

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**FORMALISMO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Porto Alegre

2016

José Paulo Dorneles Japur

**FORMALISMO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2016

Dados Internacionais de Publicação

J35f Japur, José Paulo Dorneles

Formalismo das Licitações Públicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro / José Paulo Dorneles Japur – Porto Alegre, 2016.

145 f.

Orientador: Rafael da Cás Maffini

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016.

1. Licitação Pública. 2. Formalismo. 3. Formalismo Legal. 4. Formalismo Hermenêutico. 5. Jurisprudência. I. Maffini, Rafael da Cás. II. Título.

CDU 351.712.2.032

Bibliotecária: Magda Massim Chipaux
CRB-10/1205

José Paulo Dorneles Japur

**FORMALISMO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Professor Dr. Rafael da Cás Maffini

Aprovada em _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Rafael da Cás Maffini

Examinador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Este trabalho só foi possível com o auxílio de muitas pessoas. É com satisfação que agradeço: aos meus pais Lea e José Augusto, pela educação crítica; ao meu irmão Rafael, pelo exemplo em tudo e para tudo; à Gabriela, minha namorada, pela compreensão nos finais de semana de parco convívio, aos amigos da Faculdade de Direito, da Pós-Graduação e da vida, pela amizade e incentivo.

Ao meu orientador, Professor Rafael da Cás Maffini, sou grato pela oportunidade e confiança.

Agradeço aos Professores que compuseram a Banca de Qualificação, Daniel Mitidiero e, especialmente, Itiberê de Oliveira Rodrigues, a quem devo pelas críticas e correções minuciosas, que contribuíram decisivamente para a versão final desta dissertação.

Ao colega de Pós-Graduação Romano Scapin agradeço por compartilhar as mesmas angústias.

A todos os ex-colegas de Almiro do Couto e Silva Advogados e de Veirano Advogados, meu agradecimento pelas portas abertas.

Ao ex-sócio e amigo Matheus Faganello, agradeço pelas conversas e questionamentos, muitas das quais presentes neste trabalho.

Obrigado à Magda Massim pela presteza de sempre na pesquisa e na formatação.

À Juliana Meus agradeço por coordenar o escritório na minha ausência.

À Juliana Nascimento meu muitíssimo obrigado pelas incansáveis digitações e digitalizações.

A todos, meu muito obrigado.

RESUMO

A presente dissertação analisa o formalismo das licitações públicas no ordenamento jurídico brasileiro

Preambularmente, faz-se uma breve exposição de noções gerais sobre o instituto da licitação e sua disciplina no Brasil, expondo-se os princípios jurídicos aplicáveis (art. 3º da Lei 8.666/93, especialmente), dentre os quais se insere o formalismo. Então, veiculam-se breves manifestações doutrinárias sobre formalismo nas licitações públicas na doutrina estrangeira, dando-se curso à análise do atual estado da arte do tema em solo brasileiro.

O estudo compreende duas grandes partes, a saber: o formalismo nas leis relacionadas a licitações públicas e o “formalismo hermenêutico” (vale dizer, o formalismo na aplicação das leis relacionadas a licitações públicas) e sua interação com a jurisprudência.

Na Parte I, expõe-se criticamente a evolução das leis relativas às licitações públicas no Brasil ao longo do tempo. Esta exposição é subdividida em duas fases: a primeira fase (de formalismo crescente), contemplando a legislação veiculada entre o Código de Contabilidade da União de 1922 e a Lei 8.666/93; e a segunda fase (de formalismo decrescente), abarcando, especialmente, a Lei 10.520/2002 (Pregão), a Lei 11.079/2004 (Parceria Público-Privada – PPP) e a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação – RDC).

Na parte II, partindo da premissa da existência de relação entre o maior formalismo legal (a qual tem na Lei 8.666/93 seu ápice) e o formalismo na aplicação das leis relativas a licitações públicas, analisa-se criticamente a influência da jurisprudência (Tribunal de Contas da União e Tribunais Judiciais) neste fenômeno.

Por fim, considerações finais são lançadas no sentido de tornar o formalismo nos processos licitatórios consentâneo com o Estado Constitucional, inclusive propõe-se uma releitura do instituto da diligência, enquanto importante instrumento de superação do excesso de rigor na condução dos certames.

Palavras-Chave: Licitação pública. Formalismo. Formalismo legal. Formalismo hermenêutico. Jurisprudência.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the formalities surrounding the public procurement requirements under the auspices of the Brazilian legal framework.

The study departs from a literature review about the public procurement institute and its ruling in Brazil, exposing the main judicial principles involved (mainly in the art. 3º of Law nº 8.666/93) out of which it is found the formalism. Thus, there are mentions to doctrinal excerpts about formalism in public procurement from the international doctrine, followed by a current analysis of the state of the art in the Brazilian territory.

The study comprehends two main parts: the formalism in the laws related to public procurement and the “hermeneutic formalism” (that it is, the formalism related to legal application of public procurement laws) and its interaction with the jurisprudence.

In Part I, there is made a critical analysis evolution of the laws related to Brazil throughout time. This exhibition is subdivided into two phases: the first one (of crescent formalism), contemplating the legislation from the Accountancy Code of the Union of 1992 and the Law nº 8.666/93; and the second one (of decreasing formalism), encapsulating, specifically, the Law nº 10.520/2002 (Bidding), the Law nº 11.079/2004 (Public-Private Partnership) and the Law nº 12.462/2011 (Differentiated Regime of Public Procurement).

In Part II, departing from the premise of a relation between the greater legal formalism (corporatized by the Law nº 8.666/93) and the formalism related to the laws about public procurement, there is conducted a critical analysis of the jurisprudence influence (Union Accountancy Court and Judicial Courts) under this phenomenon.

At the end, final considerations are made in order to turn the formalism of the public bidding processes aligned with the Constitutional State, proposing a reformulation of the diligence institute, for being an important tool in terms of overturning the excesses in formal requirements surrounding public bidding procedures.

Key-words: public procurement, formalism, legal formalism, hermeneutic formalism, jurisprudence

SUMÁRIO

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	10
1 DELIMITANDO O OBJETO DE INVESTIGAÇÃO	10
1.1 FORMALISMO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	10
1.2 ROTEIRO E BREVES NOTAS METODOLÓGICAS	20
PARTE I - FORMALISMO NAS LEIS RELATIVAS À LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	24
1 PRIMEIRA FASE: CURVA CRESCENTE DE FORMALISMO	24
1.1 CÓDIGO DE CONTABILIDADE DA UNIÃO DE 1922	24
1.1.1 Introdução.....	24
1.1.2 Conteúdo Substancial.....	25
1.1.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	28
1.1.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	30
1.2 DECRETO-LEI FEDERAL Nº 200/1967	31
1.2.1 Introdução.....	31
1.2.2 Conteúdo Substancial.....	33
1.2.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	34
1.2.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	36
1.3 DECRETO-LEI FEDERAL Nº 2.300/1986	37
1.3.1 Introdução.....	37
1.3.2 Conteúdo Substancial.....	38
1.3.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	40
1.3.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	42
1.4 LEI Nº 8.666/1993	43
1.4.1 Introdução.....	43
1.4.2 Conteúdo Substancial.....	46
1.4.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	50
1.4.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	51

2 SEGUNDA FASE: CURVA DECRESCENTE DE FORMALISMO.....	54
2.1 LEI Nº 10.520/2002 (PREGÃO)	54
2.1.1 Introdução.....	54
2.1.2 Conteúdo Substancial.....	55
2.1.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	57
2.1.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	60
2.2 LEI Nº 11.079/2004 (PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – PPP).....	65
2.2.1 Introdução.....	65
2.2.2 Conteúdo Substancial.....	66
2.2.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	68
2.2.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	70
2.3 LEI Nº 12.462/2011 (REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC)..	75
2.3.1 Introdução.....	75
2.3.2 Conteúdo Substancial.....	75
2.3.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação.....	79
2.3.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos	79
3 CONCLUSÃO PARCIAL (PARTE I).....	83
PARTE II – “FORMALISMO HERMENÊUTICO” E A INTERVENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	86
1 INTRODUÇÃO	86
2 “FORMALISMO HERMENÊUTICO” E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ..	89
2.1 INTRODUÇÃO	89
2.2 DECISÕES DO TCU QUE MITIGAM O EXCESSO DE “FORMALISMO HERMENÊUTICO”	90
2.2.1 Conteúdo Substancial.....	90
2.2.2 Decisões do TCU que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à utilização do instituto da diligência.....	92
2.2.3 Decisões do TCU que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à análise da proposta	97

2.3 DECISÕES FORMALISTAS DO TCU.....	101
2.3.1 Conteúdo Substancial.....	101
2.3.2 Decisões Formalistas do TCU relativamente à utilização do instituto da diligência.....	103
2.3.3 Decisões Formalistas do TCU relativamente à análise da proposta.....	105
3 “FORMALISMO HERMENÊUTICO” E OS TRIBUNAIS JUDICIAIS.....	107
3.1 INTRODUÇÃO	107
3.2 DECISÕES JUDICIAIS QUE MITIGAM O EXCESSO DE “FORMALISMO HERMENÊUTICO”	110
3.2.1 Conteúdo Substancial.....	110
3.2.2 Decisões Judiciais que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico relativamente à utilização do instituto da diligência	118
3.2.3 Decisões Judiciais que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à análise da proposta	121
3.3 DECISÕES JUDICIAIS FORMALISTAS	125
3.3.1 Conteúdo Substancial.....	125
3.3.2 Decisões judiciais formalistas relativamente à utilização do instituto da diligência	128
3.3.3 Decisões judiciais formalistas relativamente à análise da proposta.....	131
4 CONCLUSÃO PARCIAL (PARTE II).....	137
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS.....	143
JURISPRUDÊNCIA CITADA	148
LEGISLAÇÃO CITADA	155

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1 DELIMITANDO O OBJETO DE INVESTIGAÇÃO

1.1 FORMALISMO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O Estado tem como fim último promover o bem comum dos seus membros. Com este desiderato necessita de bens, de serviços e de obras. Para adquirir os bens mediante compra, ou acordar com terceiros a execução de obras públicas ou a prestação de serviços, cumpre à Administração perseguir a melhor oferta por meio da concorrência.¹ Este procedimento seletivo assentado, sobretudo sobre uma justificação de idoneidade ética, técnica e financeira dos intervenientes, tendente a estabelecer a melhor oferta é há muito utilizada pelo Estado. José Roberto Dromi noticia que já no Direito Romano este procedimento de competição nas contratações do Estado era a regra. Refere o autor, inclusive, que tal expediente era utilizado para a compra das botas utilizadas pelo exército na guerra.²

São inúmeras as denominações que a doutrina e a legislação conferem a este procedimento de contratação. Na Itália se chama “pubblico incauto” ou “asta pubblica”; na Espanha “subasta pública”, “subasta” e “concurso subasta”; em Portugal, “concurso público”; na França, “adjudication auverte” ou “adjudication publique”.³

Sendo a licitação o procedimento realizado pela Administração para selecionar o candidato idôneo e titular da proposta mais vantajosa para o fornecimento de bens, para a execução de obras ou serviços, já se sustentou que conceito de concurso não seria abarcado ao de licitação em geral. Diz-se isso, porque a Administração não busca o mesmo objetivo no concurso, mas sim a seleção ou escolha de um trabalho técnico ou artístico de seu interesse, premiando ou pagando o vencedor⁴. É nesse sentido o magistério de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual o concurso “é uma modalidade de licitação, mas a natureza especial, bem diversificada das demais, destinada à escolha de trabalho técnico ou

¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Da Licitação**. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p.15-16.

² DROMI, José Roberto. **La Licitación Pública**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1980. p.114.

³ Ibidem, p.114.

⁴ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.50.

artístico, predominantemente de criação intelectual.”⁵ Sob esta ótica também o leilão escaparia do conceito de licitação, porquanto destinado a desfazer-se de bens inservíveis ou produtos legalmente apreendidos, via de regra oriundos de crime de contrabando etc..

O Brasil⁶ alinha-se ao modelo da maioria⁷ dos países no qual a seleção de particulares interessados em contratar com o Estado para supri-lo de suas necessidades é precedida, em regra, pela via da licitação pública. É o que anota Carlos S. Barros Júnior: “[...] é regra em todos os países que os contratos firmados pelo poder público para o exercício da ação administrativa, sejam precedidos de modalidades de procedimento que propiciem os objetivos já indicados [...]”⁸

Modernamente, Carlos Ari Sunfeld anota:

Têm o dever de promover licitação todos os entes estatais, independentemente do caráter público ou privado de sua personalidade. Destarte, são por ele colhidas tanto as pessoas governamentais de direito público (União, Estados e Municípios, suas autarquias e fundações governamentais de direito público) como as pessoas governamentais privadas (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais privadas).⁹

A obrigação está posta de forma clara na Constituição Federal de 1988 (CF/88), conforme o Inciso XXI do art. 37:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1988. p.87.

⁶ Em 1828, foi promulgada a Lei de 29 de agosto, prevendo: “art.5º. Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a empresários por via de Editais Públicos, e havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens”. (BRASIL. **Lei de 29 de agosto de 1828**. Estabelece regras para a construção das obras publicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, abertura de canaes, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aqueductos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38195-29-agosto-1828-566164-publicacaooriginal-89803-pl.html>. Acesso em: 10 fev. 2016).

⁷ Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti, em França, o regime à época era da livre escolha discricionária (*contrat-gré à gré*).

⁸ BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Concorrência Pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 80, p. 395-403, abr./jun. 1965. p.395; _____. Das Concorrências. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 95, p. 10-18, jan./mar. 1969. p.10.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo: Malheiros, 1994. p.36.

as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹⁰

O mesmo se impõe à outorga de concessão ou permissão de serviço público, conforme o art. 175, Caput, da CF/88: “Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”¹¹

A doutrina brasileira é farta em definir o instituto da licitação pública.

Antonio Marcello da Silva diz ser licitação “o procedimento administrativo, cautelar e seletivo, pelo qual a Administração verifica a idoneidade dos proponentes e escolhe a proposta mais vantajosa para a contratação pretendida.”¹²

Licitação é para Toshio Mukai

[...] como uma *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do poder público aos administrados para que façam suas propostas e tenham chance de ser por ele contratados, para lhe executarem uma prestação (de dar ou fazer) determinada.¹³

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹⁴

Para Carlos Ari Sunfeld:

Licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

¹¹ Ibidem.

¹² SILVA, Antônio Marcello. O princípio e os princípios da licitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 69, n. 532, p. 27-34, fev. 1980. p.29.

¹³ MUKAI, Toshio. **O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.1.

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.483.

interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.¹⁵

Não obstante algumas nuances e distinções relativamente às várias conceituações expostas, pode-se dizer que estas têm em comum o reconhecimento de ser a licitação pública um procedimento com dois propósitos básicos: satisfazer as necessidades da Administração Pública da melhor forma possível, garantindo a todos os particulares interessados na contratação igualdade de condições.

O Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 2.716 (DJE de 07.03.08), Relatada pelo Ministro Eros Grau abordou o conceito de licitação nestes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...]

3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. [...].¹⁶

Recentemente, para além do objetivo precípuo de aprisionar os bens, os serviços e as obras públicas necessárias a consecução das atividades estatais, atribui-se no Brasil um aspecto regulatório.¹⁷ Assim como já fizera a Lei Complementar nº 123, de 2006, que criou regras diferenciadas e privilegiadas às

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo: Malheiros, 1994. p.15.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.716.**, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 29.11.07, DJE de 07.03.08. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513627>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁷ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Instituto Brasileiro de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 21, p. 3-9, fev./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-luciano-ferraz.pdf>>. Acesso em: 12 nov.2015.

microempresas e às empresas de pequeno porte, a Lei nº 12.349, de 2010, atribuiu ao Estado brasileiro o papel de fomentar o desenvolvimento da indústria nacional, de forma sustentável, por meio das compras governamentais.¹⁸

Com isso, também o desenvolvimento nacional sustentável passou a ser um princípio aplicável às licitações públicas, conforme o art. 3º da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e **dos que lhes são correlatos**.¹⁹

E é justamente da expressão “que lhe são correlatos” que a doutrina administrativista insere o formalismo. Conforme destaca Odete Medauar,

[...] Tais termos parecem significar que devem ser observados outros princípios correlatos ao processo licitatório. Poderiam ser apontados o princípio da competitividade, do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado, da verdade material, por exemplo.²⁰

Conforme percebe Marçal Justen Filho, administrativista brasileiro mais festejado em licitações públicas, “um dos temas mais complexos atinentes à licitação envolve o formalismo”.²¹

Procedendo-se a uma pesquisa com os atributos “formalismo + licitação” em sítios eletrônicos de Tribunais, seremos direcionados a número cada vez mais freqüente de casos que visam a reintegrar à licitação ou, na hipótese reversa, a excluir, candidato cuja documentação apresenta desconformidade comparativamente aos termos do edital/lei/regulamento de regência.

A casuística nos aponta casos diversos: constatação superveniente de inconformidade nos documentos de habilitação de candidato já anteriormente

¹⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada: a MP nº 495, de 19.7.10. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n.104, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.

¹⁹ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.188.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.92.

habilitado e titular da proposta mais vantajosa; balanço contendo duas folhas repetidas e uma faltante; certidão de quitação de tributos com data de validade expirada, não obstante seu titular comprovadamente estivesse regular com o Fisco na data aprazada para a entrega da documentação; erros aritméticos na soma dos valores unitários que compõem o valor global da proposta; ausência de autenticação de documentos; inclusão no Envelope “A” (documentação de habilitação) documento que deveria constar no Envelope “B” (proposta de preço); rubrica de proposta, quando o Edital requeria assinatura; etc.

Haveria correção na exclusão dos candidatos faltosos nos hipotéticos exemplos? Não se estaria privilegiando o formalismo exacerbado ou o ritualismo jurídico? Seria possível o saneamento de defeitos? Em que medida é possível o saneamento de documentações faltosas?

A resposta a estas indagações ocupa administrativistas pelo mundo afora.

O formalismo não tem abordagem única na doutrina. Há pelo menos duas vertentes distintas sobre formalismo. Por um lado, o princípio do formalismo consiste na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa; por outro lado, o formalismo se relaciona com a exigência de interpretação flexível e razoável relativamente a formas, evitando que estas se transformem em um fim em si mesmo, afastando-se das verdadeiras finalidades processuais.²²

De qualquer forma, é certo afirmar que administrativistas espalhados por inúmeros países têm se posicionado contrariamente à tradição formalista. Desde logo pode-se adiantar que a grande maioria da doutrina especializada alinha-se no sentido de flexibilizar os critérios de escolha dos participantes dos certames, os requisitos de habilitação/proposta e até a possibilidade da realização de fase de saneamento de inconformidades na documentação/proposta dos candidatos. Tem-se admitido inclusive a inclusão de documento complementar após a apresentação da documentação/proposta para correção de vícios.

Com algumas variações, é esta a posição de Jean Rivero, na França, de García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, na Espanha, de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, em Portugal, de Agustín Gordillo, na Argentina.

²² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.176.

Jean Rivero sustenta que todo ato administrativo está sujeito a um formalismo, isto é, após dado procedimento com dadas formas determinadas. Portanto, o vício de forma resulta da não observância das regras que fixam para cada ato esse procedimento e essas formas.²³ Segundo o autor, estas regras de procedimento trazem garantias ao administrado como, por exemplo, inquérito prévio, publicidade, prazos etc..

Todavia, para o administrativista francês nem todas essas regras possuem o mesmo valor. Haveria hierarquia relacionadas não só conforme a fonte da qual se originam, consoante derivem de um fato regulamentar, de um princípio geral, mas também com a sua eficácia real. Daí porque a jurisprudência recusou-se a sujeitar a Administração a um formalismo paralisante, sancionando com a anulação a desobediência de qualquer formalidade; ao revés, entende que somente dados vícios constituem ilegalidade.²⁴

Portanto, levando-se em conta fatores como a importância absoluta das formas, o fim da formalidade, o efeito eventual da formalidade e as circunstâncias de fato relacionadas à elaboração do ato administrativo, a jurisprudência francesa, respectivamente:²⁵

- a) distinguiu as formalidades substanciais, cuja omissão ou prática irregular provoca em princípio a anulação do ato, das formalidades acessórias, que não têm influência na validade.
- b) considerou que certas formalidades são estabelecidas com vistas a fornecer garantias aos administrados, podendo estes evidentemente aproveitar-se de sua omissão, em que pese não poderem invocar a inobservância de formas instituídas no interesse próprio da Administração.
- c) entendeu que, quando o efeito eventual da formalidade for suscetível de modificar o sentido da decisão, sua omissão será constitutiva de vício de forma.
- d) considerou que o vício de forma pode ser sanado pelas circunstâncias de fato que acompanharam ou se seguiram à elaboração do ato, por exemplo, quando o próprio administrado criou obstáculos à satisfação das formalidades

²³ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p.288.

²⁴ Ibidem, p.288.

²⁵ Ibidem, p.289.

pela Administração (vg, o não indicar sua moradia, impedindo assim que seja notificasse).

Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira referem que, na França, a doutrina e a jurisprudência dão destaque à teoria das formalidades essenciais. Segundo esta teoria, se distingue as formalidades e requisitos exigidos “em benefício ou no interesse dos concorrentes” e as formalidades e requisitos exigidos “em benefício ou no interesse da Administração.”²⁶ Por um lado, o desatendimento das formalidades e requisitos estabelecidos no interesse e para proteção dos concorrentes como publicidade daria ensejo à desclassificação do candidato da disputa do procedimento licitatório. Por outro lado, a preterição das formalidades e requisitos exigidos “em benefício ou no interesse da Administração” poderia ser sobrelevado pelo órgão licitante, se apesar do não cumprimento da respectiva formalidade, entendesse satisfeito o interesse público.

Conforme Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira a idéia subjacente à teoria das formalidades essenciais seria a seguinte: nas formalidades cujo escopo reside na tutela da posição jurídica e dos interesses visados pela Administração Pública, cumpre separar as que visam a assegurar a imparcialidade do processo adjudicatório das restantes. Nestas últimas, a Administração apreciará a censurabilidade da preterição de formalidades, podendo relevá-las. Nesse sentido, por exemplo: a falta de comprovação da publicidade legalmente exigida para as sociedades comerciais, a falta de menção do número do registro comercial, a entrega das propostas sem os envelopes especiais, etc.²⁷

Em Portugal, diante do progressivo exacerbamento do formalismo nas licitações públicas, o Direito Administrativo português desenvolve as “válvulas de escape”²⁸, mecanismo para mitigar as conseqüências do excesso de formalismo ou da aplicação cega da vinculação ao edital.

