sem causa da Administração e assegura previsibilidade para o mercado fornecedor, estimulando a participação de agentes econômicos idôneos.

O reconhecimento da execução do objeto contratual e o respectivo pagamento ao particular são formalizados por meio de termo de reconhecimento de dívida ou de ajuste de contas. Há nessa hipótese um “contrato de efeitos pretéritos”, cuja documentação deve ocorrer sem prejuízo da apuração da responsabilidade pela inobservância das formalidades legais.

² A modulação dos efeitos na autotutela dos atos administrativos foi defendida em outra obra, inclusive a partir da aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/1999: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160.

Execução de alterações contratuais antes da formalização do termo aditivo

A regra é que alterações qualitativas ou quantitativas dos contratos públicos exigem termo aditivo prévio (art. 132). No entanto, diante de uma “justificada necessidade”, a Administração poderá exigir do contratado o cumprimento imediato da nova obrigação, desde que formalize o termo aditivo em até um mês.

Essa previsão reconhece que certas situações — como obras de grande vulto que enfrentam imprevistos — não comportam paralisação para tramitação burocrática. Caso o termo aditivo não seja formalizado no prazo legal, isso não invalida automaticamente a obrigação já executada. Aplica-se, novamente, a regra do art. 147: na ausência de prejuízo concreto, não há nulidade a ser reconhecida.

A eventual formalização tardia pode ser feita por termo de ajuste de contas, de reconhecimento de dívida ou mesmo pelo aditivo fora do prazo legal. Em qualquer cenário, o pagamento ao contratado de boa-fé é devido, desde que não haja dolo ou má-fé.

Prorrogação automática dos contratos por escopo

Os contratos de escopo, voltados à prestação de serviços não contínuos, têm como marco de extinção a conclusão do objeto contratual conforme cronograma predeterminado, e não o mero decurso do prazo de vigência (art. 6º, XVII). Se o objeto não for concluído no prazo pactuado, o contrato é automaticamente prorrogado, independentemente de termo aditivo, conforme o art. 111.

O novo cronograma pode ser formalizado por apostila, e a apuração da responsabilidade pelo atraso deve ser realizada paralelamente. A extinção do contrato somente será cabível se a Administração, justificadamente, optar por não conceder a prorrogação — e, nesse caso, deverá adotar medidas para garantir a continuidade da prestação, como a contratação de remanescente com base no art. 90, § 7º.

Essa regra evita a paralisia administrativa e dispensa aditivos formais desnecessários, reforçando a racionalidade e a economia processual.

Conclusão

A Lei 14.133/2021 sinaliza uma transição paradigmática: as formas jurídicas continuam a ser essenciais, mas sua inobservância não enseja, automaticamente, nulidades e penalizações. A legalidade passa a exigir racionalidade, análise contextual e ponderação de consequências. O formalismo moderado, à luz do pragmatismo jurídico, permite que o Direito Administrativo seja mais eficaz, justo e funcional, gerando maior segurança jurídica aos gestores públicos, especialmente em um país de dimensões continentais e profundas assimetrias institucionais.

A adoção de uma abordagem pragmática não implica impunidade, mas o fortalecimento do dever de fundamentação e da responsabilidade funcional. Em vez de formalismos vazios, exige-se do gestor boa-fé, diligência e decisões coerentes com o interesse público.