

LICITAÇÕES E CONTRATOS

Vício insanável da proposta: discricionariedade administrativa?

16 de setembro de 2022, 8h00

Por Guilherme Carvalho

Declaradamente, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos priorizou a validação dos atos administrativos quando houver a presença de vícios sanáveis, de modo a evitar a repetição de procedimentos desnecessários, moldando a teoria das nulidades e concedendo nova modelagem ao princípio do formalismo moderado.

Independentemente do pródigo intento do legislador, não há, ao longo de todo o corpo normativo, qualquer conformação extrema quanto ao conceito de vícios sanáveis, albergando, por consequência, a atração para uma amplíssima margem discricionária por parte da administração, que poderá, a seu exclusivo alvedrio, prolongar ou não a repetição dos atos no processo licitatório, reproduzindo os que, supostamente, possam ser testemunhados como insanáveis.

Logo, incólume de ambiguidades, percebe-se que o julgo que recai sobre o termo insanável não prescinde de uma justificativa tão contundente, por mais aparente que possa transparecer a norma que, tratando sobre o tema, com suposição indique no sentido de motivação expressa.

Longe de qualquer dubiedade, a formal exploração motivada sobre a questionável impossibilidade de sanar o vício deve constar no processo, sob pena de invalidade do ato que declara a falha sem apontar fundamentação denotativa consistente.



Ocorre que as circunvizinhanças e adjacências utilizadas ao longo dos mais variados artigos espalhados pela Lei nº 14.133/2021 quanto à concepção da irreparabilidade do ato, segundo acima já mencionado, produzem um conteúdo multiforme, heterogêneo e passível de interpretações múltiplas, que derogam, senão em tese, mas na prática, invencíveis questionamentos sobre a irrestrita interpretação conferida ao caso em concreto.

Assim acontece em vários outros pontos espargidos pela lei, como, por exemplo, no encerramento do processo licitatório, quando, a teor do disposto no inciso I do artigo 71, o legislador deu preferência ao saneamento do ato, desde que consertável a irregularidade.

Em igual sentido, ao se referir ao julgamento das propostas, o artigo 59 contempla uma série de incisos que indicam os casos em que as propostas devam ser, rigorosa e imperiosamente, desclassificadas, concebendo o fundamento de que, caso não encontradas as hipóteses de desclassificação, o ato administrativo praticado deve ser preservado.

Inicialmente, o inciso I do artigo 59, em complemento ao *caput* do mesmo dispositivo legal, menciona que serão desclassificadas as propostas que "contiverem vícios insanáveis". Tal menção normativa ultrapassa um mínimo aprendizado de obviedade, tanto quanto resguarda a higidez dos atos válidos, merecendo reprovabilidade impostergável tão apenas os vícios tidos por manifestamente nulos ou mesmo inexistentes.

Todavia, quanto a esse específico inciso, já incide, porventura propositalmente, uma margem discricionária deferida à administração, a ponto de averiguar, na prática, se se trata de vício que possa ser desconsiderado, priorizando a finalização do processo licitatório e atingindo o objetivo central do processo em si: obter a melhor proposta e firmar o contrato administrativo.

Longe de ser um desafio de singela solução, a resolutividade não é impassível, mas adere, sempre, ao perfil idiossincrático do agente público que julga a proposta, de tal modo que a receptividade do ato como sanável dependerá do comportamento menos legalista e tecnocrata do servidor.

Exemplificativamente, se o edital prevê a entrega de determinado documento contábil, que ateste a saúde financeira da licitante e, faltante o aludido documento que deve, pela literalidade do instrumento convocatório, acompanhar a proposta, tudo leva a crer que a proposta tenha de ser desclassificada. Trata-se de uma decisão que tangencia e vai ao encontro do pensamento da filosofia grega de Parmênides, cuja essência não pode mudar, desaguando no imobilismo ontológico.

Entretanto, podem existir, acompanhando a mesmíssima proposta, outros documentos apresentados pela licitante desclassificada que sejam suficientes o bastante para comprovar a sua saúde financeira de maneira ainda mais contundente, havendo, por decorrência, um vício sanável.

No mesmo caso, é possível encontrar dois posicionamentos distintos, a depender, como apontado, da análise de quem julga. Inquestionável, portanto, que, em tal situação, a discricionariedade administrativa encontra largo espaço, uma vez que, claramente, há justificativa para ambas tomadas de decisões. Por um lado, o rigorismo do edital pode ser defendido à risca; por outro, a eficiência e pragmatismo (dentre outros) têm mais valor.

O mesmo ocorre com o inciso II, onde há a previsão normativa de desclassificação das propostas que "*não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital*". Ora, em se tratando de licitações cada mais complexas, cuja definição do objeto já é, por si só, uma tarefa árdua para a Administração, a previsão de especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório beira a uma quimera, devendo, à luz das normas e metas previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — cuja utilização no processo licitatório não é facultativa (parte final do artigo 5º) — ser sempre ponderada, arrastando uma sensibilidade quanto à rigidez de suposto desatendimento da proposta às cláusulas previstas no edital.

Na mesma raia, os incisos III e IV apresentam reptos ainda mais desafiantes, porquanto abordam o impreciso significado e alcance da exequibilidade ou inexecuibilidade da proposta. De tal modo, o inciso III prevê que serão desclassificadas as propostas que "*apresentarem preços inexecuíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação*", ao passo que o inciso IV preceitua que propostas que "*não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração*" serão desclassificadas.

Veja-se que, em um cenário de instabilidade de preços e volúvel inflação, o conteúdo de exequibilidade e inexecuibilidade de propostas é um enorme obstáculo a ser ultrapassado pela gestão pública, ainda que o inciso III do artigo 11 tenha por objetivo evitar contratações com preços manifestamente inexecuíveis.

Por fim, o inciso V prognostica a desclassificação das propostas que "*apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável*". Tal norma é uma repetição, às avessas, da regra prevista no inciso I, sendo, asseguramente, inteiramente frívola e despicienda, na medida em que reforça a ideia de que vícios insanáveis são impassíveis de convolação e saneamento.

À guisa de considerações finais, por carrear uma vastíssima abertura interpretativa, o artigo 59 (e seus incisos) protagoniza a constante possibilidade de questionamento do ato praticado perante o Judiciário, o qual, sem adentrar no mérito administrativo propriamente dito, pode, fincado na plausibilidade das justificativas apresentadas pelo licitante prejudicado, entender pela repetição ou saneamento do ato, sobremais se o juízo de convencimento do magistrado desaguar para o saudável consequencialismo carinhosamente previsto na LINDB, evitando burocracias desnecessárias e impertinentes.

Por terminação, ao menos na seara administrativa, tudo não deixa de ser discricionário e, em tal caso, o imobilismo ontológico de Parmênides ainda é robusto. Parece-nos que é tempo de contemplarmos, por outro lado, o pensamento de Heráclito, confiando na permanente e inflexível dinamicidade ínsita às contratações públicas. Definitivamente, o dilema da filosofia grega antiga não deve ser perpetuado.

Guilherme Carvalho é doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e Políticas Públicas, ex-procurador do estado do Amapá, advogado do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados e bacharel em Administração.

Revista **Consultor Jurídico**, 16 de setembro de 2022, 8h00