Segundo os administrativistas portugueses na licitação pública, ao contrário da generalidade dos processos administrativos, a seqüência procedimental apresenta-se bem definida na lei, podendo-se dizer que ela vai “*conduzindo*” o certame como se fosse um “*missal*”. Assim, há pouca margem de discricionariedade

²⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa**: Das fontes às garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem, p.92.

em matéria de formalismo seqüencial. Porém, daí não decorre que todas as formalidades do procedimento licitatório devam ter similar garantia sancionatória. Nem todas as formalidades são igualmente relevantes em sede de repercussão no certame ou na sua decisão e, portanto, indispensáveis à sua validade.

Há formalidades do procedimento licitatório que podem ser contornados justamente pelas “válvulas de escape”. Conforme Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira as “válvulas de escape” serão tanto mais necessárias porque os instrumentos convocatórios

[...] não são, muitas vezes, claros, precisos, e coerentes - e daí que as ‘certezas’ obtidas pela subsunção literal (e ‘cega’) dos casos concretos das disposições normativas (gerais e especiais, legais e regulamentares) que regem os procedimentos concursais sejam, muitas vezes, frágeis e inconsistentes. E quando não são,²⁹ é frequente que a sua aplicação dê lugar a soluções absurdas e iníquas.

Por conseguinte, concluem:

Somos, por isso, adeptos de uma relativa e teleológica desconsideração de certas formalidades (formalidades menores, digamos assim) dos concursos públicos e em certa medida, também – tão formalista e burocrático se poderia revelar o cumprimento rigoroso ou sacralizado das prescrições legais e regulamentares (ou ‘programáticas’) na matéria – adeptos da sua ‘desliteralização’, no sentido de as respectivas normas não poderem ser lidas ou aplicadas no rigor da respetiva expressão.³⁰

Arrematam os autores, a não ser assim, qualquer jurista formalmente tenaz e burocraticamente paciente descobriria que em todas as licitações sempre há alguma inconformidade entre documentação/proposta e literalidade do edital ou algo “viciado” do ponto de vista da lei ou dos regulamentos aplicáveis.

No mesmo sentido, na Espanha, Garcia de Entería e Ramón Fernandez sustentam que o vício de forma resultante da preterição de formalidades só tem verdadeira transcendência invalidante quando essas formalidades sejam essenciais. Daí por que sua natureza seria estritamente instrumental, somente adquirindo relevo próprio quando dele decorresse uma diminuição efetiva, real e transcendente de

²⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa**: Das fontes às garantias. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.93.

³⁰ Ibidem, p.93.

garantias, incidindo assim na decisão de fundo e alterando, eventualmente, seu próprio sentido em prejuízo do administrado e da própria Administração.³¹

Além disso, os administrativistas espanhóis referem que somente excepcionalmente a inconformidade de forma ou de procedimento pode ser considerada como “vício transcendente e de ordem pública”. Nesse sentido, apontam que seu caráter invalidante está expressamente reduzido como é exemplo a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, de 26.11.1992:

Artigo 63.1 Não obstante, o defeito de forma somente determinará a anulabilidade quando o ato careça dos requisitos formais indispensáveis para alcançar seu fim ou dê lugar à ausência de defesa dos interessados.³²

Na Argentina, Agustín Gordillo joga luz para o que chama de crise do princípio da formalidade. Segundo o administrativista, a igualdade ocupa hoje um lugar secundário e não primordial na licitação, à diferença da posição destacada que se assegurou a doutrina tradicional, a qual a interpretava com inteira sujeição ao edital ou às formas do processo. Daí porque, sob a velha óptica, os editais e condições gerais estabelecem com detalhes os requisitos e as formas a que deve se sujeitar a oferta para ser tida como habilitada, sendo, muitas vezes, exageradamente detalhistas nesta matéria.³³

Com esse apego excessivo à formalidade, em suma, viola-se o princípio da concorrência. Destaca Agustín Gordillo que, não obstante a doutrina e a jurisprudência de seu país tenham sempre admitido a apresentação de informações complementares, posteriores à oferta, ou a possibilidade de saneamento dos vícios de forma, a prática licitatória mostrou-me muito mais formalista do que o desejado.³⁴

Segundo Agustín Gordillo, ha licitações que inclusive admite um prazo especial (três dias, segundo o art. 66, do Decreto nº 5.720/72) para reapresentação do envelope nº 1 em caso de inconformidades na documentação originalmente

³¹ ENTERRIÁ, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madri: Civitas, 1997. v.1, p.634.

³² Art. 63.1: “No obstante, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”. (ESPANHA. Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum. Ley 30, de 26 de noviembre de 1992. **BOE**, Madrid, n. 285, 27 nov. 1992).

³³ GORDILLO, Agustín. A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório. **Gênesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v. 2, p. 343-360, ago. 1994.

³⁴ Ibidem.

apresentada. Somente superadas todas as possíveis impugnações, passa-se à abertura do envelope nº 2, evitando-se a exclusão sumária de candidatos com potencial de apresentar a melhor oferta à Administração por falhas formais.³⁵

Conforme Agustín Gordillo, não se contraponha que esta previsão seria contrária à igualdade entre os licitantes, pois esta adstritamente direcionada à substância da proposta:

A igualdade deve ser direcionada para substância da proposta, pois não há sentido em se falar de igualdade em face de prolixos e insanáveis requisitos prévios para a maioria dos proponentes. A igualdade, nestes casos, deve ceder lugar aos princípios da informalidade e da competitividade ou concorrência, destinados a conseguir melhor oferta para o Estado. Em consequência, descartar uma oferta por defeitos formais perfeitamente sanáveis, implica em uma grave afetação ao princípio da concorrência, invalidando a hipotética decisão que se tomaria em benefício do Estado, pretendendo-se com isso fechar o mercado interno à competência, num verdadeiro desvio de poder.³⁶

Em arremate, lançando mão do magistério de Noel Keyes e de John Whelan, juristas norte-americanos, Agustín Gordillo assenta que o conteúdo substancial da proposta está relacionado aos seguintes fatores: preço, quantidade, condições e a qualidade. Daí dizer que quaisquer desvios da proposta em relação ao edital, desde que não afetem estes fatores, podem ser objeto de tolerância (*waiver*) pela autoridade licitante.³⁷

Repassado em rápidas pinceladas o *status* do tema que tradicionalmente alguma influência tem sobre o Direito Administrativo do Brasil, cumpre-nos analisar seu atual estado da arte no país.

1.2 ROTEIRO E BREVES NOTAS METODOLÓGICAS

Com o propósito de melhor sistematizar a exposição, a análise será dividida em duas grandes partes, a saber: o formalismo nas leis relativas a licitações públicas e o formalismo na aplicação das leis relativas a licitações públicas (ou o

³⁵ GORDILLO, Agustín. A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório. **Gênesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v. 2, p. 343-360, ago. 1994.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

“formalismo hermenêutico”)³⁸ e sua interação com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos Tribunais Judiciais.

A Parte I abordará o formalismo nas leis relativas a licitações públicas, expondo a evolução do tema na legislação de regência. Desde logo, advirta-se que referida análise estará adstrita à legislação editada pela União, o que se faz necessário pela inviabilidade prática de se estender a pesquisa à legislação de todos os entes federativos. A análise está dividida em duas fases: Primeira Fase: ‘*Formalismo Crescente*, a qual compreende, principalmente, o Código de Contabilidade da União de 1922, o Decreto-Lei Federal nº 200/1967; o Decreto-Lei Federal nº 2.300/86 e a Lei Federal nº 8.666/93; e a Segunda Fase: “*Formalismo Decrescente*”, a qual compreende a legislação editada após a Lei 8.666/93, especialmente, a Lei 10.520/2002 (Pregão), a Lei 11.079/2004 (Parceria Público-Privada – PPP) e a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação – RDC).

39

O objetivo desta subdivisão foi facilitar a análise e conseqüente exposição das particularidades sobre o processo evolutivo do tema em âmbito federal⁴⁰, destacando similaridades e distinções, embora se admita inexistir exata fronteira entre os períodos, sobretudo porquanto editadas em diferentes contextos sociais, políticos, econômicos e inclusive sob diferentes Constituições.

A exposição encampa o pano de fundo do debate sobre como regular as licitações públicas, ou seja, sobre as características do modelo legal dos sistemas de compras governamentais exposto por André Rosilho ⁴¹ à luz do magistério de Steve Kelman.⁴² Estes autores demonstram que, no tema das licitações públicas, o dilema entre regular mais ou menos intensamente, ampliando ou restringindo a esfera de liberdade dos gestores públicos, é algo presente ao longo dos tempos. Embora com nuances e terminologias diversas, as normas sobre licitações públicas têm, precipuamente, três objetivos, a saber: acesso justo dos interessados; redução da corrupção nos contratos públicos; e vantajosidade na contratação (maior qualidade pelo menor preço). Para tanto, os modelos legais podem ser minimalistas

³⁸ A expressão é de Marçal Justen Filho

³⁹ Advirta-se que não serão analisados todos os Decretos, Leis etc. que regularam e regulam o tema das licitações públicas em âmbito federal, mas aqueles entendidos como principais para o escopo da análise.

⁴¹ ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação No Brasil*. Malheiros, 2013,

⁴² KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington (D.C), AEI Press, 1990, p. 26.

ou maximalistas. Um diploma minimalista estabeleceria regras pouco detalhadas e minuciosas, deixando aos agentes públicos a tomada de decisão sobre alterações no curso do processo seletivo, ao passo que um diploma maximalista, regras bastante detalhadas e minuciosas, transformando os agentes públicos em “bocas da lei”.⁴³

A partir daí outro grande desafio foi a maneira de expor criticamente a pesquisa. Como extrair de cada diploma normativo os elementos que o fizeram ser insertos neste ou naquele período? A medida se impunha para permitir a clareza na exposição e para evitar o casuísmo ou o subjetivismo científico.

A solução para o problema desenhou-se a partir da banca de qualificação com a definição de 02 (dois) grandes eixos de análise sobre o formalismo legal em licitações públicas, a saber: *requisitos de habilitação/qualificação* e *previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos*.

No eixo *requisitos de habilitação/qualificação* serão analisados aspectos relacionados aos procedimentos estabelecidos e aos documentos exigidos dos interessados em acudir à disputa. Já o eixo *previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos* centra sua análise sobre o tratamento dispensado aos licitantes cujos documentos/proposta contém inconformidades com a literalidade das exigências do instrumento convocatório.

A Parte II do estudo se debruça sobre o formalismo do intérprete na aplicação da lei ou do “formalismo hermenêutico”. Parte-se da idéia segundo o qual o excesso de formalismo na legislação brasileira, a qual tem na Lei 8.666/93 o seu ápice, está acompanhado do formalismo na sua respectiva aplicação. Introdutoriamente, situa-se o leitor de aspectos políticos e históricos apontados como importantes pela doutrina especializada para a melhor compreensão do tema. Então, em dois capítulos, faz-se a exposição crítica da intervenção da jurisprudência sobre “formalismo hermenêutico” na condução dos certames.

Estes dois grandes capítulos também são sub-divididos em decisões que mitigam o “formalismo hermenêutico” e decisões formalistas, ou seja, decisões que prestigiam o rigor excessivo à vinculação ao edital em detrimento do formalismo moderado.

⁴³ ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação No Brasil*. Malheiros, 2013, p. 30

Também aqui apareceu outro grande desafio relacionado à maneira de analisar e expor a pesquisa. Novamente optou-se por centrar o estudo em 02 (dois) grandes eixos de análise, a saber: *decisões relativas à aplicação, sentido e alcance do instituto da diligência* e *decisões relativas à análise de propostas*. A escolha se justifica em face do grande número de decisões que abordam estes assuntos, permitindo ao leitor o conhecimento do atual estado da arte na jurisprudência.

PARTE I - FORMALISMO NAS LEIS RELATIVAS À LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

1 PRIMEIRA FASE: CURVA CRESCENTE DO FORMALISMO

1.1 CÓDIGO DE CONTABILIDADE DA UNIÃO DE 1922

1.1.1 Introdução

Esta primeira fase das licitações públicas no Brasil adota um modelo legal minimalista, cujo formalismo do procedimento licitatório será fraco. Neste contexto de legislações pouco detalhadas haverá ampla margem de discricionariedade dos gestores na condução dos certames.

O tratamento dispensado ao formalismo nas leis relativas às compras governamentais alinhava-se à legalidade administrativa de época. O princípio da legalidade consistia na proibição de a Administração lesar os direitos ou interesses dos particulares, salvo com base na forma prevista em lei. É dizer, o princípio da legalidade impunha uma limitação ao agir administrativo em prol dos interesses dos particulares. Todavia, concomitantemente, permitia condutas administrativas nos espaços de livre regulação da lei. Estabelecia-se uma limitação negativa do agir administrativo, na permissão de fazer tudo o que não fosse regulado ou proibido por lei. Daí a melhor doutrina aludir “vinculação negativa à lei”.⁴⁴

Referida manifestação é bastante clara quando se consulta os administrativistas mais antigos. Em 1914, Alcides Cruz sustentava que “o poder executivo não se circunscreve à acanhada tarefa de simples executor da vontade do poder legislativo”, pois “fora da execução das leis, enorme domínio da sua actividade, e mesmo pratica actos não previstos na lei; o que não pode é praticar os que ella proíbe”.⁴⁵ Em igual sentido, Carlos Maximiliano, em 1918, enunciava que “tanto o Executivo como o Judiciário devem assegurar observância da lei. O

⁴⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.372.

⁴⁵ CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**: Exposição Summária e Abreviada. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914. p.43.

primeiro, entretanto, não se limita a isso; realiza tudo o que aproveita ao Estado e não é proibido por dispositivo legal, cuja reforma também promove”.⁴⁶

A doutrina atribui ao Código de Contabilidade da União de 1922 e respectivo regulamento, o primeiro marco legal de licitações públicas no país.⁴⁷

1.1.2 Conteúdo Substancial

Em 28 de janeiro de 1922, edita-se o Decreto Federal nº 4.536, conhecido como Código de Contabilidade da União. Depois, em 08 de novembro, edita-se o Decreto Federal nº 15.783, intitulado Regulamento Geral de Contabilidade Pública, o qual regulamenta a execução do Código de Contabilidade da União.

A palavra “licitação pública” não aparece em referida legislação, fazendo-se referência genericamente a “concorrência”. O termo “licitação pública” somente seria veiculado em legislação federal no Decreto-Lei Federal nº 200/1967.

Na vigência do Código de Contabilidade da União o tratamento dispensado à licitação pública era absolutamente diverso daquele hoje verificado no ordenamento jurídico brasileiro. Em realidade, pode-se dizer que a licitação pública era tida um ingrediente das finanças do Estado,⁴⁸ sendo suas respectivas previsões veiculadas em meio ao capítulo “Da Despesa Pública”. Da mesma forma, no Regulamento Geral de Contabilidade Pública aludia-se à “Das Normas Administrativas que Devem Preceder o Empenho das Despesas”. Sucede que, à época, as normas jurídicas sobre contratações públicas não tinham a autonomia relativamente às finanças estatais que tem hoje.

Uma das características fundamentais do Código de Contabilidade da União e de seu respectivo regulamento foi assentar que o processo licitatório precederia, em regra, as contratações do Estado. Embora genericamente, dispunha-se que o empenho de despesas para aquisição de material ou de execução de serviços deveria ser precedida de concorrência, excetuadas aqueles de valores bastante diminutos⁴⁹, característica esta até hoje presente no ordenamento jurídico vigente.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1948. p.247.

⁴⁷ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴⁸ Ibidem, p. 38.

⁴⁹ Art. 244. Ao empenho da despesa, para aquisição de material ou execução de serviços, deverá preceder contracto, mediante concorrência publica feita na conformidade do disposto no Capítulo I do Livro VII deste regulamento:

Esta disposição é de suma importância, sobretudo porque o mesmo não ocorria noutros países como, por exemplo, em França, onde o regime à época era da livre escolha discricionária (contrat-gré à gré). Conforme Carlos S. Barros Júnior, o ordenamento brasileiro então alinhava-se ao modelo da maioria dos países:

[...] é regra em todos os países que os contratos firmados pelo poder público para o exercício da ação administrativa, sejam precedidos de modalidades de procedimento que propiciem os objetivos já indicados, nas quais se observem, segundo a lição de Jèze, três princípios essenciais: publicidade, forma competitiva e igualdade.⁵⁰

O regulamento do Código de Contabilidade da União era claro nesse sentido, dispondo o *caput* do art. 736: “Art. 736. As concorrências que, segundo o disposto no art. 244, devem proceder á assignatura de contractos com o Estado, (...)”⁵¹

A regra geral de licitar era contraposta com um rol de dispensa de licitação, nos termos do art. 246 do regulamento:⁵²

Art. 246. Será dispensavel a concorrência:

- a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos publicos que, por circunstancias imprevistas ou de interesse nacional, a juizo do Presidente da Republica não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrências;
 - b) para o fornecimento de material ou de gêneros, ou realização de trabalhos que ao puderem ser effectuados pelo productor ou profissionaes especialistas, ou adquiridos no logar da produção;
 - c) para a aquisição de animaes para os serviços militares;
 - d) para arrendamento ou compra de predios ou terrenos destinados aos serviços publicos;
 - e) quando não acudirem proponentes á primeira concorrência.
- Neste caso, si houverem sido estipulados preços maximos ou outras razões de preferéncia, não poderá ser no contracto aquelle excedido ou estas modificadas, salvo nova concorrência.⁵³

a) para fornecimento, embora parcellados, custeados por créditos superiores a 5:000\$000;
 b) para execução de quaesquer obras publicas de valor superior a 10:000\$000. (BRASIL. **Regulamento Geral de Contabilidade Publica**. Aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016).

⁵⁰ BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Concorrência Pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 80, p. 395-403, abr./jun. 1965; _____. Das Concorrências. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 95, p. 10-18, jan./mar. 1969. p.10.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Saliente-se que inexistia a distinção dispensa de licitação x inexigibilidade. A alínea “b”, hipótese clara de inexigibilidade, nos termos da legislação vigente, é prova disso.

⁵³ BRASIL. **Regulamento Geral de Contabilidade Publica**. Aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

De se sublinhar que referido rol era bastante inferior se comparado com aquele hoje previsto na Lei 8.666/93. Da mesma forma, observa-se que o legislador utilizava vocábulos como “circunstâncias imprevistas”, “interesse nacional” etc. Ou seja, o decreto não explicitava o sentido dos termos constantes da legislação de regência, deixando ampla a margem de discricionariedades dos agentes públicos.

O Código de Contabilidade da União estabelecia duas modalidades licitatórias – a concorrência pública e a concorrência administrativa (ou permanente, conforme terminologia utilizada pelo regulamento).⁵⁴ Somente em 1940, o Decreto-Lei 2.206/1940 introduziria outra modalidade licitatória ao ordenamento jurídico, a saber, a coleta de preços, utilizada somente para casos excepcionais de pequeno valor, sobretudo para compras de materiais de expediente.

Previa o art. 738 do regulamento que a concorrência deveria ser do tipo pública (a) para fornecimento, embora parcelado, custeado por créditos superiores a Cr\$ 5.000,00, (b) para execução de obras públicas superiores a Cr\$ 10.000,00 e (c) para alienação de bens do domínio patrimonial da União, móveis ou imóveis e do tipo administrativa (a) para fornecimentos ordinários quando a administração achasse mais conveniente à concorrência pública, (b) para casos de emergência em que seja dispensável a concorrência, (c) para a venda de bens de diminuta importância e (d) para fornecimento ou obras de valor inferior àqueles previstos para as concorrências públicas.

Relativamente às concorrências administrativas ou permanentes, o regulamento dispunha no art. 738 que o procedimento poderia obedecer a “breves

⁵⁴ Art. 738. As concorrências serão públicas ou administrativas:

§ 1º. Far-se-á concorrência pública:

a) para fornecimentos, embora parcelados, custeados por créditos superiores a 5:000\$, salva a exceção do parágrafo seguinte:

b) para execução de quaisquer obras públicas de valor superior a 10:000\$000;

c) para a alienação de bens do domínio patrimonial da União, móveis ou imóveis.

§ 2º. Terá lugar a concorrência administrativa, ou permanente;

a) para os fornecimentos ordinários às repartições públicas, sempre que a administração entender mais conveniente esse regime aos interesses do serviço;

b) para os casos de emergência em que seja indispensável a concorrência pública, mas cujo sigillo ou urgência não fiquem prejudicados com os breves prazos e ligeiras formalidades das concorrências administrativas;

c) para a venda de resíduos de fabricação, material inservível ou miudezas cuja diminuta importância não deva constituir objecto de concorrência pública;

d) para os fornecimentos ou obras públicas aquém dos limites fixados na letra a do parágrafo precedente. (Ibidem).

prazos” e “ligeiras formalidades”⁵⁵, deixando novamente um amplo leque de discricionariedade para os gestores disciplinarem o exato rumo do procedimento.

De substancial, ainda, o art. 743, o qual referia: “A concorrência cabe de direito ao autor da proposta mais barata, por mínima que seja a diferença entre ela e qualquer outra.”⁵⁶

1.1.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

O regulamento do Código de Contabilidade da União estipulava no art. 741 que “em todas as concorrências, públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada previamente, antes de abertas as propostas.”⁵⁷

Adiante, o art. 745, alínea “d”, do mesmo regulamento dispunha que o edital deveria indicar “os documentos comprobatórios de idoneidade ou de quaisquer outros requisitos que se tornem indispensáveis para poderem os proponentes ser admitidos à concorrência”.⁵⁸

É dizer, não se especificavam os documentos necessários à comprovação da idoneidade do candidato nem mesmo os atributos necessários a comprová-la (por exemplo, qualificação jurídica, capacitação técnica, higidez financeira etc.)

Themistocles Brandão Cavalcanti, ao comentar os vetustos regramentos, gizava:

Evidentemente ficam excluídas, desde logo, as firmas incluídas na relação dos inidôneos, em virtude de atos dolosos praticados contra a administração ou a manifesta má-fé com que agiram nas suas relações com o poder público.

Feita esta conclusão *in limine*, falta apreciar a idoneidade dos demais concorrentes quanto à sua integridade moral e capacidade técnica e financeira para o fornecimento ou execução do serviço.⁵⁹

⁵⁵ Art. 738, §2º, alínea “b. (BRASIL. **Regulamento Geral de Contabilidade Pública**. Aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016).

⁵⁶ BRASIL. **Regulamento Geral de Contabilidade Pública**. Aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁵⁷ Art.741. (Ibidem).

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**: Refundido e Atualizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas S.A, 1956. p. 62-66.

