

Título : A REVOGAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS: CONTRATAR OU NÃO CONTRATAR, EIS A QUESTÃO!
Autor : Marilene Matos

A REVOGAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

CONTRATAR OU NÃO CONTRATAR, EIS A QUESTÃO!

MARILENE MATOS

Advogada, palestrante, professora universitária, mestre e doutoranda em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Coordenadora do Grupo de Estudos em nova Lei de Licitações do Instituto Brasileiro de Direito Público, coordenadora e autora do livro "Nova Lei de Licitações e Contratos - Debates, Perspectivas e Desafios", da Editora da Câmara dos Deputados.

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar os desafios e perspectivas das contratações públicas brasileiras, tendo como pano de fundo a faculdade de revogação da licitação, após o cumprimento das etapas inerentes à fase interna e competitiva das licitações, prevista no novo diploma normativo das licitações.

O poder de revogar a licitação decorre da supremacia do interesse público sobre o particular, pilar do regime jurídico de Direito Administrativo, o qual confere à Administração Pública prerrogativas especiais em relação aos particulares que com ela contratam, nos termos da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal.

É justamente o interesse público o ponto específico do presente trabalho, que visa a perquirir e lançar as reflexões sobre os riscos de desvirtuamento da faculdade de revogar licitações, ante a possibilidade de qual tal prerrogativa possa provocar efeitos nefastos à segurança jurídica do ambiente de contratações bem como pela sua indevida utilização, que possa esconder espúrias finalidades de utilização da máquina pública em favor de interesses pessoais de agentes públicos.

A partir da constatação de que os dispositivos constantes da nova Lei de Licitações e Contratos sobre revogação não se diferenciam de forma substancial da Lei 8.666/1993, ao contrário, apresentam evidente similitude, busca-se perquirir acerca da existência de novos mecanismos previstos na nova norma para atenuar os perigos de desvios de finalidades que possam advir da faculdade de revogar licitações.

II – A FASE PREPARATÓRIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A nova Lei de Licitações e Contratos, na iminência de se tornar obrigatória na esfera federal, estadual e nos municípios com mais de 20 mil habitantes, a partir do primeiro dia de abril próximo, estatui uma robusta fase preparatória/interna das contratações, prevendo vários mecanismos e providências para tal intento, como a elaboração de artefatos preparatórios como o Plano de Contratações Anual (PCA), o Estudo Técnico Preliminar (ETP) e o Termo de Referência (TR), além de estabelecer a obrigatoriedade de que todas as questões técnicas, mercadológicas e de gestão atinentes à contratação sejam objeto de análise prévia à abertura da competição.

Neste sentido, vale a pena trazer a lume entendimento de FORTINI e AMORIM, no sentido de que:

O legislador, em acréscimo, ao disciplinar os procedimentos licitatórios, dispensou atenção prioritária à fase preparatória, caracterizando-a, de pronto, pelo planejamento, a exigir, além de sua compatibilização com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, a elaboração de

estudo técnico preliminar, explicitando, no “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação”, o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação final “da viabilidade técnica e econômica da contratação”, o que contribuirá para a diminuição de “problemas históricos que ocorrem durante a fase externa das licitações e, também, durante a execução dos respectivos contratos”.¹

Apesar de não constituir o planejamento exatamente uma novidade na legislação de contratações públicas, a abordagem anterior do assunto se dava de forma muito mais tênue e esparsa, ao contrário da Lei 14.133/2021, que trata de forma detalhada da fase preparatória das contratações. Neste sentido, diz Tatiana Camarão que:

Vale destacar que a Lei 8.666/93 se silenciou em relação à fase inicial das contratações e instituiu mais importância à fase instrumental da licitação, dando ênfase, principalmente, ao rito de seleção dos fornecedores. Reside aí um dos motivos das contratações serem marcadas pela patente falta de planejamento, acabando por gerar uma desordem na arquitetura das demandas, prejudicando a efetividade das ações governamentais e o interesse público, anseio último das contratações.²

Entretanto, no que toca ao “outro lado do balcão”, aos particulares interessados em contratar com a Administração Pública, a preparação sempre se assomou como mandatória, ante os diversos requisitos legalmente previstos a serem objetos de análise nas fases de habilitação e julgamento, constantes dos editais de licitação. O licitante mal preparado sempre teve como consequência indesejável a inabilitação ou a desclassificação para o certame.