O pequeno detalhamento da legislação de regência na fixação de requisitos e documentos comprobatórios da idoneidade dos candidatos era destacada pelo autor:

Verifica-se, **na prática da nossa administração, relativo arbítrio neste julgamento, que abrange, como vimos, grande número de aspectos diversos – moral, técnico, financeiro.** Quanto ao primeiro, deve haver certa presunção favorável ao concorrente, cuja falta de idoneidade moral deve ser provada, por meio de elementos que indiquem o seu procedimento doloso, não somente em relação ao Estado mas ainda em suas atividades comerciais, puramente particulares. Inidôneo moralmente, será o fornecedor, o negociante, o industrial, o técnico, cuja vida tenha sido atingida por fatos desabonadores de sua conduta e suas atividades, fatos esses que tenham qualquer aproximação com a natureza de relações que se propõe a manter com o Estado. Neste caso, a medida e natureza dos fatos ou atos atribuídos ao concorrente ficam ao critério da administração, que poderá também dar o valor que entender aos atestados e documentos apresentados. A idoneidade técnica e financeira precisa ser provada. São fatos positivos que podem ser demonstrados por trabalhos anteriormente executados, ou a prova de que o concorrente dispõe dos requisitos necessários. [...].⁶⁰

Este pouco detalhamento existente relativamente à forma de aferição da idoneidade dos candidatos repercutia no processamento dos certames. Nesse sentido, a título exemplificativo, cite-se o julgamento do Recurso de Apelação nº 9.529, julgado pelo Tribunal de Alçada de São Paulo em 15/03/1955. Tratava de licitação para seleção de empresa gráfica para publicação de atos oficiais do Município de São Carlos/SP no ano de 1953. Um candidato foi habilitado (declarado idôneo), tendo seu envelope de proposta aberto no valor de 3.500,00/mensais, preço inferior aos demais proponentes. Porém, a municipalidade deu marcha ré no processo licitatório, considerando-o inidôneo e, por conseguinte, contratou candidato cuja oferta era Cr\$ 6.000,00/mensais.

Ao justificar o resultado do certame, a Comissão Julgador alegou que dera marcha ré no processo para declarar a inidoneidade do candidato, porque, nos anos de 1950, 1951 e 1952, esta mesma firma fora contratada para executar os serviços ao valor de Cr\$ 5.000,00/mensais e não tinha bem atendido aos anseios da municipalidade. Conclui, assim, temerário a oferta de Cr\$ 3.500,00/mensais de candidato “inidôneo”. O Des. L.G. Gyges Prado proferiu o voto, sendo acompanhado pelos demais magistrados, julgando improcedente a demanda:

⁶⁰ Ibidem, p.62-66.

É certo que ‘feita a classificação das propostas por meio de quadros e outros demonstrativos, será realizada a escolha pela autoridade competente, o que não exclui certa discreção, limitada apenas pelos termos dos editais e pelas disposições legais em vigor. Assim, a proposta mais barata, por mínima que seja a diferença, terá preferência. Mas, entre as propostas, pode acontecer que a diferença mais sensível não se caracterize no preço, mas em outras condições (Themistocles Cavalcanti, <<Tratado de Direito Administrativo>>, vol. II, pág. 464). O critério exclusivo para o balanço das vantagens não é o do máximo das obrigações, a que o concorrente se proponha, ou o da base dos preços ou tarifas que estabeleceu. Ao contrário, cumpre à administração ponderar a exeqüibilidade das vantagens, a praticabilidade da proposta em si, sob a consideração, corrente nas transações comerciais, de se a aparente superioridade da oferta não dissimula a inferioridade do que se oferece. Esta observação de ordem prática abrange um ponto de ordem jurídica, a saber, a segurança da validade do contrato, ameaçada, em tal hipótese, pela má-fé da proposta. Menegale, << Direito Administrativo >>, Vol. II pag. 190). No caso dos autos, há esta consideração a fazer: podia a autoridade declarar a inidoneidade de um dos preponentes depois de abertas as propostas, vale dizer, depois de ter sido reconhecida a sua idoneidade?

Em princípio, não: que fácil seria o afastamento de um licitante pela tardia proclamação dessa inidoneidade (v. a propósito, Seabra Fagundes, Parecer na << Ver. de Direito Administrativo>>, vol. 34, pag. 398).

No caso, porém, a proposta da firma apelada, na concorrência para a publicação dos atos oficiais da Prefeitura de São Carlos, foi algo de estarrecer: quando em anos sucessivos ela era de um certo preço para cima, acompanhando assim a natural ascensão do custo de vida, nesta última proposta, porque um concorrente se lhe depara, o preço fixado desce para um nível inferior aos anteriores.

Isso, à evidência, denuncia a má-fé com que agiu a apelada - uma verdadeira concorrência desleal – para derrubar a outra firma participante da concorrência. Tão assinalada má-fé que – ao invés de pretender a adjudicação do serviço (como o pretendeu aquele cidadão que pedira o parecer de Seabra Fagundes, alias não acolhido pelo Pretório Excelso – v. cit. <<Rev. de Direito Administrativo>>, vol. 35, pág. 272) ou a anulação da concorrência – o que pretendeu é que se lhe pagasse a importância correspondente à integral execução do serviço que não executou!

Em caso tal, bem se compreende a repulsa da autoridade administrativa à proposta. E, agora, bem se há de compreender – porque sensível deve ser o juiz às considerações da lei moral (Ripert, <<A Regra Moral>>, edição de 1937, n. 16, pág. 33) – a minha repulsa à procedência da ação.

[...].⁶¹

Quer dizer, o formalismo legal era fraco, deixando amplo espaço para os agentes públicos conduzirem os certames.

1.1.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. **Recurso de Apelação nº 9.529**. Relator Des. L.G. Gyges Prado, julgado em 15/03/1955.

O Código de Contabilidade da União de 1922 e seu respectivo regulamento não continham qualquer dispositivo possibilitando a correção de inconformidades entre documentos /proposta e exigência do edital/decretos. A premissa adotada era de que toda e qualquer inconformidade encontrada na documentação dos candidatos levaria à sua inabilitação/desclassificação do certame.

A inalterabilidade dos documentos era destacado na legislação em comento. O art. 51, §3º do Código de Contabilidade da União de 1922 estabelecia: “as propostas serão entregues lacradas, abertas e lidas diante de todos os concorrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará a de todos os outros [...]”⁶²

O art. 749 anotava que as proposta não poderiam conter senão uma fórmula de completa submissão a todas as cláusulas do edital e o preço ofertado pelo proponente. Ademais, sublinhava que não se tomariam em consideração quaisquer ofertas de vantagens não previstas no edital da concorrência. Em complemento, o art. 750 do regulamento determinava de forma cogente que “cada um rubricará folha a folha, a de todos os outros, em presença do presidente, que por sua vez as autenticará com a sua rubrica”.⁶³

Por fim, o art. 767 assentava que: “para a validade dos contratos serão necessárias as seguintes formalidades: [...] e) que guardem conformidade com as propostas proferidas nas concorrências”.⁶⁴

1.2 DECRETO-LEI FEDERAL Nº 200/1967

1.2.1 Introdução

Muitas transformações ocorreram no Brasil entre 1922 e 1967. Acentua-se o processo de industrialização do Brasil. A título meramente exemplificativo, constata Mauro Hiane de Moura que a participação da indústria no PIB era de 15,7% em 1920, 18,7% em 1940 e 29,9% em 1960.⁶⁵

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ BRASIL. **Regulamento Geral de Contabilidade Pública**. Aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁶⁵ MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p.404.

A Administração Pública do Brasil sofreu diversas alterações no período.

Em 1936 seria criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, o qual dois anos depois dava origem ao Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). Referido departamento seria nos próximos anos o órgão que redesenharia a função da Administração Pública. Além de outras importantes realizações como, por exemplo, disciplina o ingresso no serviço público por concurso, o DASP foi o responsável por padronizar as compras governamentais.⁶⁶

Entre 1956-1960, as reformas arrefeceram. Porém, recuperar o vigor a partir de 1963 com João Goulart, o qual nomeou o deputado Amaral Peixoto como Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa Federal. Em 1964, com a intervenção militar, este processo teve novo impulso, culminando com a Reforma Administrativa Federal de 1967.

Por óbvio, neste ambiente de reformas da Administração Pública, o regramento das licitações públicas sofreu alterações. Em âmbito federal, merece destaque a Lei 4.401, de 10 de setembro de 1964, a qual estatui “normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União”.

Embora a Lei 4.401/1964 não traga grandes inovações relativamente aos eixos de análise precípuos do estudo e tenha sido revogada logo em seguida pelo Decreto-Lei n. 200/1967, impõe-se destacarmos importantes marcas por ela deixadas no instituto das licitações.

Foi a primeira vez que, em âmbito federal, se utilizaria a palavra “licitação” no lugar de concorrência. Também foi esta lei que criou a coleta de preços, inserindo referida modalidade ao lado das pré-existentes concorrências pública e administrativa. Da mesma forma, foi a primeira vez que, por meio de lei, abriu-se a janela para que o candidato vencedor do certame fosse o titular da oferta mais vantajosa, a qual não necessariamente deveria corresponder ao menor preço, regra estabelecida pelo Código de Contabilidade da União de 1922.

⁶⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo. Cia das Letras, 2001.

Em 1965, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 15, à Constituição Federal de 1946, na qual era elevado, a nível constitucional, o instituto da concorrência⁶⁷:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 217, §4º, da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda aditiva ao texto constitucional:

[...]

Art. 222. São vedadas e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, [...]:

[...]

b) contratar ou adquirir equipamento e máquinas, salvo mediante concorrência pública.⁶⁸

Por fim, em 25 de fevereiro de 1967, a Reforma Administrativa Federal é consubstanciada no Decreto-Lei Federal nº 200/1967, cujo contexto de mudanças também era sentido no meio jurídico, especialmente quanto à disciplina das compras governamentais. Carlos S Barros Júnior resumia o sentimento de então:

Há muito se vem fazendo sentir, quer na esfera dos órgãos da administração ativa, quer nos reclamos oriundos do Tribunal de Contas do Estado, órgão sensível a essa exigência pelas suas tarefas de controle da atividade administrativa, a necessidade de atualizar-se a legislação referente às concorrências públicas, instituto de mais alta relevância, diretamente ligado aos interesses do serviço público e à legalidade da ação administrativa como preconiza o moderno Estado do direito. Disciplinado por leis antiquadas e deficientes, que datam de 1922, alteradas em muitos pontos, por legislações extravagantes, esparsa, desordenada, desatualizada em face do natural aumento das atividades públicas e elevação geral dos preços, necessita o instituto, e nisto não há discordância, de uma reforma, na qual se fixem novos e mais atualizados limites, bem como critérios que concorram para a sua mais perfeita realização.⁶⁹

1.2.2 Conteúdo Substancial

⁶⁷ À época críticos chegaram a sustentar o caráter expletivo da inclusão, porquanto previsto na Constituição o princípio da isonomia. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Apontamentos sobre legalidade e licitação**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. p. 49).

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1946). **Emenda Constitucional nº 15, 05 de julho de 1965**. Torna obrigatória a declaração de bens de candidatos e cargos eletivos, proíbe e considera nulos atos de nomeação ou admissão de pessoal, contratos de obras, aquisição de equipamentos e máquinas... Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-15-5-julho-1965-363990-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

⁶⁹ BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Concorrência Pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 80, p. 395-403, abr./jun. 1965; _____. BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Das Concorrências. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 95, p. 10-18, jan./mar. 1969.

O Decreto-Lei nº 200/1967 regulava as compras governamentais da Administração Direta e Autarquias da União por meio do Título XII – Das Normas Relativas a Licitações para Compras, Obras, Serviços e Alienações, artigos 125 e 144.⁷⁰

Referido decreto manteve o dever geral de licitar assentado pelo Código de Contabilidade da União de 1922. Também se mantiveram as exceções à regra sem, contudo, distinguir-se os casos de dispensa de licitação e os casos de inexigibilidade.⁷¹

O art. 127 previa três modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços e o convite. Em rápidas pinceladas se pode dizer. A concorrência será a modalidade de maior publicidade para contratações de vulto, admitindo-se a participação de qualquer interessado, modalidade a qual previa uma habilitação preliminar destinada a comprovar “a plena qualificação dos interessados [...]”. Já a tomada de preços é a modalidade para os interessados previamente registrados nas unidades administrativas. Por fim, o convite a modalidade destinada a contratações de pequena monta, a qual é realizada entre três interessados, registrados ou não, convocados pela unidade administrativa contratante. Em suma, o Decreto-Lei Federal nº 200/1967 institui licitações, como conceito genérico, compreensivo das seguintes espécies: a) a concorrência, em lugar da concorrência pública do Código de Contabilidade da União; b) tomada de preços, em substituição à concorrência administrativa; e c) o convite, em lugar da anterior coleta de preços.

1.2.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

⁷⁰ Embora o corte proposto no estudo, não se pode deixar de referir a Lei 5.456/68, a qual estendeu aos demais entes a aplicação do Decreto-Lei 200/1967, sendo objeto intensa controvérsia na comunidade jurídica, relativamente à sua constitucionalidade. O centro dos debates estava em aceitar se a licitação estaria albergada no campo do Direito Financeiro ou no Direito Administrativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encaminhou-se no sentido de reconhecer o caráter de norma geral aos preceitos contidos no Decreto-lei 200/67. Nesse sentido, no âmbito da Rp. Nº 1.258, RTJ 115/87-88, voto proferido pelo Sr. Ministro Octavio Galotti: “as normas impugnadas na Representação desmerecem o princípio da universalidade e o critério de julgamento das licitações, consagrados no Decreto-lei 200/67, e aplicáveis aos estados por força da Lei n. 5.456/68. Houve, assim, ultrapassagem da competência supletiva assegurada, no parágrafo único do art. 8º, da Constituição, em confronto com as normas gerais editadas pela União, de acordo com a letra “c” do inciso XVII do mesmo art. 8º (despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública).

⁷¹ A relação do diploma não era extensivo à Administração Indireta.

Importante novidade inserida pelo Decreto-Lei Federal nº 200/1967 foi o estabelecimento de critérios de habilitação pelo art. 131:

Art. 131. Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentos relativa:

I – à personalidade jurídica.

II – à capacidade técnica.

III – à idoneidade financeira.⁷²

Registre-se que foi a primeira vez que o ordenamento jurídico pátrio regravava os requisitos de habilitação dos interessados de forma similar ao regramento hoje vigente. Ao menos se especifica no Decreto-Lei 200/1967 a temática que deveria informar os documentos exigidos (personalidade jurídica, qualificação técnica, idoneidade financeira), fechando-se as portas abertas para se alijar da disputa interessados por questões subjetivas ou morais, reconduzidas genericamente a não comprovação da “idoneidade” do licitante como de praxe ocorria com certames regulados à luz do Código de Contabilidade da União de 1922 e respectivo regulamento. Aliás, a expressão “exclusivamente” prevista no “*caput*” pareceria deixar claro que a recomendação para se pedir o mínimo possível.

Todavia, o Decreto-Lei 200/1967 não especificava a documentação a ser apresentada pelos candidatos relativamente à personalidade jurídica, à qualificação técnica e à idoneidade financeira. Mantinha-se a discricionariedade do agente administrativo para a eleição de parâmetros a serem atingidos para a satisfação destes requisitos, bem como os documentos comprobatórios. Especialmente no que concerne à idoneidade financeira isso se verificava um problema. Carlos Pinto Coelho Motta, embora anote que esta faixa “nebulosa e indefinida” que separa a discricionariedade da simples arbitrariedade fosse tênue, entendia que poderia se exigir prova de capital realizado equivalente ao valor da obra, acrescido de até 50% (cinquenta por cento), conforme o vulto da contratação.⁷³

De maneira geral, a falta de detalhamento da legislação abria margem para que os agentes públicos exigissem documentos que claramente extrapolavam personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira. A conclusão é

⁷² BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁷³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Apontamentos sobre legalidade e licitação**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. p.78.

extraída pela observação da doutrina da época, conforme referência de J. Nascimento Franco e Niske Gondo:

Segundo a praxe, o edital costuma indicar também as exigências a serem atendidas pelos proponentes, ou seja: [...]; b) prova de quitação junto às repartições fiscais como imposto de renda, imposto sindical etc.: [...] ; e) prova da observância do Decreto Federal n. 1.843, de 7-12-1939 (Lei dos Dois Terços); i) em se tratando de pessoa física ou firma individual, ou sociedades, prova de que aquela ou os titulares desta votaram na última eleição realizada [...].⁷⁴

Referidos vícios não passariam despercebido pela jurisprudência da época:

Concorrência pública. Habilitação de interessado. Exigências. Aplicação do Decreto-lei n. 200, de 1967. Segurança concedida. Nas habilitações às concorrências exigir-se-á dos interessados, apenas, documentação relativa à personalidade jurídica, à capacidade técnica e à idoneidade financeira (131 - DL 200/67)
A discriminação em razão da residência ou da execução de obra anterior, o conteúdo do órgão licitante, não se justifica.⁷⁵

Em igual sentido inclusive decisão do Supremo Tribunal Federal:

CONCORRÊNCIA PÚBLICA – IDONEIDADE DOS PROPONENTES
- É inoperante a cláusula do edital de concorrência pública que afasta, por inidôneo, o concorrente que haja litigado, sem atenção à natureza e ao mérito da demanda.⁷⁶

1.2.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

À semelhança do Código de Contabilidade da União de 1922 e seu respectivo regulamento, o Decreto-Lei Federal n. 200/1967 não continha previsão no sentido de facultar a correção de inconformidades entre documentos de habilitação/proposta e exigência do edital/decreto. Manteve-se inalterada, portanto, a premissa no ordenamento jurídico de licitações pública, segundo o qual toda e qualquer

⁷⁴ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Concorrência Pública**: licitações: concorrência, tomada de preços, convite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p.34-35.

⁷⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 5/76**. Relator Des. Marino Braga, julgado em 3/06/1976. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 9, n. 45-46, p. 143-146, jan./jun. 1978. p.143.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 24.736**. Relator Min. Luiz Galotti, julgado em 12/04/1954, publicado em 16/07/1954. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=125914>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

inconformidade encontrada na documentação dos candidatos levaria à sua inabilitação/desclassificação do certame.

O Decreto Federal nº 73.140, de 1973, o qual regulamentou o Decreto-Lei Federal nº 200/1967, relativamente às licitações e contratos de obras e serviços de engenharia, é uma prova contundente nesse sentido. O art. 32 deste regulamento vedava a juntada de qualquer documento de habilitação exigido no edital e não apresentado na sessão de habilitação: “Em nenhuma hipótese poderá ser concedido prazo para apresentação de documento de habilitação exigido no edital e não apresentado na reunião de habilitação.” Em complemento, o art. 33 anotava: “As dúvidas que surgirem durante as reuniões, serão, a juízo do Presidente da Comissão, por esta resolvidas, na presença dos licitantes, ou deixadas para ulterior deliberação, devendo o fato ser registrado em ata em ambos os casos.”⁷⁷

J. Nascimento Franco e Niske Gondo davam ênfase à rigidez e à inflexibilidade do regramento vigente quanto ao ponto:

Em regra e em obediência ao princípio rígido do processo de concorrência, os editais costumam consignar que, uma vez abertas as propostas, não serão admitidos cancelamentos, **retificações de preços** ou alterações das condições pelo proponente. **Essa condição estabelecida pelo edital é rígida e inflexível.**⁷⁸

1.3 DECRETO-LEI FEDERAL Nº 2.300/1986

1.3.1 Introdução

Em 1985, depois de uma longa e difícil transição, começa o retorno do país ao regime democrático. O restabelecimento da democracia no país erigiria uma crença no papel transformador do Direito na realidade social. E a evolução do tratamento dispensado às licitações não ficou imune a este fenômeno. Conforme se verá, o Decreto-Lei 2.300/1986 inaugurou um momento cunhado por André Rosilho de “fetichismo legal”.⁷⁹ As regras jurídicas que até então se limitavam a traçar

⁷⁷ BRASIL. **Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973.** Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73140-9-novembro-1973-421887-publicacaooriginal-82748-pe.html>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

⁷⁸ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Concorrência Pública:** licitações: concorrência, tomada de preços, convite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p.36.

⁷⁹ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação No Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2013. p.64.

procedimentos e estabelecer não mais do que espécie de espinha dorsal sobre o formalismo do procedimento passaram a ser casuísticas e detalhadas. Retirou-se da Administração Pública boa parcela da margem de discricionariedade até então existente.⁸⁰

Editado no governo do presidente da República José Sarney, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 teve como seu mentor o então chefe da Consultoria-Geral da República (embrião da Atual Advocacia Geral da União), Saulo Ramos. Rompia-se com o paradigma legislativo anterior de abordar as licitações juntamente com as finanças do Estado e com a organização administrativa.⁸¹ O Decreto-Lei nº 2.300/1986 tinha 90 artigos exclusivamente sobre o tema, daí falar-se ser verdadeiro estatuto de licitações públicas e contratos administrativos federais.

1.3.2 Conteúdo Substancial

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 já tinha importante preocupação em combater a corrupção nas compras governamentais, levando Alexandre Ribeiro Motta a cunhá-lo de modelo “corruptocêntrico” de licitações públicas.⁸² Nessa linha de orientação, não seria de se estranhar algumas importantes mudanças relativamente ao grau de abrangência do dever de licitar até então estabelecido pelo Decreto-Lei 200/1967.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 submeteria à sua disciplina as alienações, concessões e locações (art.1º). Em igual sentido, as empresas estatais da União passaram a estar submetidas ao diploma (art.86).

O legislador também ampliou sensivelmente o rol de casos que excepcionaram a regra de que todas as contratações pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação (§1º do art. 15, art. 22, art. 23 e art. 24)⁸³. É dizer, pretendeu

⁸⁰ Ibidem, p.64.

⁸¹ Ibidem.

⁸² MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O combate ao desperdício no gasto público**: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro. Campinas, SP, 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Economia, 2010. p.94.

⁸³ Art 15. A alienação de bens da União e de suas autarquias, subordinadas à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

[...]

§ 1º A Administração, preferentemente à venda ou doação de bens imóveis, concederá direito real de uso, mediante concorrência. A concorrência poderá ser dispensada quando o uso se destinar a concessionário de serviço público, a entidades assistenciais, ou verificar-se relevante interesse público na concessão, devidamente justificado.

[...]

Art 22. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia até CZ\$100.000,00;

II - para outros serviços e compras até CZ\$15.000,00 e para alienações, nos casos previstos neste decreto-lei;

III - nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;

IV - nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

V - quando houver comprovada conveniência administrativa na contratação direta, para complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior;

VI - quando não acudirem interessados à licitação anterior que não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração;

V - quando houver comprovada necessidade e conveniência administrativa na contratação direta, para complementação de obra, serviço ou fornecimento anterior, observado o limite previsto no artigo 55 e seu parágrafo 1º; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

VI - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

VII - quando a operação envolver concessionário de serviço público e o objeto do contrato for pertinente ao da concessão;

VIII - para a contratação de serviços técnicos com profissionais de notória especialização;

IX - para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

X - para a aquisição de imóvel destinado ao serviço público;

XI - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatível ou inerente às finalidades do órgão ou entidade;

XII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais incumbidos do controle oficial de preços casos em que se admitirá a contratação direta dos bens e serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços.

XIII - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento.

VIII - quando a União tiver que intervir no domínio econômico, para regular preços ou normalizar o abastecimento; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

IX - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais incumbidos do controle oficial de preços, casos em que, observado o parágrafo único do art. 38, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

X - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas a licitação; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

XI - para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros padronizados ou uniformizados, por órgão oficial, quando não for possível estabelecer critério objetivo para o julgamento das propostas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

Parágrafo único. Não se aplica a exceção prevista no final do item X, deste artigo, no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços à própria Administração Federal, por órgãos que a integrem, ou entidades paraestatais, criadas para esse fim específico, bem assim no caso de fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa, estipulados pelo poder público. (Incluído pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

Art 23. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade jurídica de competição, em especial:

I - para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros sujeitos a padronização ou uniformidade, por órgão oficial ou mediante representação de categoria profissional, quando não for possível estabelecer critério objetivo para o julgamento das propostas;

por um lado ampliar os casos em que seria possível a dispensa de licitação e, por outro, delimitá-los por meio de uma descrição pormenorizada.⁸⁴

Destaca-se ser a partir do Decreto-Lei n. 2.300/1986 que, a reboque do que já se fazia na doutrina⁸⁵, passou-se a distinguir na legislação os casos de dispensa de licitação dos casos de inexigibilidade.

Pela primeira vez instituiu-se um tópico próprio sobre princípios aplicáveis ao processo licitatório. O art. 3º destacava o objetivo do processo licitatório “a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”, o qual seria atingido por meio dos seguintes princípios: igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O art. 5º trazia um glossário definindo conceitos de palavras que informam o Decreto-Lei como, por exemplo: obra, serviço, compra, execução indireta etc. com vistas a elucidar o sentido e o alcance de termos do diploma. Com isso, buscava-se diminuir dúvidas quer dos agentes públicos, quer dos particulares envolvidos no processo licitatório. Significa dizer, tornava-se o procedimento didático, a fim de minimizar perplexidades.

Outra novidade do Decreto-Lei 2.300/1986 vinha veiculada pelo art. 14, segundo o qual as compras deveriam atender ao princípio da padronização, compatibilizando especificações técnicas.

Percebe-se, portanto, previsões comprometida com a idéia de simplificação do processo de contratação.

1.3.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

III - para a contratação, com profissionais ou firmas de notória especialização, dos serviços enumerados no art. 12;

IV - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas à licitação.

Art. 24. As dispensas previstas nos incisos V, IX, XI e XII do artigo 22, e nos incisos II e III do artigo 23, necessariamente justificadas, deverão ser comunicadas, dentro de 5 dias, à autoridade superior, que as ratificará ou promoverá a responsabilidade de quem as ordenou. Ratificadas, promover-se-á a celebração do contrato. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016).

⁸⁴ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.73.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.554.

Relativamente à habilitação dos interessados, o art. 25 trouxe importantes alterações ao regramento dado ao tema pelo Decreto-Lei Federal nº 200/1967.⁸⁶ Uma alteração importante vinha proposta pelo Inciso IV do pré-citado, o qual acrescia a regularidade fiscal como requisito de habilitação, ao lado das já previstas personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira.

Mudança também adveio da exata especificação daqueles documentos a serem exigidos em cada uma destas quatro categorias pré-citadas. A título de exemplo, dispoño sobre a capacidade jurídica, o §1º do art. 25 dispunha:

A documentação relativa à capacidade jurídica, conforme o caso, consistirá em: 1. cédula de identidade; 2. registro comercial, no caso de empresa individual; 3. ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrados, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedade por ações, acompanhados de documentos de eleição de seus administradores; 4. inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; 5. decreto de autorização, devidamente arquivado, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País.⁸⁷

Este detalhamento ou acréscimo de formalismo do processo licitatório tinha por objetivo torná-lo mais simples e diminuir a discricionariedade dos gestores na condução dos certames.

Outra particularidade do art. 25 do Decreto-Lei Federal 2.300/1986 destacado pela doutrina relativamente ao formalismo do processo era o §5º, o qual definia o modo de apresentação de cada documento: “§ 5º Os documentos referidos nos parágrafos anteriores poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada, ou publicação em órgão de imprensa oficial.”⁸⁸

Segundo Raul Armando Mendes, referida previsão era um “avanço antiburocrático como de resto o próprio Estatuto, que simplifica o procedimento e é

⁸⁶ Art 25. Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

[...]

IV - regularidade fiscal.

§ 11. Havendo interesse público, empresas em regime de concordata poderão participar de licitação para compra. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016).

⁸⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁸⁸ Ibidem.

fartamente didático, para conduzir os licitantes a caminhos transparentes e seguros, sem que isso importe em prejuízo ao interesse público.”⁸⁹ Especificamente sobre o modo de apresentação de cada documento, sublinhava o autor:

[...] é uma prova disso, pois tanto pode ser no original como por cópia autenticada (carbono, xerocópia ou outro processo pertinente), bem como por publicação em órgão da imprensa oficial. Neste último caso a dispensa da autenticação se justifica porque a publicação já certifica e dá eficácia aos atos nela referidos. A apresentação dos documentos deve ser à Administração interessada, em dia e local por ela indicados no edital ou convite.⁹⁰

1.3.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

Porém, foi na seção “Procedimento e Julgamento” que o Decreto 2.300/1986 fez a inovação mais relevante relacionada ao formalismo do processo licitatório em âmbito federal. O art. 35 do Estatuto previa:

Art. 35. A concorrência será processada e julgada com observância do seguinte procedimento:

[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da concorrência, a promoção de diligência, destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

[...].⁹¹

A referência ao instituto da diligência já fora previsto no Estado de São Paulo pela Lei Estadual nº 89/1972 (§ 3º do art. 34)⁹², bem como pelo Município de São Paulo pela Lei Municipal nº 8.248/1975 (§ 3º do art. 30)⁹³. Todavia, foi o art. 35 do Decreto 2.300/86 que introduziu a diligência na legislação federal.

⁸⁹ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 93-94.

⁹⁰ Ibidem, p.93-94.

⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁹² Art. 34, § 3º. “É facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da concorrência, a promoção de diligência, destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.” (SÃO PAULO [Estado]. **Lei nº 89, de 27 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do Estado e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1972/lei-89-27.12.1972.html>>. Acesso em: 20 jan. 2016).

⁹³ Art. 30, § 3º. “É facultado à Comissão ou autoridade superior a promoção de diligência destinada a esclarecer a instrução do processo.” (SÃO PAULO [Município]. **Lei nº 8.248, de 7 de maio de**

À época, a comunidade jurídica não deu grande relevo para a inovação. Raul Armando Mendes simplesmente comentou: “As diligências serão realizadas no local em que se fizerem necessárias, com a presença dos interessados, lavrando-se ata circunstanciada do todas as ocorrências”.⁹⁴ Críticas ainda mais tenazes ao instituto viriam da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello. O renomado administrativista vociferava ser “vícios mais comuns ou temíveis” dos atos de classificação “haver-se admitido alteração da proposta a qualquer título, mesmo sob color de esclarecimentos adicionais oferecidos espontaneamente ou requeridos pela licitadora”.⁹⁵ É dizer, embora potencialmente apta a quebrar o dogma da inércia absoluta dos agentes envolvidos na apreciação dos documentos apresentados pelos candidatos, a diligência sofria grande censura ou até mesmo indiferença da comunidade jurídica.

Por fim, outra novidade na seção “Procedimento e Julgamento” foi prevista no art. 38, Parágrafo Único, o qual estabelecia: “Quando todas as proposta forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para apresentação de outras escoimadas referidas neste artigo”. A previsão é um mecanismo criado para que a licitação não seja perdida nestas situações. Referida previsão também demonstrava a idéia de simplificação do processo de contratação e de aproveitamento dos atos estatais.

1.4 LEI Nº 8.666/1993

1.4.1 Introdução

A lei 8.666, de 1993, seria o primeiro diploma de licitação públicas federal, avindo após a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Após mais de duas décadas de ditadura (1964 – 1986), a CF/88 foi fortemente marcada pela tentativa de restringir o poder dos agentes administrativos

1975. Dispõe sobre obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do município de São Paulo, dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1975/824/8248/lei-ordinaria-n-8248-1975-dispoe-sobre-obras-servicos-compras-e-alienacoes-da-administracao-centralizada-e-autarquica-do-municipio-de-sao-paulo-da-outras-providencias>>. Acesso em: 20 jan. 2016).

⁹⁴ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.119.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.129-130.

e de moralizar a atividade administrativa. Com estes fins, a CF/88 assentou parâmetros a serem observados pela Administração Pública.

O art. 37 da CF/88 constitucionalizou o dever de licitar:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento).⁹⁶

Além disso, o art. 175 da CF/88 determinou que a delegação a particulares de serviços públicos nos regimes de concessão ou permissão também deveria ser precedida de licitação: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”⁹⁷

Outro dispositivo constitucional caro ao objeto de análise é o art. 22, o qual disciplinou a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação pública:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).⁹⁸

Por fim, muito importante destacar o art. 70 da CF/88, o qual trouxe nova disciplina: o controle exercido pelos Tribunais de Contas:

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).⁹⁹

Destaca-se que a nova disciplina do controle exercido pelos Tribunais de Contas permitiu que estes entes fossem além da tradicional avaliação legal-contábil. A partir da CF/88 puderam inclusive analisar a legalidade a legitimidade e até mesmo a economicidade das contratações governamentais.

Porém, outro fator político influenciaria fortemente o conteúdo da Lei 8.666/93, qual seja o processo de impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello. Como se sabe, a origem do processo de impedimento decorreu da descoberta de esquemas de corrupção nas contratações governamentais. Alice Gonzales Borges resumiria o sentimento de então:

Desenvolveu-se, a partir de então, verdadeira **aspiração nacional em torno da estruturação de uma verdadeira Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos: uma lei que incorporasse e desenvolvesse os novos princípios da Constituição de 1988**, que assegurasse sua aplicabilidade em âmbito nacional; que fosse expurgada dos detalhes e minúcias somente direcionados para a Administração Federal; que, por fim, **fosse despojada de uma série de casuísmos e de permissibilidade que escancaravam as portas para abusos de toda sorte, e que facilitavam a proliferação da corrupção administrativa**, sem que se aparelhasse a Administração Pública para efetivamente coibi-los.¹⁰⁰

Estes fatos, além de terem propiciado o espaço político necessário para a realização da reforma, influenciaram de maneira decisiva na proposta moralizante e anticorrupção do PL nº 1.491/91, que deu origem à Lei 8.666/93¹⁰¹. Aliás, a sociedade exigia até mesmo uma legislação criminal que apenasse certos

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos estados. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 194, p. 97-106, out./dez. 1993. p.97.

¹⁰¹ ROSILHO, André Janjácómo. **Qual é o Modelo Legal das Licitações No Brasil?**: As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento, 2011. p.99.

comportamentos havidos no período. Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), alguns sindicatos, movimentos de estudantes etc.¹⁰² É neste cenário que se deve compreender as disposições da Lei 8.666/93.

1.4.2 Conteúdo Substancial

Em 21.6.1993 editou-se a Lei 8.666/93. Não obstante apontado como vilão e responsável por possibilitar a corrupção havida em licitações no governo do Ex-Presidente Fernando Collor de Mello, o Decreto-Lei 2.300/86 não teve seu texto totalmente reformado pela Lei 8.666/93; ao revés, a Lei 8.666/93 manteve hígidas grande parte de suas disposições.

Comparativamente ao Decreto-Lei 2.300/86, a Lei 8.666/93 ampliou o grau de abrangência do dever geral de licitar. Observa-se que já nos art. 1º e 2º da Lei determina-se que obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações contratados pela Administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entes controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios deveriam ser precedidos de licitação. André Rosilho destaca relativamente ao ponto ser “notória a vontade da lei de submeter toda a Administração Pública das três esferas federativas aos seus dispositivos.”¹⁰³

À semelhança do Decreto-Lei 2.300/86, na medida em que a lei endureceu o grau de abrangência do dever de licitar, aumentou as hipóteses de excepcioná-la via dispensa de licitação ou inexigibilidade. Na versão original da Lei 8.666/1993 seriam 15 (quinze) hipóteses de dispensa de licitação – art. 24 – e 3 (três) de inexigibilidade – art.25.

O § único do art. 4º da Lei 8.666/93 dispõe que “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração”. Advirta-se que, à diferença do quanto sugerido por autores em defesa de uma interpretação rígida e formal dos dispositivos da Lei 8.666/93 como Ives Gandra Martins¹⁰⁴, tal dispositivo apenas indica que licitação é

¹⁰² GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 1996. p. 50-51.

¹⁰³ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.118.

¹⁰⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. **Licitação. Desclassificação com base em violações à lei e ao conteúdo do edital. Hipótese em que não se configura mero formalismo. Decisão administrativa regularmente motivada. Modicidade da tarifa.**

um “ato de império”. Assim, cabível mandado de segurança para impugnar seus atos, ainda quando o certame for realizado por empresas públicas, sociedades de economia mista etc..

O texto da Lei 8.666/93 acentuou o relevo dado à vinculação ao instrumento convocatório. Além de inseri-lo no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, o qual estabelece o rol de princípios norteadores do processo licitatório, o Diploma reitera-o em inúmeros outros dispositivos como, por exemplo, arts. 41; 43, incs. IV e V; 44, 45. A transcrição dos dispositivos se impõe, portanto:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha **estritamente vinculada** [...].

[...]

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, **promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes** ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas **de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital**;

[...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos**, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.¹⁰⁵

A vinculação ao edital é um princípio inerente à licitação cuja inobservância acaba por violar outros princípios do certame como, por exemplo, o da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa etc.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Proposta que melhor atende ao interesse público. [Parecer nº 0355/97]. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v. 4, n. 15, p. 994-1012, out./dez. 1997.

¹⁰⁵ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.¹⁰⁶

José dos Santos Carvalho Filho também leciona sobre a vinculação ao instrumento convocatório, destacando o caráter seu caráter dúplice (órgão licitante/candidatos):

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Se o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.¹⁰⁷

Mas talvez as grandes novidades da Lei 8.666/93 tenham sido o novo papel dos Tribunais de Contas, bem com na criminalização de ações fraudulentas havidas em procedimentos licitatórios. Referidos eixos denotam a influência da moralidade acentuada na CF/88 ao diploma.

¹⁰⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.299.

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.246.

O §2º do art. 113 amplia as atribuições dos Tribunais de Contas. Acresce-lhes o poder de interromper o curso de licitações à tradicional tarefa de controlar as despesas de contratos firmados pela Administração¹⁰⁸. Nesse sentido, embora o aprofundamento do tema fuja do escopo de análise, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Mandado de Segurança nº 24.510 reconheceu que o Tribunal de Contas da União (TCU) dispõe de competências de natureza cautelar, emitindo decisões para suspender o procedimento licitatório.¹⁰⁹

Institui-se, também, capítulo de crimes, no qual a Lei 8.666/93 exterioriza o grande influxo do pré-citado cenário político conturbado sobre o texto legal. Veicula-se uma seção própria intitulada “Dos Crimes e das Penas” no estatuto de licitações. Nesse sentido, atos como, por exemplo, “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação” (art. 90) ou, ainda, “Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo” (art.94) passam a ser tipificados como crime.

Os crimes da Lei 8.666/93 são de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público sua promoção. A sociedade passa a ter a vigília do agir dos agentes públicos relativamente à condução do certame, destacando o art. 101 da Lei poder “Qualquer poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência.”

¹⁰⁸ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016).

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24510**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956

1.4.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

No que se refere à habilitação dos interessados, pode-se dizer que a Lei 8.666/93 manteve a estrutura do Decreto-Lei 2.300/86.¹¹⁰ As alterações foram pontuais e no sentido de aumentar o detalhamento das regras.

Nesse sentido, o §2º do art. 25 do Decreto-Lei 2.300/86 previa tão-somente:

§ 2º A documentação relativa à capacidade técnica, conforme o caso, consistirá em:

1. registro ou inscrição na entidade profissional competente;
2. comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação;
3. prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.¹¹¹

Já o equivalente da Lei 8.666/93, art. 30, dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

- I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas

¹¹⁰ Novos requisitos foram acrescidos somente em 1999, por meio da Lei 9.854, (cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88), bem como, em 2011, por meio da Lei 12.440 (regularidade trabalhista).

¹¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).¹¹²

É dizer, a Lei 8.666/93 é bastante mais detalhada comparativamente ao Decreto-Lei 2.300/86 relativamente aos requisitos de habilitação. Como visto, referida característica reflete o contexto político da época. Imaginava-se que legislações precisas e minudentes neutralizariam a atuação dos agentes públicos envolvidos no processo licitatório, aumentando a lisura dos certames.

1.4.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

¹¹² 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

Também se manteve o instituto da diligência do Decreto-Lei nº 2.300/1986 no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93. Ao texto do Decreto-Lei nº 2.300/1986, acresceu-se a expressão “vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

Conforme se verá, manteve-se tímida a aplicação do instituto. Sucede que a doutrina ainda possui interpretação muito restritiva do pré-citado texto. Em regra os comentários são genéricos, limitando-se a reconhecer possibilidade de realizar-se diligência, passando de marcha batida por indagações quanto ao seu alcance e amplitude. Outros se restringem a reproduzir o texto legal, destacando acriticamente ser proibida a juntada de documento posteriormente à entrega da proposta. Nesse sentido é o magistério de Odete Medauar: “é vedada, no entanto, a título de diligência, a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.¹¹³

Cretella Júnior apenas registrou que, embora o dispositivo aluda à “proposta”, a diligência é viável em qualquer fase do processo licitatório, inclusive na fase de habilitação.¹¹⁴ Já Toshio Mukai destaca um aspecto procedimental da realização da diligência. Deve a Comissão Julgadora ou Autoridade Superior comunicar com antecipação, a todos os licitantes, a data, o horário e o local em que dar-se-á a realização da diligência.¹¹⁵ Em igual sentido é o magistério de Ivan Barbosa Rigolin, segundo o qual “Havendo necessidade de diligência, esta deverá ser comunicada a todos os licitantes, se possível na sessão aberta, declinando-se o dia e a hora do procedimento, o que evitará qualquer pecha de suspeição que se lhe possa imputar”.¹¹⁶

Embora timidamente, mais ousado foi José Carlos Mariense Escobar, para quem é possível suprir eventuais deficiências de uma proposta quando o vício ou omissão forem absolutamente sanáveis. Embora não teorize sobre o conceito de “sanável”, o autor exemplifica, sustentando passível de saneamento a hipótese de o edital solicitar preços líquidos, sem tributos, com a indicação do tributo incidente, da alíquota e respectivo valor, e a proposta for omissa quanto ao valor do tributo, valor

¹¹³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 219.

¹¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.290.

¹¹⁵ MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.62.

¹¹⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.233.

esse facilmente apurável mediante cálculo, uma vez que seus fatores essenciais foram indicados, destacou o autor.¹¹⁷

Em realidade, via de regra restringe-se a aplicação da diligência por entender que a juntada de qualquer documento novo violaria a igualdade entre os licitantes. Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld:

Suprir lacunas é, por óbvio, completar a proposta, outrora incompleta. Aclarar obscuridades é, da mesma forma, completar com informações indispensáveis à compreensão do proposto. Se uma proposta é obscura e incompleta, ainda não é verdadeiramente uma proposta pois, por contadas obscuridades e omissões, não se pode determinar, com o grau necessário de certeza, qual foi o objeto ofertado.¹¹⁸

Na mesma linha é a opinião de Marçal Justen Filho:

Inexistirá possibilidade de suprir defeitos imputáveis aos licitantes. O esclarecimento de dúvidas não significa eliminar a omissão dos licitantes. Se o licitante dispunha de determinado documento, mas esqueceu de apresentá-lo, arcará com as conseqüências de sua própria conduta.

[...]

Por isso, as diligências da Comissão devem dirigir-se ao esclarecimento de dúvidas decorrentes do exame da documentação, formalmente perfeita.¹¹⁹

As barreiras à utilização da diligência como instrumento para abrandar o formalismo do processo licitatório eram muitas, portanto. Realçando-se ora o princípio da isonomia, ora o princípio do procedimento formal, ora a vinculação ao instrumento convocatório, essa tradição formalista se manifestava com clareza.

Em apertadíssima síntese, verificada qualquer desconformidade nos documentos apresentados pelos licitantes, sobrevinha um sonoro “inabilitado” ou “desclassificado” como se fora um carimbo, vezo coimbrão tão a gosto do burocrata,¹²⁰ ignorando-se a possibilidade da realização de diligência para salvar a concorrência da disputa.¹²¹

¹¹⁷ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação: teoria e prática**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 1999. p.64.

¹¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 165.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.412.

¹²⁰ A expressão é do desembargador aposentado Digníssimo Genaro José Baroni Borges, cunhada nos autos da Apelação e Reexame Necessário nº 70031013857, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 14/10/2009.

¹²¹ A este posicionamento restritivo e formalista quanto ao uso da diligência se insurge Carlos Pinto Coelho Motta. Segundo o autor a restrição hoje existente em torno da diligência acabou por torná-la um ato de pequena importância. Nesse sentido sustenta que legislador deveria ter permitido

Outra preservação ao texto do Decreto 2.300/1986 diz respeito à renovação da proposta. O art. 48, em seu §3º, disciplina:

Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.¹²²

Este importante mecanismo para que a licitação não seja perdida é criticado por Marçal Justen Filho, que defende sua inconstitucionalidade:

A regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento de seleção de interessados. [...] A administração deverá renovar a licitação, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório. [...] o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdades incompatível com regras e princípios constitucionais. [...] Verificar-se-ia uma espécie de tomada de preços entre pessoas pré-escolhidas e predeterminadas. [...].¹²³

Divergimos do ilustre doutrinador. A medida encontra suporte no princípio da eficiência, o qual deve pautar as ações da Administração Pública. Ademais, a suposta violação à isonomia não convence, porquanto hipotético terceiro, caso efetivamente interessado, poderia ter acudido à disputa oportunamente.