A preparação das empresas ou pessoas físicas interessadas para as licitações não raro incluem a contratação de profissionais especializados, que detenham conhecimentos técnicos para análise de editais, elaboração de propostas, levantamento de documentos de habilitação, elaboração de recursos, dentre diversas outras medidas pertinentes.

Evidentemente, os estudos e providências que o setor privado deve se desincumbir para estar apto a concorrer em um procedimento licitatório consomem recursos humanos e materiais, que os interessados se dispõem a utilizar a título de investimento em um projeto, apostando em lograr uma contratação com o poder público que lhes possibilite o retorno dos recursos empregados.

A partir da premissa de que o interessado em participar da licitação investe tempo e recurso nas atividades prévias que lhe possibilitem chances de sagrar-se vencedor na disputa, assoma-se interessante questão, que diz respeito à possibilidade de o Poder Público, após cumprido todo o *iter* das fases preparatórias e competitivas das licitações, simplesmente decidir revogar o certame por critérios de conveniência e oportunidade, alegando motivos supervenientes.

Que é necessário preservar a supremacia do interesse público e deferir à Administração a faculdade de revogar licitações que se tornaram inoportunas, não há dúvidas. Mas é necessário refletir sobre indesejáveis efeitos colaterais que podem advir do uso desta supremacia especial da Administração, que a colocam em relação de superioridade jurídica perante o particular. Por isso mesmo, tal poder deve ser exercitando em consonância com Princípios Constitucionais e legais atinentes às contratações públicas, dos quais se pode destacar a segurança jurídica, a moralidade e a razoabilidade.

III – O PERIGO DO DESVIO DE FINALIDADE NA REVOGAÇÃO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A doutrina administrativista elenca como elementos constitutivos do ato administrativo: a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto³. Quando inexistente ou há defeitos em um dos elementos constitutivos do ato, restarão as vias do saneamento ou nulidade, a depender da intensidade do vício verificado. Neste ponto, pretende-se ressaltar, por conectar ao assunto em tela o defeito no elemento finalidade.

Tal possibilidade se concretiza quando determinado ato administrativo previsto em lei, praticado por autoridade competente, segundo a forma legalmente prevista e sob o argumento da existência do substrato fático que lhe dá suporte é editado para alcançar determinado objeto. Define-se o vício de finalidade ou o desvio de finalidade, da seguinte forma:⁴

Trata-se de desvio de poder ou desvio de finalidade, definido pela Lei nº 4.717/65 como aquele que se

verifica quando “o agente pratica o ato visando a fim diversos daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art.2º, parágrafo único, e).

Nesse sentido, afigura-se o vício de finalidade quando determinada licitação é revogada sob a alegação de atendimento do interesse público, pela superveniência de circunstância que a torne inconveniente, mas na verdade esconde uma intenção desonesta da autoridade que o edita. Não há como ignorar as chances que tal possibilidade ostenta na realidade administrativa brasileira, ou seja, a utilização do instrumento de forma pouco republicana pelo gestor para evitar uma contratação com o licitante vencedor “indesejado”.

No dizer de Di PIETRO:

A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de indícios. (...)⁵.

Pode-se fazer um paralelismo do desvio de finalidade na revogação de licitações com a fabricação de situações de emergência, surgidas a partir de rescisões contratuais calcadas no argumento guarda-chuva do superveniente “interesse público” que também fazem parte do cotidiano das contratações nacionais, as quais servem de pretexto jurídico para contratações levadas a efeito mediante dispensas de licitação. Tal situação é relativamente comum nas mudanças de gestão, em que o novo titular pretende contratar seus apoiadores e eliminar seus adversários dos contratos que estejam sob sua responsabilidade.

De forma similar, fabricam-se condições discricionárias para as revogações de licitações, para, em momento posterior, com maquiagem do objeto da contratação, abrir-se nova licitação, criando-se outra chance para que vença o certame não a melhor proposta, mas aquela formulada pelo parceiro ou “amigo do rei”.

Vencer a competição licitatória não garante direito subjetivo à contratação. Mesmo porque, o regime jurídico administrativo se caracteriza pela supremacia do interesse público sobre o particular, o que leva à justificativa para revogações de certames que deixaram, por circunstâncias supervenientes, de figurar como a melhor alternativa para atendimento do interesse coletivo. Como preservar o interesse público de revogar licitações que se tornaram inconvenientes e ao mesmo tempo evitar a má utilização de tal prerrogativa por parte dos gestores?

A nova Lei de Licitações seguiu a trilha da legislação anterior, ao expressar preocupação com a fabricação artificial dos “motivos supervenientes” muitas vezes frutos da mera criatividade do agente público desonesto que deseja evitar a assinatura de um contrato por um licitante vencedor que não é o parceiro imaginado, por motivos não republicanos.