2 SEGUNDA FASE: CURVA DECRESCENTE DE FORMALISMO

2.1 LEI Nº 10.520/2002 (PREGÃO)

2.1.1 Introdução

expressamente a possibilidade de suprimento de erros materiais e omissões dos licitantes, complementada a instrução do processo, por meio da diligência. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia das Licitações e Contratos Públicos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 1997. p.235).

¹²² 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.460.

O modelo de ordenamento jurídico de licitações públicas com textos legislativos minuciosos, excessivamente detalhistas, exaustivos etc. da Lei 8.666/93, mostrou-se ineficaz. Referida situação acabou por engessar a Administração Pública cada vez demandada por uma sociedade havida por ações ágeis do Poder Público.

Em razão disso, nos anos que se seguiram à Lei 8.666/93, 15 (quinze) leis¹²⁴ voltadas a alterar ou a afastar a aplicação do estatuto foram editadas. Este movimento de “fuga” da Lei nº 8.666/93 é analisada por Carlos Ari Sunfeld:

[...] a partir de certo momento, a Lei 8.666/1993, permeada por estas características, passou a ser vista com problemática, Isto porque se percebeu que nela havia excessos relativamente ao ônus, à demora, aos impedimentos e ao custo (em sentido amplo) da contratação. Assim, iniciou-se uma tendência legislativa em sentido contrário à que até então prevalecia. Algo como se, de repente, se tivesse percebido que a licitação apresentava sérios problemas e que era preciso encontrar instrumentos com o objetivo de afastá-la. Portanto, a segunda tendência, depois da que buscou a morte do administrador, foi a que procurou eliminar a licitação.¹²⁵

Neste contexto, o Governo Federal publicou no Diário Oficial da União, anteprojeto para nova lei que disciplinasse a licitação pública, requerendo sugestões da comunidade jurídica. Referido projeto tinha como inspiração regulamentos de organismos internacionais que atenuam o formalismo legal dos procedimentos. Nesse sentido, prevêem seja facultado decidir pelo julgamento das propostas anteriormente à análise dos documentos de habilitação dos candidatos. Em igual sentido também serviu de inspiração o procedimento realizado em concursos públicos, nos quais a habilitação dos candidatos é, muitas vezes, analisada após a correção das provas. Surgiria, então, o pregão.

2.1.2 Conteúdo Substancial

O pregão surgiu com a Lei nº 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações, aplicando-se exclusivamente no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Somente por meio da Medida Provisória nº 2.026, em 04/05/2000, o Pregão foi expandido para toda a Administração Pública Federal e, posteriormente,

¹²⁴ Lei 8.883/94; Lei 9.032/1995; Lei 9.648/98; Lei 9.854/99; Lei 10.973/2004; Lei 11.079/2004; Lei 11.107/2005; Lei 11.196/2005; Lei 11.445/97; Lei 11.481/2007; Lei 11.484/2007; Lei 11.763/2008; Lei 11.783/2001; Lei 11.952/2009; Lei 12.188/2010; Lei 12.349/2010.

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar licitações?. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 54, p. 19-28, mar./abr. 2009. p.21.

por meio de sua conversão em Lei nº 10.520, de 17/07/2002, irrestritamente à União, a Estados e a Municípios. Por fim, o Decreto Federal nº 3.550/2000 regulamentou sua aplicação.

Diversas são as particularidades do pregão comparativamente à Lei nº 8.666/1993 como, por exemplo, restrição a licitações públicas de bens e serviços comuns, aumento do prazo de validade das propostas etc. Em realidade, os princípios incidentes sobre o procedimento tiveram seu rol bastante modificado.

Relativamente ao rol de princípios incidentes ao pregão, prevê o art. 4º do Decreto Federal nº 3.550/00:

Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da **celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade**, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre **interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados**, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.^{126, 127}

Transborda do escopo do estudo analisar a legalidade da veiculação de princípios via decreto regulamentar, enquanto a Lei 10.520/02 não o fez expressamente. Todavia, sublinha-se o alinhamento do novel rol de princípios referidos aos anseios da comunidade jurídica no período que sucedeu a Lei 8.666/93. Ganham relevo “celeridade”, “razoabilidade”, “proporcionalidade”, “competitividade” etc. enquanto sub-princípios da eficiência. Mais do que isso, com o propósito justamente de coibir o formalismo na aplicação da lei (“formalismo hermenêutico”) existente nos anos que se seguiram à edição da Lei 8.666 – tema central da segunda parte deste estudo – o parágrafo único sugere inclusive linha de interpretação aos futuros aplicadores do Direito.

Outra novidade substancial do Pregão refere-se à sistemática recursal. Grosso modo, na sistemática da Lei 8.666/93, os licitantes, no curso da licitação pública, dispõem de 02 (duas) oportunidades para interporem recursos

¹²⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.550, de 27 de julho de 2000**. Dá nova redação a dispositivos do Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, [...], a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3550.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹²⁷ O Decreto Federal 5.450/00, que regula o pregão eletrônico, possui a mesmíssima previsão em seu art. 5º.

administrativos. O inciso I do art. 109 da Lei 8.666/93 estipula prazo de 05 (cinco) dias úteis para veicular-se recurso administrativo da decisão relativa à habilitação, depois prevê novo prazo também de 05 (cinco) dias úteis para manejar-se outro recurso administrativo da decisão relativa às propostas. Diferentemente, no pregão os licitantes possuem apenas uma oportunidade para recorrer. Nos termos do Inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/02 prevê:

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.¹²⁸

2.1.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

Embora não trata especificamente de requisitos de habilitação, o Pregão veicula importante alteração no ordenamento que em muito se relaciona com este eixo de análise, a saber: a inversão de fases.

No que se refere à ordem das fases do procedimento, o art. 4º, da Lei 10.520/02 inova:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
[...]
XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
[...].¹²⁹

Rompe-se com o *iter* tradicional previsto no ordenamento jurídico de licitações públicas desde os tempos do Código de Contabilidade da União de 1922, também prevista na Lei 8.666/93. Na tradição refletida na Lei 8.666/93, os documentos de habilitação e as propostas deviam constar de dois envelopes distintos. Somente se abria os envelopes de propostas dos candidatos habilitados. Este *iter* partia da

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Disponível em: 02 fev. 2016.

¹²⁹ Ibidem.

premissa que a vantajosidade da proposta afetaria, ao menos potencialmente, a imparcialidade na apreciação dos documentos de habilitação, sobretudo sendo a diferença de preço entre as propostas elevadas. Dito de outro modo, o fator preço entrava na ponderação entre a gravidade do vício e a dimensão econômica da diferença entre as propostas.¹³⁰

Ocorre, todavia, que a medida gerava uma duração excessivamente prolongada dos processos licitatórios. Assim, o legislador rompeu com a solução tradicional, invertendo as fases no pregão, primeiro ocorre a análise das propostas para depois proceder-se à verificação dos documentos de habilitação somente do candidato melhor classificado.

A título ilustrativo, imagine-se que numa licitação haja 10 (dez) licitantes. Nas modalidades tradicionais, é necessário verificar documento por documento de cada uma dos candidatos. Suponha-se que a documentação para a habilitação de cada um deles alcance, em média, 100 laudas. A Comissão Julgadora terá que analisar 1.000 laudas de documentos. Desta decisão cada um dos licitantes poderão veicular recurso administrativo relativamente à habilitação dos demais candidatos. Quer dizer, a conclusão da licitação pública é muito demorada e, não raro, há controvérsias inúteis do ponto de vista prático (observa-se a hipótese de se veicular recurso, impugnando-se a habilitação de candidato que, depois, demonstra ser titular de proposta em valor acima do máximo admitido pelo Edital). Com a inversão de fases prevista no pregão, não se corre este risco. Simplifica-se o processo, tornando-o mais ágil.

Relativamente aos requisitos de habilitação, embora se apliquem ao Pregão as previsões dos artigos. 27 a 31 da Lei 8.666/93, importantes alterações foram promovidas no formalismo do procedimento. Tornou-se mais descomplicada a análise sobre o atendimento dos requisitos de habilitação, tornando mais ágil o processo seletivo.

Se não há alteração sobre a habilitação jurídica, o mesmo não se pode dizer no que refere à regularidade fiscal. O Inciso III do art. 29 da Lei 8.666/93 fazia alusão à “regularidade fiscal” sem assentar, contudo, seu âmbito de verificação.

O Inciso XIII do art. 4º da Lei 10.520/2002 disciplina:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular **perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o**

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p.279.

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;¹³¹

O dispositivo soluciona a indagação deixada pela Lei 8.666/93, o que mereceu elogios de Marçal Justen Filho: “A disciplina da regularidade fiscal apresenta uma positiva evolução do tratamento da matéria, merecendo aplauso. Encontrou-se uma solução para o impasse gerado pela redação despropositada do art. 29, Inc. III, da Lei 8.666/93.”¹³²

Porém, a expressão “quando for o caso” suscitou novo impasse. Infere-se que nem sempre exigir-se-á prova de regularidade com Fazenda Nacional, Seguridade Social, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), Fazenda Estadual e Fazenda Municipal/Distrital. Da leitura atenta do dispositivo observa-se existir a preposição “e” antes da referência à Fazenda Estadual/Municipal. Daí interpretar-se que o “quando for o caso” seria aplicável apenas para as ditas Fazendas Estaduais e Municipais.¹³³ Portanto, sempre se verificaria a regularidade do candidato com a Fazenda Nacional, o INSS e o FGTS, ao passo que a regularidade perante a Fazenda Estadual ou Municipal somente seria exigida quando “fosse o caso”, ou seja, quanto o certame fosse promovido por Estado ou Município. É dizer, pregão instaurado no âmbito da Administração Pública federal dispensaria a averiguação da regularidade fiscal perante os demais entes federais.

Porém, esta interpretação violaria a isonomia prevista pelo art. 19, inc. III, da CF/88, segundo o qual é vedado a todos entes federais criar preferências entre si. Afinal ou se reconhece ser indispensável a regularidade no âmbito de todas as órbitas federais ou se admite a contratação. A União não pode adotar uma norma geral que consagra diferenciação de tratamento entre as diversas órbitas federativas. Este raciocínio é compartilhado por Marçal Justen Filho:

Pelos mesmos motivos pelos quais a União pode contratar um particular sem indagar sua situação perante os Fiscos dos outros entes federais, idêntico

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Disponível em: 02 fev. 2016.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.92.

¹³³ *Ibidem*, p.92.

tratamento tem de ser adotado em face dos demais participantes da Federação.

Em face desses pressupostos, tem de adotar-se interpretação que reconhece que a regularidade fiscal se restringe aos limites do interesse do ente federal que promove a licitação. Portanto, a interpretação conforme à Constituição conduz a reputar-se que “quando for o caso” impõe-se a obrigatoriedade da verificação da regularidade, em todos os casos, perante INSS e FGTS. Já a regularidade perante a Fazenda Nacional, Estadual e Distrital se imporá de moro correspondente à identidade do ente federativo que promover a licitação.¹³⁴

De qualquer forma, é importante que o instrumento convocatório determine os documentos necessários à prova da regularidade fazendária, evitando intercorrências sobre a documentação adequada.

Relativamente à qualificação técnica, não há alterações. Todavia, considerando o objeto comum, nada obsta que se dispensem exigências do art. 30 da Lei 8.666.

Por fim, também a qualificação econômico-financeira foi alterada para excluir a exigência da garantia de proposta do Inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93. A medida simplifica o procedimento e amplia a competitividade no âmbito do Pregão. Sucede que a garantia de proposta tem como finalidade punir candidatos que desistem do certame no curso do procedimento, frustrando a concorrência. Porém, o custo de tal garantia para que o particular tão-somente possa acudir à disputa afugenta potenciais candidatos, frustrando a competitividade da disputa.

2.1.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

A mais importante inovação do Pregão relativamente à diminuição do formalismo do procedimento diz respeito à possibilidade de saneamento de irregularidades na documentação de habilitação. O Inciso XIII, do art. 11: do Decreto 3.555/2000 previu:

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - sendo aceitável a proposta de menor preço, será aberto o envelope contendo a documentação de habilitação do licitante que a tiver formulado, para confirmação das suas condições habilitatórias, com base no Sistema

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.94.

de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou nos dados cadastrais da Administração, **assegurado ao já cadastrado o direito de apresentar a documentação atualizada e regularizada na própria sessão;**¹³⁵

De forma similar, o Decreto nº 5.450/2000, que regula o Pregão Eletrônico, previu no art. 26, §3º:

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§ 2º O acolhimento de recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.¹³⁶

É dizer, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro de licitações públicas se admite o saneamento de irregularidade na documentação originalmente apresentada pelos licitantes. Doutrina especializada não demorou a levantar questões jurídicas em face desta inovação seja relativamente à sua abrangência, seja relativamente à sua legalidade.

Relativamente à abrangência, dois pontos são controvertidos: *primeiro*, que tipo de defeitos permite saneamento; *segundo*, se somente seriam supríveis defeitos constantes do cadastro dos licitantes (e, por conseguinte, licitantes cadastrados).

Quanto ao tipo de defeitos que permite saneamento, parcela significativa da doutrina distingue as desconformidades formais das de conteúdo, aduzindo serem aquelas passíveis de saneamento e estas, não. Acreditamos que esta distinção é

¹³⁵ BRASIL. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.** Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

¹³⁶ BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2000.** Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

inadequada. Aliás, nem sempre é matéria fácil fazê-lo. Marçal Justen Filho teoriza sobre a controvérsia:

O problema que surge relaciona-se com a identificação de limites para o suprimento de defeitos. [...]. Também aqui se poderiam distinguir os defeitos meramente formais dos vícios materiais. [...]. Os primeiros corresponderiam a insuficiência ou obstáculos relacionados com o instrumento documental exigido pela Lei ou pelo ato convocatório como requisito de participação. O documento consiste em uma via de evidenciar a existência ou inexistência de certos fatos. O defeito é apenas formal quando não envolver uma disputa acerca do fato documentado, mas com o instrumento de sua documentação. Em tais hipóteses, a controvérsia não se relaciona com o efetivo preenchimento por parte do sujeito das exigências impostas à participação. [...]. A disciplina adotada no regulamento federal não diferencia defeitos formais e de conteúdo. Não determina que o suprimento poderia fazer-se apenas quanto àqueles e não quanto a esses. [...].¹³⁷

O autor sustenta que o único critério hermenêutico seria a possibilidade ou não de saneamento da não conformidade sem a postergação do curso normal do certame:

A única distinção possível reside em que alguns defeitos podem ser supridos com certeza, segurança e **rapidez**. Já outros não comportam solução dessa ordem. Pode imaginar-se que os defeitos puramente formais comportam suprimento em termos muito mais simples do que os materiais. De regra, assim o será, mas nem sempre. [...] O critério hermenêutico aplicável não pode, então, fundar-se na natureza do defeito (formal ou informal), mas deve tomar em vista a viabilidade de sua eliminação de modo imediato, sem margem a dúvidas ou controvérsias. A inovação trazida no âmbito do pregão consistiria na possibilidade de suprimento dos defeitos da documentação, desde que tal pudesse fazer-se através de exibição de novos documentos, aptos a comprovar de modo inquestionável o preenchimento dos requisitos exigidos. Ademais disso, **exige-se que o sujeito produza o saneamento do defeito na solenidade de abertura e julgamento dos documentos. Não se admite que ele pleiteie a concessão de prazos outros para tanto.**

O princípio que norteie essa matéria é o mesmo apontado em outras oportunidades: **não se admite a suspensão do procedimento do pregão.**¹³⁸

Em complemento, defende que mesmo situações fáticas quanto à capacitação dos licitantes podem ser alteradas durante o certame:

Observa-se que o regulamento federal refere-se não apenas à atualização, mas também à alteração dos dados cadastrais. Portanto, seria possível produzir inovação para superar informações anteriores que impediam a contratação do sujeito. É o caso característico de irregularidade fiscal:

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.144.

¹³⁸ Ibidem, p.144.

constando no SICAF que o sujeito é devedor de contribuições previdenciárias, seria facultado a ele promover a liquidação da dívida depois de instalado o certame.¹³⁹

Alinhamo-nos à lição de Marçal Justen Filho quanto à impossibilidade de saneamento quando esta implicar dilação do prazo normal para o cabo da licitação.

A segunda controvérsia diz respeito se somente é possível o saneamento de dados cadastrais obsoletos ou, por consequência lógica, se a benesse só socorre licitantes cadastrados. Cremos não ser possível restringir a disposição do regulamento a dados cadastrais. Sucede que estar ou não cadastrado no SICAF ou em qualquer outro cadastro não é um discrimen que justifique a quebra da isonomia entre os licitantes.

Não é outra a abalizada opinião de Marçal Justen Filho:

[...] a circunstância do cadastramento não pode justificar regime jurídico mais favorável no tocante a eventuais defeitos documentais. Não há diferença de fundo entre a situação dos dois sujeitos. Todos os dois encontram-se em situação de irregularidade. O sujeito cadastrado não pode ser enfocado como mais diligente do que o outro. Os mesmos motivos que autorizam a correção dos vícios apresentados pelo sujeitos cadastrado encontram-se presentes no tocante ao que não se cadastrara. Portanto, o fundamental não consiste na existência ou não do cadastramento, mas na natureza do vício ou defeito. Mais precisamente, o que importa é a possibilidade de correção do defeito através de documentos dotados de presunção de validade. Havendo essa possibilidade, deverá admitir-se a habilitação do licitante, ainda que ele não esteja cadastrado.¹⁴⁰

A terceira e a última questão jurídica que julgamos relevante sobre o ponto diz respeito à legalidade destas previsões ou à sua compatibilidade com o regime previsto pela Lei nº 10.520/2000.

O art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/2000 apenas prevê que “a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificação econômico-financeira”. Ou seja, é silente relativamente à realização de diligência para complementar o processo ou suprir lacunas.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.144.

¹⁴⁰ Ibidem, p.144.

Marçal Justen Filho defende a legalidade das soluções de saneamento de inconformidades na documentação dos licitantes supra transcritas. O autor contrapõe a inovação à interpretação tradicionalmente feita da Lei nº 8.666/1993 (especialmente o § 3º do art. 43):

Essa redação é bastante diversa daquela da Lei nº 8.666. Não é incompatível com a interpretação consagrada no regulamento federal, no sentido de que o licitante teria de demonstrar sua regularidade, ainda que mediante exibição superveniente de documentos. [...] a regra vedando a correção superveniente de defeitos, mediante juntada de novos documentos, consta da Lei nº 8.666, mas não está na Lei nº 10.520 que dispõe sobre o pregão. [...] **a adoção do entendimento favorável ao cabimento da correção de defeitos relaciona-se com corrente hermenêutica cada vez mais consistente, orientada a repelir a exclusão de ofertas válidas e satisfatórias em virtude de defeitos ou incorreções de pequena monta.** O interesse em obter propostas de valor reduzido não pode ser sacrificado em homenagem a exigências destituídas de maior utilidade para quem quer que o seja. [...] reconhece-se que o espírito jurídico do procedimento do pregão é distinto daquele vigente para as demais modalidades licitatórias. Daí reputar-se que a sistemática albergada no regulamento é válida, ainda que explicitamente não prevista na Lei nº 10.520. É que se reconhece **a ausência de autorização explícita não equivale à adoção de regra proibitiva, sendo a solução consagrada no regulamento federal plenamente compatível com os princípios adotados legislativamente para o pregão.** [...].¹⁴¹

Não obstante divirja-se do renomado autor relativamente à sua já transcrita interpretação dada ao §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, também acreditamos ser legal as controvertidas soluções regulamentares, forte no conceito de legalidade perfilado pelo autor, qual seja, a ausência de autorização explícita na lei não equivale à adoção de regra proibitiva.

Em igual sentido, acrescentando argumentos relativos à inflexão de princípios constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade etc.) a corroborarem a juridicidade das previsões regulamentares, Joel de Menezes Niebuhr defende:

[...] mesmo antes do § 3º do artigo 26 do Decreto Federal nº 5.450/05 já era permitido, com estribo nos princípios da competitividade e da razoabilidade, relevar o desatendimento das exigências meramente formais, que não produzam efeito substancial, e sanear quaisquer defeitos desde com elementos já disponíveis à Administração Pública. Assim sendo, é de concluir que o § 3 do artigo 26 do Decreto Federal nº 5.450/05 não inova a ordem jurídica, logo é válido e legítimo. O dispositivo em comento, ao permitir o saneamento de erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, somente confirma e sintetiza o que a doutrina e a jurisprudência já

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.147.

reconheciam como legítimo em virtude dos princípios da competitividade e da razoabilidade.

Cumprir frisar que o ato de relevar o desatendimento de formalidade prescrita no edital ou proceder ao saneamento de erros ou falhas deve ser motivado, realizado em despacho fundamentado, que deve ser registrado em ata acessível a todos conforme preceitua a parte final do § 3º do artigo 26 do Decreto Federal nº 5.450/05.¹⁴²

2.2 LEI Nº 11.079/2004 (PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – PPP)

2.2.1 Introdução

As raízes das Parcerias Público-Privadas (PPP) são as concessões experimentadas a partir do final do século XIX em diversos países europeus de pujança de uma política social-democrata. Todavia, foi nas últimas décadas do século XX que as PPP espalharam-se a diversos países de velho continente. Sua instauração decorre não só de eventual ausência de recursos próprios do Estado para investir na prestação de serviços públicos, mas também na constatação que o setor privado geralmente aloca-os com mais eficiência. Nas PPP dividem-se os riscos do empreendimento entre os setores públicos e privados, os quais são assentados num projeto finance, uma modalidade de financiamento especial, garantidos pelas receitas, ativos e direitos da concessão.

No Brasil, o advento das Parcerias Público-Privadas está contemplado num contexto de ampla reforma do modelo de Estado iniciado desde o começo da década de 90. O Estado brasileiro, como de resto em diversos países, viu-se privado dos recursos mínimos necessários para prestar diretamente os serviços públicos básicos à economia, especialmente relacionados à infra-estrutura como ferrovias, telefonia, estradas etc. Debateram-se os objetivos, os fundamentos, a estrutura adequados do Estado. Então, surgiu um novo modelo de Estado, deixando pra trás os modelos de Estado Intervencionista e provedor, o qual, a seu turno, emergiu a partir de declínio do Estado mínimo.

Nesse sentido a análise conjuntural de Benjamin Zymler:

A crise do welfare state revelou a incapacidade de o Estado prestar diretamente os serviços a seu cargo. Por conseguinte, implantou-se modelo de enxugamento da máquina administrativa, que implicou a desestatização

¹⁴² NIENUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 5. ed. Curitiba: Zênite, 2008. p.606.

de suas empresas e a concessão de serviços públicos a agentes privados. O Poder Público, ao invés de prestar diretamente os sérios, passou a busca uma atuação reguladora, deixando as funções operacional e executora dos serviços para terceiros. [...]. Foi desenvolvido um novo modelo estatal denominado Estado Regulador, Garantidor ou Pós-Intervencionista.¹⁴³

Esta mudança no modelo de Estado implicou alterações no ordenamento jurídico, bem como na estrutura funcional do aparelho estatal. Surgiu o Programa Nacional de Desestatização, implementado pela Lei 8.031/90, criando novos mecanismos de oferta de serviços públicos, reservando-se o Estado a regular e fiscalizar estas atividades por meio de também criadas Agências Reguladoras. Em atenção aos arts. 21, XI e XII e 175 da CF/88, a prestação destes serviços por particulares concretizou-se mediante contratos de concessão ou de permissão.

2.2.2 Conteúdo Substancial

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Inspiradas na Resolução ANATEL 65/98¹⁴⁴, algumas novidades foram

¹⁴³ ZYMLER, Benjamin. As Licitações no Âmbito das Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.243-244.

¹⁴⁴ TÍTULO II - DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
Capítulo I - Disposições Gerais

Art. 8º A licitação será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, imparcialidade, eficiência, igualdade, devido processo legal, publicidade, moralidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, competitividade e justo preço, bem como pelos da seleção e comparação objetiva de licitantes e propostas.

Art. 9º A finalidade da licitação é garantir igualdade de oportunidades aos interessados, quando haja limite ao número de prestadores de serviços ou de uso de radiofrequências.

§1º A observância do rito procedimental é imprescindível, mas não suficiente, para o atingimento da finalidade da licitação.

§2º Não importará em afastamento do licitante o desatendimento de exigências formais que não comprometam a aferição da sua qualificação ou a compreensão do conteúdo da proposta, desde que o proponente possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§3º As normas que disciplinam a licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados.

§4º Com vistas a assegurar um maior número de ofertas, os editais de licitação poderão admitir a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o proponente possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. (BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 65, de 29 de outubro de 1998**. Aprova o Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/1998/164-resolucao-65>>. Acesso em: 12 jan. 2016).

insertas por esta lei no ordenamento jurídico brasileiro. Preambularmente a Lei 11.079/04 assenta seu compromisso com a eficiência, bem como com a transparência da contratação:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

[...]

V - transparência dos procedimentos e das decisões.¹⁴⁵

O processo licitatório das PPP é regido pelo Capítulo V da Lei nº 11.079/04, nos arts. 10, 11, 12 e 13, respectivamente.

Confirma-se importante previsão já constante do Pregão relativamente à possibilidade de escritas seguidas de lances orais no inciso III, alínea “b”:

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

[...]

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

[...]

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz.¹⁴⁶

Outra alteração veiculada pela Lei 11.079/04 exsurge do *caput* do art. 10, o qual dispõe que “A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência [...]”.¹⁴⁷ Ou seja, na PPP a única modalidade licitatória é a concorrência, afastando-se qualquer outra.

Por fim, outra alteração substancial da Lei 11.079/04 foi prevista pelo Inciso III do art. 11, o qual previu a utilização da arbitragem para mediar conflitos entre particulares e Administração Pública. Estabelece a lei que o edital de licitação poderá prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos

¹⁴⁵ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.¹⁴⁸

A previsão suscita inúmeras controvérsias jurídicas. Renomados juristas como Luis Roberto Barroso sustentam tanto na previsão do art. 1º da Lei da Arbitragem como no próprio texto constitucional (indisponibilidade do interesse público) um óbice à arbitragem envolvendo contratos da Administração Pública.¹⁴⁹ Referida controvérsia ganhou novo fôlego com a recente edição da Lei 13.129/2015, que alterou a lei de arbitragem (Lei 9.307/1996). Isto, pois, no parágrafo 1º do artigo 1º, estabelece que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”¹⁵⁰

2.2.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

O art. 18 da Lei 11.079/04 refere que os editais de PPP obedecerão, no que couber, “os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações [...]”. Já o art. 18-A, acrescido à Lei 11.079/04 por meio da Lei 11.196/2005, mantém o previsto pelo Pregão relativamente à inversão de fases propostas/habilitação:

Art. 18-A. O edital **poderá prever** a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 6, n. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003. p.438.

¹⁵⁰ Não obstante a omissão da Lei 8.666/93, leis esparsas já previam sua utilização como, por exemplo, o artigo 23-A da Lei 8.987/95, o artigo 11, III, Lei 11.079/04, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica etc.

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).¹⁵¹

É dizer, mantém o abrandamento do formalismo, facultando à Administração Pública escolher pela inversão de fases, o que acelerará o processo de escolha.

Ainda relativamente aos requisitos de habilitação, a PPP traz novidade importante relativamente às garantias. O inciso I do art. 11 da Lei 11.079/2004 refere sobre a garantia de proposta, conforme o Inciso III do art. 31 d Lei 8.666. Este, a seu turno, faz referência ao art. 56, §1º, alterado justamente pela Lei 11.079/2004. Resumidamente, estabelecem-se condições adicionais para a caução em títulos da dívida pública (i) emissão sob a forma escritural; (ii) registro no sistema centralizado de liquidação e custódia autorizado pelo BACEN e (iii) avaliação pelo seu valor econômico.

A alteração foi geral, não ficando adstrita às PPPs. A alteração também abrandou o formalismo, sendo saudada pela doutrina na medida em que flexibilizou as garantias necessárias à futura contratação. Nesse sentido, Eduardo Capobianco:

O segundo ponto polêmico a respeito da Lei da PPP diz respeito às garantias. Não há motivo para o Poder Público exigir do parceiro privado garantias maiores do que nos demais tipos e contratação se, em uma PPP, o parceiro privado executará todo o investimento para só depois começar a receber recursos do parceiro público. Ou seja, o risco para o Poder Público é até menor em uma PPP, o que deve se refletir na exigência de garantias. Sabe-se que a exigência de garantias pode constituir um mecanismo de restrição da competição em um certame. Houve época em que só se aceitava garantia prestada em dinheiro ou títulos da dívida pública. Uma empresa precisava ter uma grande liquidez para poder realizar o aporte inicial de capital, que ficava ocioso durante muito tempo, onerando o empreendimento. Na realidade, deve-se ter em mente que a exigência exagerada de garantias limita a competição, prejudica os interessados, encarece as propostas apresentadas e onera os cofres públicos, o que é altamente prejudicial.¹⁵²

¹⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁵² CAPOBIANCO, Eduardo. PPP e Licitações: Pontos Polêmicos. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.291.

2.2.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

Todavia, a novidade mais cara ao objeto do estudo é veiculada pelo inciso IV, do mesmo art. 12 da Lei 11.079/2004, a qual prevê a possibilidade de fase própria para saneamento de não conformidades na documentação dos candidatos:

Art. 12.

[...]

IV- o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.¹⁵³

Também esta inovação no ordenamento jurídico suscitou questões jurídicas similares àquelas já analisadas relativamente ao inciso XIII, do art. 11: do Decreto 3.555/2000 pertinentes ao Pregão (exceto sobre a legalidade da regra, pois aqui a fonte normativa é a lei formal e não mais decretos regulamentadores).

Também se controverte a abrangência da previsão ora analisada. Porém, não há a dicotomia entre inconformidades formais e de conteúdo, aduzindo serem aquelas passíveis de saneamento e estas, não. Em realidade, o texto da regra aqui analisada deixa claro que a abrangência é maior ao referir “saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento.”

O critério para limitar-se a abrangência do dispositivo é outro. Como já se disse introdutoriamente, a experiência internacional inspirou o administrador brasileiro a inserir a PPP no modelo de Estado brasileiro. Na mesma linha de orientação, a legislação alienígena influenciou a Lei nº 11.079/04 e, especialmente, o Inciso IV, do art. 12.

O critério hermenêutico segue a aplicação de regras similares veiculadas nas licitações do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e do Banco Mundial. Examinando-se as decisões do Comitê de Aquisições é possível extrair o seguinte critério: Permite-se ampla possibilidade de correção de documentos declaratórios

¹⁵³ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

como atestados técnicos ou certidões fiscais (ou seja, documentos de fatos históricos). Relativamente aos documentos de natureza constitutiva no âmbito da licitação como a proposta, os defeitos serão sanáveis, caso não violem a igualdade material. Nesse sentido, serão sanáveis erros materiais como o erro de digitação, se não conduzirem à alteração do conteúdo substancial da proposta como o preço, o prazo de execução etc. Após analisar decisões do Comitê de Aquisições do BID, especialmente os casos PC-12/04 e PC-48/03, César Augusto Guimarães esclarece eventuais dúvidas sobre este critério:

Não é possível qualquer saneamento de documentos de natureza constitutiva que leve a esse resultado. Porém, não haverá ofensa ao princípio da competição se for clara a existência de simples erro matéria, ainda que a sua correção leve à suposta “melhora” da proposta. Dá-se um exemplo. Imagine-se um caso em que a proposta compõe-se de uma planilha com itens e valores, um valor final numérico e sua expressão por extenso. Imagine-se ainda que haja divergência entre o valor numérico e o valor por extenso, este superior àquele. Imagine-se, por fim, que o licitante seria vencedor com o valor numérico da proposta, mas derrotado se considerado o valor por extenso. Caso se possa confirmar que o valor numérico corresponde a soma dos itens da planilha, o defeito formal poderá ser suprido sem qualquer problema, ainda que leve à “melhora” da proposta. Porém, se não houvesse a planilha ou outro meio de confirmação segura da correção daquele valor, o defeito seria insanável. Nesses casos, atinentes a documentos de *natureza constitutiva*, a presunção deve ser a de que haverá frustração à competição e de que o defeito é insanável, exceto se o contrário for claramente constatável à luz dos demais documentos ou informações da proposta.¹⁵⁴

Outra questão jurídica que suscita melhor atenção diz respeito à discricionariedade ou não dos agentes condutores do certame em prever a fase de saneamento no instrumento convocatório. Isso tudo, pois o texto analisado refere “o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas [...]”. Num primeiro momento, interpretar-se-ia que a comentada fase de saneamento de não conformidades seria discricionária.

Porém, esta não parece ser a melhor exegese do texto legal. O só fato de o legislador ter veiculado terminologia imprópria, não pode sustentar tal linha de orientação. Eventual interpretação nesse sentido mostra-se absolutamente inconsonante seja com o próprio contexto no qual se inserem as PPP no Estado brasileiro, seja com o próprio texto da Lei nº 11.079/04 como um todo, vocacionado

¹⁵⁴ PEREIRA, César Augusto Guimarães. O Processo Licitatório das Parcerias Público Privadas In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.232-233.

à eficiência (Inciso I, art. 4º). Em igual sentido a opinião de César Augusto Guimarães. O autor inclusive sugere solução para eventual impasse em caso de ilegal omissão do instrumento convocatório:

A redação da Lei 11.079/2004 aponta que o edital “poderá prever” essa solução. Porém, a aplicação dessa regra não é facultativa, mas obrigatória. Isso significa que, caso o edital não contemple, poderá ser impugnado (art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93) para esse fim. Sendo ou não impugnado o edital, um licitante eventualmente prejudicado poderá obter judicialmente a aplicação do preceito. Em caso de insuficiência, falha ou incorreção, sendo omissa o edital, o licitante poderá sanar desde logo o defeito, pleitear da Administração que fixe prazo para esse fim ou recorrer de pronto ao Poder Judiciário, que deverá reconhecer como suficiente a correção já realizada ou assinalar prazo para que o licitante sane o defeito. Pode-se adotar como parâmetro o prazo de recurso administrativo (art. 109 da Lei 8.666/93). No mínimo, deve-se reconhecer como válida a correção de defeito comprovada ou promovida no recurso do licitante.^{155, 156}

Por fim, questão jurídica muito controvertida diz respeito à possibilidade de lançar-se mão desta previsão da Lei de PPP para outras modalidades licitatórias. Num primeiro momento, o intérprete pode se inclinar pela impossibilidade diante da previsão do art. 1º da Lei 11.079/04, o qual prescreve: “Esta lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada [...]”. Há balizadas vozes nesse sentido como Egon Bockmann Moreira:

A Lei das PPPs inaugura, ordena e condensa num só diploma o específico conjunto de normas que apenas a esse instituto são singulares. Seus arts. 1º e 2º foram taxativos ao consignar uma fronteira normativa, numa clara dissociação entre as PPPs e todas as demais licitações e contratações administrativas (incluindo-se aí as empreitadas de obra pública, as concessões e permissões).¹⁵⁷

Porém, divergimos deste posicionamento. É verdade que o art. 22, inciso XXVII da CF/88 dispõe competir privativamente à União legislar sobre “normas

¹⁵⁵ PEREIRA, César Augusto Guimarães. O Processo Licitatório das Parcerias Público Privadas In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.235.

¹⁵⁶ Em sentido contrário, Fernão Justen Oliveira: “Por outro lado, a omissão do edital – **conforme a lei lhe permite** – em admitir esse suprimento em campo ampliado não implica automaticamente na proibição de ajustar a proposta. Diante da inexistência de regra editalícia sobre o saneamento, complementação e correção da proposta, o direito dos concorrentes de ajustá-la não poderá ser exercitado sob a tutela da Lei de PPP, mas sim sob moldes e limites praticados pelos tribunais, em mitigação do art. 43, §3º, da Lei nº 8.666.” (OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada**: Aspectos de Direito Público Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.160).

¹⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros. p.211.

gerais de licitação e contratação em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autarquias e fundacionais, obedecido o disposto no art. 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.” Também é forçoso reconhecer que no exercício desta competência a União veiculou a Lei 8.666/93 já analisada em capítulo anterior.

Todavia, entendemos que referida competência não foi exaurida por ocasião da edição da Lei 8.666/93. Assim, não haveria óbice em reconhecer também como normas gerais outras disposições inseridas no ordenamento jurídico por outras leis que não a Lei 8.666/93. E é justamente o que se acredita seja o caso do Inciso IV, do art. 12, da Lei 11.079/04. Nesse sentido, tratando sobre a alteração do prazo de validade de proposta pelo Pregão, Marçal Justen Filho faz raciocínio similar:

[...] Deve se reputar que o dispositivo se aplica genericamente a todas as licitações. Não se invoque o princípio da especialidade, pretendendo que o dispositivo seja aplicável apenas ao pregão.

Ora, a Lei 10.520 veicula normas gerais sobre licitação. Portanto, sua abrangência é ampla. Não seria a circunstância de destinar-se a disciplinar o pregão que impediria a aplicação generalizada de normas contidas naquele diploma.

Portanto, apenas seria possível reputar como não extensíveis às demais modalidades licitatórias as regras contidas na Lei 10.520 que fossem especificamente relacionadas com a natureza do pregão. Logo, o disposto no art. 6º do aludido diploma não se relaciona com as características próprias e peculiares do pregão. Ao contrário, até se poderia reputar que, se a disposição se aplica ao pregão, com muito maior razão deverá iniciar no tocante às contratações produzidas por outras modalidades licitatórias. É que o pregão é uma modalidade caracterizada pela rapidez na conclusão do procedimento licitatório. [...]

Portanto, cabe reputar que o disposto no art. 6º da Lei do Pregão configura norma geral, que se aplica a todas as hipóteses de licitação, alterando parcialmente a disciplina constante do § 3.º do art. 64 da Lei 8.666/1993. [...].¹⁵⁸

Também pela possibilidade da solução que defendemos, embora com fundamentação diversa, a conclusão enfática de César Augusto Guimarães:

Embora o dispositivo pretenda-se aplicável unicamente às PPPs, sua aplicação deve ser estendida aos demais casos de licitação por aplicação do princípio da isonomia. Não há justificativa para que um licitante em uma concorrência de PPP detenha esse direito e não assegure a mesma faculdade a um licitante em outro certame- que seria, na forma do art. 43 § 3º, da Lei 8.666/93 alijado da licitação diante do defeito apresentado. Não há vínculo de pertinência lógica entre a diferença de licitações (PPPs ou outras) e a distinção de tratamento.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 999-1000.

Diante disso, estende-se aos demais licitantes – em outras espécies de licitação, não vinculadas a PPPs – o direito assegurado pelo art. 12, IV, da Lei 11.079/2004. Essa disposição deve ser tomada como norma geral de licitações, aplicável em todas as situações pela Administração Pública em geral.¹⁵⁹

E ainda Fernão Justen de Oliveira:

Especialmente na disciplina da licitação, a Lei de PPP se caracteriza por consolidar de tendências e mitigações praticadas pela jurisprudência acerca de contratações submetidas à Lei de Licitações e também à Lei e Concessões. **Isso reforça a defesa de ser possível a complementação, sem revogação nem antinomia real, entre o regime jurídico da PPP e o regime comum, o quanto a permitirem os limites da analogia e da interpretação conforme.** É o que ocorre com a ideia de instrumentalidade, que contém o postulado pelo qual o processo não seja fim dele próprio, mas sim meio de produzir determinado resultado prático. A norma nuclear do mecanismo está contida no art. 12, inc. IV, que faculta ao edital permitir o saneamento de falhas, complementação de insuficiências ou correções formais.¹⁶⁰

É dizer, festejados doutrinadores defendem esta possibilidade.

¹⁵⁹ PEREIRA, César Augusto Guimarães. O Processo Licitatório das Parcerias Público Privadas In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.235.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada**: Aspectos de Direito Público Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.161-162.

2.3 LEI Nº 12.462/2011 (REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC)

2.3.1 Introdução

Muitas são as razões que deram causa ao advento do regime diferenciado de contratação (RDC), sobretudo a dificuldade no cumprimento de prazos relativos à conclusão de obras necessárias à realização da Copa das Confederações de Futebol de 2013, Copa do Mundo de Futebol de 2014 e Jogos Olímpicos/Para-olímpicos de 2016 etc. Assim, diante da insatisfação geral da comunidade jurídica com a Lei 8.666/93, da impossibilidade de se editar uma nova lei geral de licitações¹⁶¹, bem comoda satisfação com diversas alterações introduzidas pelo Pregão no sentido de abrandar o formalismo do processo licitatório, houve-se por bem criar um modelo de contratação específico. Por oportuno, e conforme se verá em tópico próprio na segunda parte deste estudo, é importante revelar a importância da jurisprudência do TCU na criação do novo regime. Referida situação decorre tanto da qualidade das interpretações veiculadas pela corte de contas, mas também do medo que eventuais futuras indagações do TCU nas contratações relacionadas aos megaeventos esportivos poderiam causar.

É neste contexto que, primeiro por meio da Medida Provisória nº 527, e depois convertida na Lei 12.462/11, surge o RDC.

2.3.2 Conteúdo Substancial

A Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, instituiu o RDC. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011, com fulcro no art. 84, inciso IV, da CF/88. Inicialmente restrito às contratações relacionadas à realização dos pré-citados megaeventos esportivos, bem como as obras de infra-estrutura ou aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sede do mundial¹⁶², o RDC vem sofrendo

¹⁶¹ Há inúmeros Projetos de Lei no Congresso nesse sentido.

¹⁶² Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor

sucessivas alterações, ampliando-se sua abrangência. A título de exemplo, a Lei 12.688/12, a qual estendeu o RDC às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), acrescentando o Inciso IV ao art. 1º. Significa dizer, está em curso um paulatino processo de extensão do RDC a outras contratações. A aplicação do RDC não tem mais a limitação temporal, na medida em que as contratações do PAC, de estabelecimentos prisionais etc. podem lançar mão do regime diferenciado.¹⁶³

Assim como fizera o marco legal do Pregão, o §1º, do art.1º Lei 12.462/11 refere ter o RDC o objetivo de “ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;”. Adiante, o art. 3º da Lei 12.462/11 insere a eficiência também como princípio. Salta aos olhos a importância do legislador à eficiência, referida enquanto objetivo e princípio. Nesse sentido, o verbo “ampliar” deve ser entendido como comparação ao regime da Lei 8.666/93, pois a aceção do verbo pressupõe algo anterior. É dizer, verifica-se a nítida intenção de aprimorar o modelo de contratação até então existentes.¹⁶⁴

Referida lei está permeada de inovações afetas à eficiência como, por exemplo, a instauração de novos tipos contratuais como a remuneração variável (art. 10 da Lei 12.462/11 e art. 70 do Decreto 7.581/11), o contrato de eficiência, os procedimentos auxiliares como o cadastramento, o catálogo eletrônico de padronização, a pré-qualificação permanente (art.29 da Lei 12.462/11 e art. 77 do Decreto 7.581/11) etc..

instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. (BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016).

¹⁶³ Da mesma forma, a Lei 12.745/12, estendendo o RDC às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), acrescentando o Inciso V ao art. 1º. Também a Lei 13.190/2015, que estendeu o RDC às obras relacionadas a estabelecimentos penais, à segurança pública, à mobilidade urbana, acrescentando os Incisos VI, VII e VIII ao art. 1º. Por fim, a recente Lei 13.243/2016, estendendo o RDC às ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação, acrescentando o Inciso X ao art. 1º. Significa dizer, está em curso um paulatino processo de extensão do RDC a outras contratações. A aplicação do RDC não tem mais a limitação temporal, pois as contratações do PAC, de estabelecimentos prisionais etc.

¹⁶⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação (RDC)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.29.

Relativamente aos princípios incidentes ao procedimento licitatório, o art. 3º veicula legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Quer dizer, todos alinhados com os princípios gerais da Administração Pública como um todo, em especial aqueles previstos no *caput* do art. 37 da CF/88.

Adiante, o art. 4º traça como diretrizes para o procedimento licitatório a padronização dos Editais, bem como sua aprovação prévia pelo órgão jurídico competente.¹⁶⁵ Novamente fica nítida tendência a simplificar e agilizar o procedimento licitatório. Embora a Lei 8.666/93 também aludisse à padronização (art. 11 e art. 15, Inciso I), é indene de dúvida a maior ênfase dada ao tema pelo RDC.¹⁶⁶

Ao dispor sobre as fases do procedimento licitatório do RDC, a Lei 12.462/11 refere:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV

¹⁶⁵ Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:
[...]

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;(Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014). (BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016).

¹⁶⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação (RDC)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014 p.36.

do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.¹⁶⁷

Sobre o formalismo afeto à apresentação das propostas, o RDC confirma o regramento do Pregão e possibilita o modo de disputa aberto, fechado ou misto (art. 16 da Lei 12.462/11 e art. 15 do Decreto 7.581/11). Porém, o §1º, Inciso II, do art. 17 traz um pequeno incremento à disciplina da matéria ao estabelecer:

1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:

[...]

II - o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente.¹⁶⁸

Com isso, se reforça a busca pela proposta mais vantajosa à Administração.