Tal preocupação vem expressa, tanto na Lei 14.133/2021 (art.71, II, § 2º), quanto na Lei 8.666/1993 (arts. 28 e 49, § 3º), que preveem tanto a possibilidade de revogar certames licitatórios que se tornaram inconvenientes e inoportunos por motivos supervenientes e a necessidade de demonstração de tais substratos fáticos, quanto pela oportunidade de manifestação prévia por parte dos interessados, ou seja, aqueles que serão afetados pela decisão revogatória.

Neste ponto, a partir da similitude das disposições legislativas tanto de uma quanto de outra norma, afigura-se que não se assoma, pelos dispositivos em si, um mecanismo inovador de opção legislativa para preservar a segurança jurídica – da qual a previsibilidade é uma variável importante⁶ - e a seriedade dos procedimentos de licitações públicas, bem como evitar o desvirtuamento da finalidade que inspira a possibilidade de revogação dos atos administrativos em geral: atender ao interesse público.

IV – IMPACTOS DOS MECANISMOS DE PLANEJAMENTO E TRANSPARÊNCIA NAS REVOGAÇÕES DE LICITAÇÕES

A nova Lei de Licitações, conforme dito, prevê de forma detalhada a fase preparatória das contratações públicas, embasada em instrumentos como o plano de contratação anual, estudos técnicos preliminares e demais artefatos de planejamento e transparência, que impõe aos

responsáveis pela contratação que justifiquem de forma pormenorizada a necessidade da contratação, bem como os aspectos técnicos, mercadológicos ou de gestão envolvidos na contratação, além da necessária compatibilidade da contratação com os objetivos estratégicos do órgão, com a Lei orçamentária e com o plano de contratação anual.

Ademais, os atos relativos às contratações devem resguardar a máxima transparência exigida na norma, a partir de mecanismos dos quais se podem exemplificar a obrigatoriedade de publicação dos atos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e da virtualização dos procedimentos licitatórios, que ficarão à disposição para consulta não só dos órgãos de controle, como de quaisquer interessados.

Nessa linha, embora a nova Lei de Licitações tenha preservado a necessária prerrogativa da Administração de revogar as licitações, o contexto acentuado de planejamento e transparência irão impor ao gestor ônus mais contundente de comprovar a existência real de substrato fático para embasar a decisão. A eventual falsidade de tais motivos em cotejo, com as justificativas apostas para a contratação na fase de planejamento, ficará mais facilmente evidenciada no novo contexto normativo de planejamento racionalizado das contratações públicas.

V - CONCLUSÕES

A despeito do impacto positivo esperado com um planejamento das licitações mais detalhado e transparente, evidentemente, os mecanismos legais advindos com a nova Lei de Licitações não constituem “balas de prata” com poder de exterminar o uso indevido da faculdade de revogação, mas, sem dúvida, guardam potencial de dificultar e desencorajar a atuação pública eivada de má-fé neste ponto em particular.

Revogações de licitação com desvio de finalidade são danosas à desejável segurança jurídica e previsibilidade que deve rodear o ambiente de contratações públicas. Criam um ecossistema de contratações cheios de “surpresas” que afastam o setor privado da arena de negócios públicos, ocasionando a erosão da competitividade e o aumento do custo das contratações estatais. Esperemos que os instrumentos ora previstos de planejamento e transparência cumpram seu mister de contribuir para um ambiente íntegro de contratações públicas, tal como idealizado pelo legislador.

¹ FORTINI, Cristiana e AMORIM, Rafael Amorim de. In: MATOS, Marilene Carneiro, ALVES, Felipe Dalenogare e AMORIM, Rafael Amorim de. Nova Lei de licitações e contratos: Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios/Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves, Rafael Amorim de Amorim (organizadores). – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. Pág. 133.

² CAMARÃO TATIANA. In: FORTINI, Cristiana, OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de, CAMARÃO, Tatiana. (coords. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133, de 01 de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Pág. 253.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 219.

⁴ DI PIETRO, idem ibidem, pag. 251.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 251.

⁶ MATOS, Marilene Carneiro. Princípio da Proteção da Confiança Legítima: Limites ao Estado Legislador. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara: 2020.

Como citar este texto:

MATOS, Marilene Carneiro. A revogação na nova Lei de Licitações e Contratos: contratar ou não contratar, eis a questão! Zênite Fácil, categoria Doutrina, 10 mar. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.