Também sobre a apresentação das propostas ou lances pelos candidatos, os prazos fixados no RDC são mais exíguos comparativamente ao procedimento da Lei 8.666/93 (art. 15, Incisos I a IV, da Lei 12.462/11). Destaca-se que prazos mais exíguos restringem a competitividade, limitando o acesso ao certame aqueles candidatos dotados de uma estrutura mais ágil. Todavia, longos prazos de espera pelas ofertas tornam os processos licitatórios mais morosos, obstaculizando a agilidade que se espera da Administração Pública. Portanto, o RDC claramente optou pela eficiência (agilidade).

Relativamente aos recursos, a Lei 12.462/11 repete a disposição do Pregão. O art. 27 refere que, salvo no caso de inversão de fases (é dizer, primeiro habilitação e depois proposta), o procedimento licitatório terá uma fase recursal única. Quer dizer, novamente privilegia-se a simplificação e a celeridade do procedimento, dando-se relevo à eficiência na contratação.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁶⁸ Ibidem.

2.3.2.1 Requisitos de habilitação/qualificação

É de se destacar a confirmação do procedimento do Pregão relativamente à ordem das fases. Confirma-se no RDC, portanto, um procedimento diverso daquele tradicionalmente previsto até o advento da Lei 8.666/93, abrandando o formalismo do certame.

No que se refere à habilitação, destaca-se a inovação introduzida pelo Inciso IV, do art. 14 da analisada lei:

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

[...]

IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.¹⁶⁹

Referida previsão é potencialmente aplicável “a qualquer caso”, é dizer, independentemente da ordem das fases eleita para a licitação, pode-se exigir a prova de regularidade fiscal somente do candidato virtualmente vencedor. Sublinha-se que a previsão não se limita a simplesmente racionalizar a atividade administrativa, reduzindo os documentos desnecessários. Em realidade, há uma característica fundamental no que se refere à finalidade do texto, qual seja assegurar ao licitante selecionado como vencedor a oportunidade para adquirir a regularidade fiscal até então inexistente.¹⁷⁰

2.3.2.2 Previsão de diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos

Relativamente ao julgamento das propostas, a Lei 12.462/11 confirma a tendência de abrandamento do formalismo do procedimento, trazendo previsão distinta relativamente aos marcos legais pré-analisados:

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p. 282.

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

[...]

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.¹⁷¹

Não é de hoje a dificuldade em se estabelecer as causas da desclassificação de proposta de candidatos em licitação pública. Ocorre que são impossíveis soluções predeterminadas pela lei, regulamento ou edital que disciplinem de forma exata e precisa todas as questões, sem variações de entendimento. As soluções só podem ser genéricas, passando a resposta às indagações pela análise do caso concreto.

A solução clássica era estabelecer a desclassificação como uma consequência automática de ausência de perfeita compatibilidade entre documentação/proposta e edital. Referida solução violava o princípio da proporcionalidade, na medida em que conduzia à desclassificação por defeitos irrelevantes. Gerava-se o risco de a Administração estar deixando de contratar candidatos com propostas satisfatórias e vantajosas por questões destituídas de relevância.¹⁷²

Conforme se verá adiante, o RDC encampa a orientação jurisprudencial que distingue mera irregularidade de vícios que ensejam nulidade, estabelecendo nos incisos I e V que somente “vícios insanáveis” darão ensejo à desclassificação da proposta do licitante vencedor da disputa.

Entendemos que nem toda inconformidade entre documentação/proposta do candidato e previsões do Edital constituirá um vício.

O primeiro ponto diz respeito à verificação da violação a um valor ou a um interesse protegido juridicamente. Referida análise pode ser facilmente vislumbrada no tocante a questões formais. A lei e o edital estabelecem regras sobre a forma de apresentação da documentação/proposta pelos candidatos. Do contrário, cada particular veicularia seus documentos baseado na sua própria concepção, o que

¹⁷¹ BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p.436.

tornaria confusa a análise pela Comissão Julgadora. Significa dizer, a finalidade das prescrições de forma de apresentação dos documentos é instrumental, tendo por escopo tornar preciso e inquestionável o conteúdo da documentação/proposta. Afinal, é quanto ao conteúdo que a documentação deverá ser analisada para aferir-se a habilitação do candidato. É igualmente quanto ao conteúdo que as propostas serão contrapostas, aferindo-se as vantagens e os encargos previstos em cada uma, a fim de selecionar-se a mais vantajosa à Administração. Daí por que a inconformidade quanto à forma da proposta em geral configura mera irregularidade, não se constituindo num vício.¹⁷³ A título de exemplo, imaginemos que o edital exija que o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) seja referido em campo determinado da proposta-padrão, enquanto na proposta de dado candidato a inscrição do CNPJ conste do cabeçalho. Parece indene de dúvida que se está diante de mera irregularidade, pois o erro é inapto a gerar quaisquer reflexos, já que não há afetação no valor protegido (identificação da proposta).¹⁷⁴ O mesmo raciocínio se aplica quando a inconformidade ocorrer relativamente ao conteúdo da proposta.

O segundo ponto diz respeito à relevância dos valores/interesses protegidos. Os valores/interesses não têm igual hierarquia. Alguns apresentam maior relevância e reclamam proteção jurídica mais intensa. É o caso, por exemplo, de valores indisponíveis como valores coletivos e difusos; outros têm menor relevância, podendo ser menos protegidos, caso dos interesses individuais.¹⁷⁵

O terceiro ponto se liga a um dos pontos nodais da licitação, a saber, a isonomia. Não se trata do argumento de que o edital estabeleceu uma exigência a ser atendida por todos os candidatos. Logo, se um dos licitantes deixou de cumpri-la, configura-se violação à isonomia.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p.440.

¹⁷⁴ Marçal Justen Filho faz uma ressalva importante: “Isso não significa por outro lado, que toda e qualquer irregularidade formal seja irrelevante. Assim, por exemplo, o edital pode estabelecer que as propostas sejam apresentadas em envelopes indevassáveis, numa licitação presencial. Se o licitante encaminhar à Administração as propostas num envelope translúcido, que permite o conhecimento do conteúdo sem dificuldade, há uma defeito formal insuperável.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p.440).

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p.441.

A isonomia não pode permitir que um licitante obtenha vantagem competitiva efetiva relativamente aos demais candidatos. Estes três pontos acima referidos apontam um roteiro para a Comissão Julgadora.

Ainda assim, é natural que dúvidas surjam quando da resolução de casos concretos. É neste momento que novamente o instituto da diligência ganha relevo. Embora o art. 24 silencie sobre a realização de diligência, o art. 7º do Decreto 7.581/11 dispõe, nos §§1º e 2º:

Art. 7º São competências da comissão de licitação:

[...]

§ 1º É facultado à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, promover as diligências que entender necessárias.

§ 2º É facultado à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, **desde que não seja alterada a substância da proposta**, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.¹⁷⁶

Marçal Justen Filho entende ilegal a previsão:

esse tema não consta expressamente da Lei do RDC. Evidentemente não teria cabimento que um decreto instituisse uma competência tão relevante e especial. O saneamento de defeitos da proposta é uma das matérias mais complexas e discutíveis em qualquer licitação.¹⁷⁷

Divergimos do renomado administrativista. Entendemos que as prescrições do Decreto 7.581/11 não contrariam a Lei 12.462/11. Ao revés, a diligência será o recurso necessário a implementar o saneamento do vício de que trata o art. 24 da Lei 12.462/11. Nesse sentido, entendemos que a abrangência do instituto da diligência terá os mesmos limites daqueles explanados quando da análise do Inciso IV, do art. 12, da Lei 11.079/04. Grosso modo, permitir-se-á a ampla possibilidade de correção de documentos declaratórios e, relativamente aos documentos de natureza constitutiva, os defeitos serão sanáveis, caso sua correção não conduza à alteração do conteúdo substancial da proposta como o preço, o prazo de execução etc..

Acerca do encerramento do procedimento licitatório, o RDC traz previsão importante no Inciso I, do art. 28:

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p.586.

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:
I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;
II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;
III - revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou
IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.¹⁷⁸

Primeiro, prevê-se no Inciso I novamente a possibilidade de saneamento de irregularidade sanáveis, tudo a indicar o objetivo de levar a cabo a licitação. Segundo, o Inciso II, prevê a possibilidade de anular-se em parte o processo. Novamente, realça-se a eficiência na contratação e o abrandamento do formalismo no ordenamento jurídico relativo a licitações públicas.

3 CONCLUSÃO PARCIAL (PARTE I)

Da análise da legislação relativa às licitações públicas desde o Código de Contabilidade da União de 1922 até os dias de hoje extrai-se dois modelos legislativos divergentes relativamente ao formalismo legal.

Entre os anos de 1922 e 1993, sucedem-se previsões normativas cada vez mais formalistas. Esta afirmação se extrai da análise da própria técnica legislativa subjacente às leis, cada vez mais detalhadas e casuísticas. Idêntica conclusão se chega ao observarmos a evolução do tratamento destacado aos requisitos de habilitação/qualificação. No Código de Contabilidade da União de 1922 sequer se especificavam os atributos que os interessados deveriam comprovar para acudir à disputa (aludindo tão-somente à comprova de “idoneidade” – art. 741). No Decreto-Lei Federal nº 200/1967 já se especificavam estes atributos, a saber: personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira (art. 131). Já no Decreto-Lei Federal nº 2.300/1986, bem como na própria Lei 8.666/1993, além de se especificar estes atributos (agregando a regularidade fiscal desde o Decreto-Lei Federal nº 2.300/1986), inclusive se detalham quais documentos deverão ser exigidos para a comprovação de cada um.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

O mesmo se infere analisando as previsões normativas sobre diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos. No Código de Contabilidade da União de 1922 e no Decreto-Lei Federal nº 200/1967 não continham dispositivos facultando a correção de inconformidades entre documentos de habilitação/proposta e exigência do Edital. O instituto da diligência seria ineditamente previsto em âmbito federal pelo art. 35 do Decreto-Lei Federal nº 2.300/1986 e mantido no ordenamento pelo §3º do art. 43 da Lei 8.666/93.

A premissa subjacente do legislador no período é que legislações mais detalhadas, minuciosas, casuísticas etc., reduziriam a discricionariedade dos agentes públicos, minimizando a corrupção nas compras governamentais. Daí concluir-se que, entre 1922 e 1993, o modelo de licitações públicas no Brasil apresenta um formalismo legal crescente.

Todavia, a partir de 1993 esta tendência se inverte. Observa-se que o formalismo que permeava o modelo legal de licitações públicas até então existente era incompatível com a necessidade de uma Administração Pública mais eficiente, mais célere etc. Aliás, a própria a técnica legislativa no Estado Constitucional será diversa.¹⁷⁹

Relativamente às licitações públicas, diversas previsões irão abrandar o formalismo do ordenamento vigente. Nesse sentido, exemplificativamente, no Pregão/PPP/RDC a regra será a inversão das fases do procedimento até então assentadas no ordenamento. No que se refere aos requisitos de habilitação/qualificação, permite-se a dispensa de requisitos tidos por obrigatórios no modelo da Lei 8.666/93. Na PPP o abrandamento do formalismo legal também é manifesto, sobretudo na qualificação econômico-financeira. A Lei 11.079/2004 altera o próprio art. 56, §1º ampliando o leque de opções para o cumprimento da exigência de garantia. No RDC, o exemplo mais claro de diminuição do formalismo relativo aos requisitos de habilitação é o Inciso IV, do art. 14 da Lei 12.462/11, ao facultar que os documentos relativos à regularidade fiscal possam ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.14. [...] passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica aberta. No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta).

A diminuição do formalismo legal também se refletirá nas previsões normativas sobre diligência e/ou de fase de saneamento no julgamento da documentação dos candidatos. No Pregão, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro de licitações públicas se admite o saneamento de irregularidade na documentação originalmente apresentada pelos licitantes (Inciso XIII, do art. 11: do Decreto 3.555/2000 e § 3º do art. 26 do Decreto nº 5.450/2000). Já na PPP, facultou-se a possibilidade de inclusive previr-se uma fase de saneamento de inconformidades nos documentos/propostas (Inciso IV do art. 12 da Lei nº 11.079/04). A mesma linha de orientação é seguida pelo RDC, no qual prevê-se que somente “vícios insanáveis” nos documentos/propostas levarão à desclassificação do candidato.

É dizer, desde o Pregão rompe-se com modelo altamente procedimentalizado, rígido e uniforme cujo ápice deu-se com a Lei 8.666/93. De lá pra cá, o ordenamento jurídico de licitações públicas no Brasil apresenta um formalismo legal decrescente.

PARTE II – “FORMALISMO HERMENÊUTICO” E A INTERVENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

1 INTRODUÇÃO

Intrincado com o formalismo das leis relativas às licitações públicas há o fenômeno do formalismo na aplicação destas durante o processo licitatório. Ainda que não pareça ter sido a intenção do legislador, a aplicação das leis relativamente às licitações públicas se tornou excessivamente formalistas ao longo do tempo.

Tornou-se corrente em licitações públicas de diferentes órgãos da Administração Pública dos entes federativos previsões editalícias do tipo: “serão inabilitados/desclassificados os candidatos cujos documentos de habilitação/proposta desatenderem exigências do edital.” Não é demais notar que as licitações públicas se transformaram em “gincanas”¹⁸⁰ ou em verdadeiras “corrida de obstáculos”¹⁸¹, onde vence não o titular da melhor oferta, mas o mais perito em licitações públicas.

Este fenômeno cujo ápice ocorreu nos anos que sucederam a Lei 8.666/93. Este fenômeno foi argutamente cunhado por Marçal Justen Filho como “formalismo hermenêutico”:

Passou-se a identificar, então, o fenômeno do formalismo hermenêutico, ao lado do que seria o formalismo legislativo. A expressão “formalismo hermenêutico” indica concepção norteadora do processo de aplicação do Direito, caracterizada pela prevalência de uma concepção formalista. Nesse caso, não se trata propriamente do fenômeno do formalismo legislativo acerca da forma. Existe a postura do intérprete, favorável à prevalência do formalismo. Portanto, o formalismo acaba por prevalecer não porque a lei o tenha assim determinado, mas como decorrência das concepções adotadas pelo agente encarregado de produzir a solução para o caso concreto.¹⁸²

Diversos fatores são apontados pela doutrina como fatores pré-disponentes a este fenômeno. O ambiente político verificado no Congresso Nacional e a eclosão de uma série de escândalos envolvendo o Governo que redundaram no processo de

¹⁸⁰ A expressão é do advogado e professor Marçal Justen Filho.

¹⁸¹ A expressão é da desembargadora e professora Maria Isabel de Azevedo Souza.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 94, p. 996-1024, dez. 2001. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf58.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

impedimento do Ex-Presidente da República Fernando Collor de Melo criaram uma espécie de “caça as bruxas”.¹⁸³ Conforme anotado por André Rosilho,

[...] fica nítido, portanto, que o sistema de contratações públicas, mais que nunca, passa a ser ‘corruptocêntrico’, deslocando o foco das sanções do contratado para os agentes públicos. Neste momento, a meu ver, a Lei 8.666/93 assume explicitamente sua intenção de ‘sufocar’ o administrador público.¹⁸⁴

Em igual linha de orientação Ciro Campos Christo Fernandes ao referir que

O texto da Lei 8.666/93 não promoveu grandes alterações estruturais comparativamente à Decreto-Lei 2.300/86. As inovações apenas introduziram detalhamentos julgados necessários para ‘fechar brechas’ imputadas ao texto, dificultando o ‘dirigismo’ dos editais.¹⁸⁵

As mazelas deste fenômeno são por todos conhecidos. Não raro se têm licitações absolutamente descompromissadas com o fim último do instituto, qual seja selecionar o objeto da forma mais vantajosa à Administração. Nesse sentido, também, a interessante reflexão de Alexandre Ribeiro Motta:

[...] uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro, chega a conclusão semelhante, ainda que por outras razões: “[...] partindo-se da combinação entre uma legislação conceitualmente pobre, uma elevada preocupação com a corrupção, um sistema jurídico excessivamente burocrático e interpretações restritivas, chega-se à formação de uma cultura de compras públicas muito aferrada aos ritos e pouco comprometida com os resultados [...]”.¹⁸⁶

Daí a razão para analisarmos criticamente o “formalismo hermenêutico” no processamento das licitações públicas à luz da jurisprudência. Referida análise

¹⁸³ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.94.

¹⁸⁴ ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.94.

¹⁸⁵ “O texto da Lei 8.666/93 não promoveu grandes alterações estruturais comparativamente à Decreto-Lei 2.300/86. As inovações apenas introduziram detalhamentos julgados necessários para ‘fechar brechas’ imputadas ao texto, dificultando o ‘dirigismo’ dos editais.” (FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de Compras e Contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal**. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, 2010).

¹⁸⁶ MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro**. Campinas, 2010. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 2010. p. 115.

centrará luza nas decisões do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁸⁷ e de Tribunais Judiciais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸⁸ sobre o tema.

¹⁸⁷ A análise se restringirá ao TCU por duas razões básicas, a saber: primeiro, porque também optou-se por fazer um corte na legislação federal sobre o tema; segundo, pela qualidade e quantidade de decisões deste órgão de controle comparativamente aos demais.

¹⁸⁸ A análise priorizará o STJ, pois este tribunal tem competência constitucional para harmonizar a interpretação de leis federais.

2 “FORMALISMO HERMENÊUTICO” E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

2.1 INTRODUÇÃO

O controle dos atos da Administração Pública está previsto nos arts. 70 e seguintes da CF/88, relativamente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Nesse sentido, os atos dos processos licitatórios sofrem controle sob os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, oportunidade, finalidade e eficiência.

Em que pese excessos dos tribunais de contas que por vezes mais parecem querer substituir os administradores, é elogiável que referido controle não fique adstrito a aspectos formais do procedimento licitatório.

A CF/88 confiou ao controle externo exercido pelos tribunais de contas relevo tal que, por força do § 1º do art. 74 da CF/88, pode-se responsabilizar o agente público por omissão acerca de irregularidades, respondendo solidariamente com aquele que praticou o ato ilegal pelos prejuízos ao erário.¹⁸⁹ Em razão disso, não é difícil imaginar a grande relevância que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União relativamente ao formalismo nas licitações públicas exerce no dia-a-dia dos agentes públicos envolvidos na condução dos certames.

A Lei n.º 8.666/93 aborda o controle externo das licitações no seu art.113, elencando como critérios do referido controle a legalidade, a regularidade da despesa e sua execução, bem como o combate às irregularidades na aplicação do estatuto. Referido controle pode ser exercido por meio do regular exercício da função fiscalizadora atribuída ao Tribunal de Contas ou de provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, os quais poderão representar ou denunciar irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93. O controle externo exercida pelo Tribunal de Contas também pode decorrer da análise prévia de editais, o qual poderá “solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado”.

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-0460-03/13-2**, julgado em 19/2/2013, pela 2ª Câmara do TCU (“(...) o fato de o processo licitatório ter sido elaborado pelo setor de licitações não exime a comissão de licitação de sua responsabilidade de analisar as propostas de acordo com os itens do edital, selecionando a proposta mais vantajosa para a administração, nos termos do art. 51, da Lei 8.666/93, pois, conforme inciso XVI do art. 6º da Lei 8.666/93, a comissão de licitação tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.(...)”

2.2 DECISÕES DO TCU QUE MITIGAM O EXCESSO DE “FORMALISMO HERMENÊUTICO”

2.2.1 Conteúdo Substancial

O Egrégio Tribunal de Contas da União tem inúmeras decisões privilegiando a mitigação do excesso de “formalismo hermenêutico” na apreciação dos documentos/propostas.

Já em 1995, no Processo TC-006.029/95-7, o TCU proferiu o Acórdão nº 472/95, Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi. Controvertia-se ato de Comissão de Licitação que inabilitou do certame candidato pelo fato de haver apresentado certidões de tributos referentes a estabelecimento comercial distinto daquele exigido. O TCU revisou a decisão dos agentes públicos, tendo o Relator, Ministor Adhemar Paladini Ghisi assentado:

Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração ou aos licitantes.¹⁹⁰

Quer dizer, o TCU demonstrava que um dos critérios para se flexibilizar o rigorismo dos julgamentos seria a fase do procedimento: se fase de habilitação ou se fase de propostas.

Em 1999, no Processo TC-004.809/1999-8, Acórdão nº 695/1999, Relator Min. Marcos Vilaça, o TCU relevou outra inconformidade, qual seja, não apresentação de cópia xerográfica de procuração, conforme previsto no instrumento convocatório. Tratava-se de Tomada de Preços realizada pelo TRF/3 para a aquisição de equipamentos de radiocomunicação. A Comissão de Licitação desclassificou o Representante, candidato da proposta de menor preço, justamente pela ausência de cópia autenticada em cartório da procuração.

O Ministro Marcos Vilaça registrou com veemência sua contrariedade: “O formalismo exagerado da Comissão de Licitação configura uma violação a princípio

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-006.029/95-7. Acórdão nº 472/95.** Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi, julgado em 13/09/1995, publicado em 02/10/1995. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERADO_TC-19512.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

básico das licitações, que se destinam a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.”¹⁹¹ E acrescentou em voto famoso:

14. Examinei a procuração impugnada. Nada mais era do que um mandato do Sr. Wagner Fernandes, sócio-diretor da Tectel Ltda., que inclusive é o autor da presente Representação, ao Sr. Paulo Roberto Barbosa Silva, para que ele representasse a empresa na Tomada de Preços nº 017/98 do TRF/3ª Região. Apresentava data recente, era específica para aquela tomada de preços e não continha nenhuma indicação de falsidade. O fato de não ser autenticada deveria ter sido sanado pela Comissão de Licitação. [...]

15. A comissão poderia ter solicitado ao Sr. Paulo Roberto a apresentação da cópia autenticada e estaria esclarecida a situação. E não se alegue que se está cogitando a inclusão de documento. Tratava-se de substituir uma cópia não-autenticada por uma autenticada, nada mais.

15. A comissão poderia ter solicitado ao Sr. Paulo Roberto a apresentação da cópia autenticada e estaria esclarecida a situação. E não se alegue que se está cogitando a inclusão de documento. Tratava-se de substituir uma cópia não-autenticada por uma autenticada, nada mais.

16. Imagine-se que o Sr. Paulo Roberto Barbosa Silva tivesse juntado o próprio original da procuração, em vez de uma cópia autenticada, conforme estipulava o edital. Se a Comissão adotasse o mesmo rigor, também teria desclassificado a empresa. Ou, ainda, suponha-se que a empresa apresentasse cópia autenticada da procuração como exigia o edital, mas partes dessa cópia estivessem ilegíveis. Pode-se inferir que, nesse caso, a comissão aceitaria o documento, embora imprestável.

17. Uso esses exemplos para ilustrar os possíveis desdobramentos de uma situação absolutamente banal que ferem o princípio da razoabilidade.

18. O ex-Ministro Extraordinário da Desburocratização, Hélio Beltrão, costumava dizer que a burocracia nasce e se alimenta da desconfiança no cidadão, na crença de que suas declarações são sempre falsas e que válidas são as certidões, de preferência expedidas por cartórios, com os importantíssimos carimbos e os agora insubstituíveis “selos holográficos de autenticidade”, sem os quais nada é verdadeiro.

19. **O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece-se o interesse público e passa-se a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer.**¹⁹²

Em 2010 o TCU voltaria a manifestar-se o sentido de mitigar o rigorismo e o excesso de formalismo na análise de documentos/propostas em licitações públicas

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-004.809/1999-8. Acórdão nº 695/1999.** Relator Min. Marcos Vileça, julgado em 06/10/1999, publicado em 08/11/1999. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC06954499P.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo 004.809/1999-8. Acórdão nº 695/1999.** Relator Min. Marcos Vileça, julgado em 06/10/1999, publicado em 08/11/1999. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC06954499P.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

no Processo TC-029.610/2009-1, Acórdão nº 352/2010-Plenário, Relator Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa.. Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência Internacional nº 004/2009, promovida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à contratação de serviços de fornecimento de oito Veículos Leves Sobre Trilhos – VLTs, em Maceió. Os dois participantes do certame (um consórcio e uma empresa) foram habilitados. Porém, o consórcio representou ao órgão de controle por entender que a empresa teria descumprido a exigência editalícia quanto ao registro ou inscrição no CREA/CE, pois a apresentada “continha informações desatualizadas da licitante, no que concerne ao capital e ao objeto social”, o que supostamente a tornaria inválida.

Para o Representante (consórcio), o procedimento adotado teria violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois a comissão de licitação habilitara proponente que “apresentou documento técnico em desacordo com as normas reguladoras da profissão, sendo, portanto, inválido, não tendo o condão de produzir qualquer efeito no mundo jurídico”.¹⁹³

O TCU julgou improcedente a Representação, referendando o ato administrativo questionado, sob o fundamento de que a certidão do CREA “não tem o fito de comprovação de capital social ou do objeto da empresa licitante, o que é realizado mediante a apresentação do contrato social devidamente registrado na Junta Comercial”. Ponderou o relator que seria de rigor excessivo desconsiderar o efetivo registro da empresa no CREA/CE, entidade profissional competente, nos termos exigidos no edital e no art. 30, I, da Lei n.º 8.666/93, até porque tais modificações “evidenciam incremento positivo na situação da empresa”. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de considerar a representação improcedente.¹⁹⁴

2.2.2 Decisões do TCU que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à utilização do instituto da diligência

¹⁹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo TC-029.610/2009-1. Acórdão nº 352/2010.** Plenário. Relator Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 03/032010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo TC-029.610/2009-1. Acórdão nº 352/2010.** Plenário. Relator Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 03/032010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

Mais recentemente, inclusive se observa o estímulo à utilização da diligência prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93 sempre que possível para sanar inconformidades nos documentos/propostas dos licitantes, permitindo uma maior flexibilidade na apreciação da documentação dos candidatos.

A título de exemplo, dentre outros, o Acórdão nº 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, julgado em 03.08.2011. O TCU apurou a inabilitação de uma empresa em uma licitação por não ter acrescido à declaração exigida pelo inciso V do artigo 27 da Lei 8.666/1993 a expressão “exceto na condição de menor aprendiz”. Ao examinar o assunto, a unidade técnica considerou que a inabilitação, pela razão apontada, denotaria excesso de rigor formal, pois a declaração da empresa eliminada afirmava não haver menores trabalhando em seus quadros.

Assim, a unidade responsável pelo processo ponderou:

[...] a partir dessa declaração, o gestor público somente poderia concluir pela inexistência de menores aprendizes. Afinal, menores aprendizes são menores. E como havia sido informada a inexistência de menores trabalhando, não era razoável se depreender que a empresa empregasse menores aprendizes.¹⁹⁵

Em complemento, referiu que, no máximo, deveria a Comissão Julgadora ou a Autoridade Superior “promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes”, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, determinou aplicação de multa aos gestores, o que foi aprovado pelo Plenário.¹⁹⁶

Novamente destacando a importância da diligência para transpor o excesso de formalismo dos processos licitatórios, cite-se que o TCU proferiu Acórdão 3381/2013-Plenário, TC 016.462/2013-0, tendo como relator Ministro Valmir Campelo, julgado em 4.12.2013. Representação relativa a pregão eletrônico para registro de preços, conduzido pela Universidade Federal Fluminense (UFF), destinado à aquisição parcelada de equipamentos de informática apontara a desclassificação indevida de diversas licitantes em razão da ausência, em suas propostas, de informações sobre a marca/modelo, a garantia ou o prazo de entrega

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-008.284/2005-9. Acórdão nº 2003/2011**. Relator Min. Augusto Nardes, julgado em 03/08/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹⁹⁶ Ibidem.

dos equipamentos ofertados. O relator anotou que tal procedimento, “de excessivo formalismo e rigor”, foi determinante para a adjudicação de alguns itens por valores acima do preço de referência. Acrescentou que, apesar de o edital exigir do licitante o preenchimento adequado do campo “descrição detalhada do objeto ofertado”, sob pena de desclassificação, e de o art. 41 da Lei 8.666/93 fixar que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital”, não poderia o gestor interpretar tais dispositivos “de maneira tão estreita”. Nesse sentido, destacou que:

[...] as citadas disposições devem ser entendidas como prerrogativas do poder público, que deverão ser exercidas mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles, o da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.¹⁹⁷

Consignou o relator que, no caso concreto, caberia ao pregoeiro:

[...] encaminhar diligência às licitantes (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), a fim de suprir as lacunas quanto às informações dos equipamentos ofertados, medida simples que poderia ter oportunizado a obtenção de proposta mais vantajosa.¹⁹⁸

Em 2011, no Acórdão nº 1924/2011-Plenário, TC-000.312/2011-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, novamente o TCU confirmou esta linha de orientação relativamente à utilização da diligência. Tratava de licitação, na modalidade pregão eletrônico, promovido pela Companhia Energética de Alagoas - (CEAL) para a contratação de empresa especializada em *Call Center*. A Representação ao TCU foi formulada por candidato inabilitado em razão de não ter supostamente apresentado atestado ou certidão de capacidade operacional, comprovando o desempenho de serviços similares em características e quantidades ao objeto licitado. A CEAL inabilitou sumariamente o licitante por entender que o atestado técnico apresentado não comprovava quantidades de serviços similares ao objeto licitado.

O TCU censurou a posição restritiva do órgão licitante. Segundo o relator, mesmo admitindo “que fosse necessária a comprovação da operação simultânea dos 315 PA em uma única instalação física para a aferição da capacidade técnica, não é possível afirmar que isso não ocorreu a partir do que está escrito no atestado

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-016.462/2013-0. Acórdão nº 3381/2013**. Relator Min. Valmir Campelo, julgado em 04/12/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹⁹⁸ Ibidem.

em questão”¹⁹⁹. Nesse ponto haveria, destarte, inferência por parte da CEAL baseada em interpretação restritiva do texto do atestado.

Destacou o relator que “se havia dúvidas a respeito do conteúdo do atestado, caberia ao gestor, zeloso, recorrer ao permissivo contido no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 e efetuar diligência à [...] para esclarecê-las, providência que não foi tomada.” Indevida, portanto, na forma de ver do relator, a inabilitação da empresa, o que levou-o a votar por que se determinasse à CEAL que adotasse as providências necessárias no sentido de tornar nulos os atos administrativos que inabilitaram e desclassificaram a proposta da empresa, o que foi aprovado pelo Plenário. Plenário.²⁰⁰

Em 2013, o TCU novamente se manifestaria em igual sentido no Acórdão 1170/2013-Plenário, TC 007.501/2013-7, Relatora Ministra Ana Arraes. Tratava de licitação, na modalidade pregão eletrônico, realizado pela Diretoria do Pessoal Civil da Marinha (DPCvM) para aquisição de equipamentos de microfilmagem. Um candidato veiculou Representação ao TCU alegando que a “ausência de apresentação, pela vencedora do certame, da descrição completa do objeto ofertado, ante a omissão do modelo do equipamento” deveria ensejar a exclusão do vencedor do certame, forte na vinculação ao instrumento convocatório. Segundo a representante, “com a omissão do modelo [...], a equipe técnica da DPCvM não teria condições de saber se o equipamento ofertado preenchia os requisitos e exigências mínimas do termo de referência do Pregão 4/2012”. Argumentou ainda que a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 não se mostrava cabível em algumas situações, “[...] ante o elevado número de informações faltantes nas propostas [...], comprometendo a análise acerca do produto ofertado e do atendimento às condições exigidas no edital”.²⁰¹

A relatora mencionou que a jurisprudência do TCU é clara em condenar a desclassificação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações. Nesse

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo TC-000.312/2011-8. Acórdão nº 1924/2011. Relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 27/07/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo TC-000.312/2011-8. Acórdão nº 1924/2011. Relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 27/07/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

sentido assentou a juridicidade da diligência feita pela Comissão de Licitação, na medida em que:

[...] comprovaram que o equipamento entregue pela empresa Scansystem Ltda. atendeu as especificações técnicas previstas no termo de referência [...]. Acrescentou que “não há qualquer ilegalidade na diligência realizada pela pregoeira para esclarecer o modelo de equipamento ofertado pela Scansystem Ltda. Por um lado, porque a licitante apresentou sua proposta com as informações requeridas no edital [...], e, por outro, porque o ato da pregoeira objetivou complementar a instrução do processo, e não coletar informação que ali deveria constar originalmente.”²⁰²

Concluiu, por fim, que não houve prejuízo à competitividade decorrente da ausência de registro do modelo cotado pela vencedora do certame:

Cada licitante concorre com seu próprio equipamento e fornece os lances que considera justos para a venda de seu produto. O conhecimento do produto do concorrente possibilita o controle da verificação do atendimento das condições editalícias, fato que se tornou possível com a diligência realizada pela pregoeira.²⁰³

Acompanhando o voto da relatora, o Plenário julgou a representação improcedente. Concluiu o TCU, portanto, ser indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações.²⁰⁴

Também em 2013, o TCU se pronunciaria na mesma linha de orientação no Acórdão 2459/2013-Plenário, TC 021.364/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro. Tratava de licitação, na modalidade pregão eletrônico, promovida pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a contratação de empresa para o desenvolvimento de soluções de TI. Um candidato veiculou representação a o TCU sustentando que teria havido “rigor excessivo no julgamento dos documentos”, além de “violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo”, uma vez que, “apesar de terem sido apresentados os atestados de qualificação técnica exigidos no edital”, a pregoeira requisitara cópias

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo TC-007.501/2013-7. Acórdão nº 1170/2013. Relatora Min. Ana Arraes, julgado em 15/05/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

dos respectivos contratos para validação dos atestados, o que não estava previsto no instrumento editalício.²⁰⁵

O relator, Ministro José Múcio Monteiro, anotou que

[...] a teor do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, é facultada à autoridade julgadora, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. À luz desse comando legal, **que não menciona que a diligência em questão teria de estar prevista em edital**, não há que se falar em extrapolação das regras do certame e, conseqüentemente, em violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.²⁰⁶

Ressaltou ainda a razoabilidade do procedimento adotado pela Caixa, a qual, “diante da concisão dos termos em que são redigidos os atestados”, buscou uma descrição técnica mais detalhada dos serviços indicados nos documentos apresentados, “com vistas à comprovação de que os trabalhos anteriormente executados pela licitante eram, de fato, compatíveis com os que pretende contratar”. O Tribunal, acolhendo a proposta do relator, indeferiu a medida cautelar pleiteada e considerou improcedente a representação.²⁰⁷

2.2.3 Decisões do TCU que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à análise da proposta

Outra linha de decisões que expõe com clareza a posição do TCU no sentido de coibir excessivo de rigor nos processos licitatórios são aquelas que têm como matéria de fundo a avaliação da proposta dos candidatos.

Em 2009, o TCU mitigaria o excesso de formalismo na análise de planilhas que integram a proposta de preço de licitantes no Acórdão nº 4621/2009 – TCU – 2ª Câmara, Processo nº TC 008.596/2008-0. Tratava de licitação, na modalidade pregão, promovido pela Companhia Energética de Alagoas (CEAL) com o objetivo de contratar serviços de vigilância armada. Um licitante veiculou representação ao TCU, alegando que, a par de ter apresentado a proposta de menor preço, a mesma foi desclassificada pelo só fato de sua planilha não discriminar recursos suficientes

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Representação TC 021.364/2013-3. Acórdão nº 2459/2013**. Relator Min. José Múcio Monteiro, julgado em 11/09/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

para o encargo trabalhista relativo à alimentação dos trabalhadores, conforme exigia a Cláusula Décima Primeira da Convenção Coletiva da Categoria.²⁰⁸ Referiu o representante que a citada cláusula faculta ao empregador conceder o intervalo intrajornada, destinado ao repouso e alimentação, ou optar pelo pagamento da penalidade na forma de indenização em dinheiro ou ‘ticket’ alimentação, tendo ela feito a opção pela concessão do referido intervalo. Assim, teria restado consignado na respectiva planilha os custos oriundos dessa concessão, concernentes à utilização de mão-de-obra denominada de “rendeiro”, ou seja, pessoal que a empresa disponibiliza para o cumprimento das horas de intervalo. Essa prática segundo a empresa, seria comum para contratos de trabalho da espécie e referendada pelo sindicato da categoria. Ademais, se a CEAL entendesse de modo diverso, bastaria intimá-lo para escoimar suposta inconformidade.²⁰⁹

O TCU julgou procedente a representação para revisar o ato administrativo impugnado. Nesse sentido, transcreve-se excerto do lapidar voto do Ministro Relator:

[...] Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes.

Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o percentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a

²⁰⁸ Caso não haja concessão de intervalo para repouso e alimentação ou a concessão seja parcial, o empregador ficará obrigado a indenizar em dinheiro ou ticket alimentação, o período de 01 (uma) hora ou fração desta com acréscimo de 60% (sessenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2ª Câmara. **Processo TC-008.596/2008-0. Acórdão nº 4621/2009.** Relator Min. Benjamin Zymler, publicado em 01/09/2009. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC06954499P.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

Administração é o preço global contratado. Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo fêrias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. Segundo, porque **o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.**

Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico.²¹⁰

Em 2011, o TCU novamente manifestou-se contrário ao excesso de rigor formal no Processo TC-025.560/20115, Acórdão nº 2767/2011, relatado pelo Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa. Tratava de licitação, na modalidade concorrência, realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT) para contratação das obras de construção da ponte sobre o Canal das Laranjeiras, na Rodovia BR-101/SC. O candidato titular da proposta de menor preço foi desclassificado, veiculando representação à corte de contas. Alegou que, apesar de ter apresentado proposta de menor preço, fora desclassificada por ter orçado um único item²¹¹ em valor superior do limite estabelecido pelo DNIT, o qual correspondia a inexpressivos 0,01% do orçamento base da licitação. Esta simples inobservância teria contrariado o item 17.1 do Edital, o qual previa que as propostas que apresentassem valores unitários e/ou global superiores ao limite estabelecido no orçamento estimativo do serviço deveriam ser desclassificadas.

Para o relator, a exigência estaria em consonância com a jurisprudência do Tribunal, “que tem considerado necessária a fixação de critérios de aceitabilidade de preços unitários e a previsão da desclassificação de licitantes que ofertarem valores acima do limite estabelecido, com vistas a evitar a prática do chamado ‘jogo de planilha’”. Todavia, não obstante a previsão do edital – de desclassificar a proposta que apresentasse preços unitários superiores aos limites estabelecidos – estivesse na linha da jurisprudência do Tribunal, “essa cláusula deve ser interpretada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em conjunto com os outros dispositivos do instrumento convocatório e com a Lei n. 8.666/1993”. A

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2ª Câmara. **Processo TC-008.596/2008-0. Acórdão nº 4621/2009.** Relator Min. Benjamin Zymler, publicado em 01/09/2009. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC06954499P.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

²¹¹ Lâmpada de Multivapor Metálico elipsoidal, base E-40, potência de 400W, com fluxo luminoso entre 31.000 e 35.000 lumens, IRC de 69 a 100%, temperatura de Cor entre 4.300 e 5.900 K e vida útil de 15.000 horas.

desclassificação da proposta, então, não deveria ter sido automática, especialmente porque, ainda conforme o relator do processo, o próprio edital do certame previa a possibilidade de a comissão de licitação adotar medidas para corrigir o preço do item ofertado acima do limite estabelecido pela autarquia como o critério de aceitabilidade das propostas, devendo a empresa ser desclassificada caso se recusasse a aceitar as correções em diligência.

O TCU concluiu, portanto, ser indevida a desclassificação, fundada em interpretação extremamente restritiva do edital, de proposta mais vantajosa para a Administração, que contém um único item, correspondente a uma pequena parcela do objeto licitado, com valor acima do limite estabelecido pela entidade.²¹²

Porém, talvez nenhuma decisão do TCU sobre o tema tenha sido tão contundente quanto a proferida no Acórdão nº 1758/2003, Relator Des. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 19/11/2003. Nesta ocasião, tratando de Pregão, o TCU assentou a regularidade do ato de Pregoeira que, lançando mão do Inciso XIII, do art.11, do Decreto nº 3.555/2000, permitira, durante a sessão de julgamento, a juntada de *Certidão Negativa da Dívida Ativa da União* não apresentada originalmente pelo licitante:

[...] 2.1. Na análise dos documentos de habilitação da empresa SANTOS e SOSTER Ltda foi constatada a ausência do documento '*Certidão Negativa da Dívida Ativa da União*', ocasião em que a pregoeira oficial da ELETRONORTE, no uso de suas atribuições e conforme item 9.10 do Edital e art.11, inciso XIII do Decreto nº 3.555, de 08/08/2000, **Agravanteizou a inclusão do referido documento no ato da sessão pública, mediante a extração pela Internet (fl. 02).**

[...] VOTO [...]

Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.

No presente caso, não se afigura que o ato impugnado tenha configurado tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Ao contrário, entendo que foi dado fiel cumprimento ao citado art. 4º, parágrafo único, do Decreto 3.555/2000, no sentido de que "as normas

²¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-025.560/20115. Acórdão nº 2767/2011.** Relator Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 19/10/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, a finalidade e a segurança da contratação”.

Não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame empresa que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa e logrou comprovar, na sessão, a aptidão para ser contratada.

Assiste, portanto, razão à unidade técnica ao considerar regular a inclusão de documentos no processo licitatório, no ato da sessão, conforme autorizado pela pregoeira, no exercício de suas regulares atribuições, tratadas nos incisos XIII e XIV, do art. 11, do Decreto 3.555/2000.

Por essas razões, acolho os pareceres e voto por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.²¹³

Note-se a relevância desta decisão. O TCU referendou a juntada de documento que o candidato simplesmente esquecerá. Parecer emergir da decisão o raciocínio segundo o qual, se à época da sessão o candidato já estava regular perante o Fisco, a posterior juntada da certidão negativa não violou a igualdade material entre os candidatos.

2.3 DECISÕES DO TCU FORMALISTAS

2.3.1 Conteúdo Substancial

Todavia, o TCU também tem inúmeras decisões prestigiando o rigor e o formalismo na apreciação de documentos/propostas, conforme dão conta as seguintes ementas:

Observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos 3º e 54, § 1º, da Lei 8.666/1993, abstendo-se de prever nas minutas de contratos regras distintas das fixadas no edital.²¹⁴

Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993.²¹⁵

²¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1758/2003**. Relator Des. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 19/11/2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-004.709/2005-3. Acórdão nº 668/2005**. Relator Min. Augusto Sherman, julgado em 25/05/2005. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-001.094/2004-4. Acórdão nº 483/2005**. Relator Min. Augusto Sherman, julgado em 22/03/2005. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Atente para a necessária observância de princípios fundamentais da licitação, em especial da igualdade e impessoalidade, a fim de garantir, também, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, e impedir a desclassificação de empresas que atendam às exigências contidas no Edital de Licitação relativas à especificação do objeto licitado, com conseqüente violação do comando contido no inciso IV do art. 43 dessa mesma Lei [...].²¹⁶

Todavia, nenhum precedente do TCU seja tão formalista quanto o veiculado na Decisão 178/96 – Plenário – Ata 14/96 Processo nº TC 010.355/95. Trava de licitação que exigia dos candidatos a apresentação de documentos de habilitação/proposta em duas vias. Um candidato apresentou somente uma via, sendo excluído da disputa. Então veiculou representação à corte de contas, alegando “excesso de rigorismo formal”, alegando que o órgão licitante poderia sanar a “mera irregularidade” facilmente.²¹⁷

Porém, o TCU referendou o ato administrativo controvertido. Nesse sentido, excerto do voto do Ministro Relator:

As impropriedades detectadas nos itens 5 e 6 do parecer de fls. 188/191, sugerem o conhecimento parcial da presente Representação, levando em conta que as falhas são de caráter formal. **Entendo, também, como a 1ª SECEX que os motivos para a inabilitação da Construtora MARJAN Ltda. Estão em conformidade com a Lei nº 8.666/93, uma vez que a Empresa não apresentou a documentação solicitada em duas vias, descumprindo o item 4.1.2. do Edital, em infringência ao art. 41 que reza: “Art. 41 – A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.** Assim, ante o que consta dos autos, acolho o parecer do Órgão Técnico e proponho que o Tribunal adote a Decisão que submeto à deliberação desta E. 2ª Câmara.²¹⁸

Ora, a toda evidência exigir duas vias de cada documento tem como única finalidade facilitar os atos internos da Comissão de Licitação na apreciação da documentação, razão pelo qual parece-nos que a exclusão é excessivamente

²¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-001.094/2004-4. Acórdão nº 469/2005.** Relator Min. Augusto Sherman, julgado em 06/04/2005. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-010.355/95. Acórdão nº 178/96.** Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julgado em 16/10/1996. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERADO_TC-19512.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

²¹⁸ Ibidem.

rigorosa. Na hipótese, bastaria inclusive que a própria Comissão de Licitação procedesse à feitura de nova via do caderno de documentos, por exemplo.

2.3.2 Decisões do TCU formalistas relativamente à utilização do instituto da diligência

Também relativamente à utilização do instituto da diligência há decisões do TCU formalistas.

Em 2010, no Acórdão nº 491/2010, TC-024.031/2006-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, o TCU entendeu que a utilização da diligência pela Comissão de Licitação seria inclusão posterior de documento que deveria constar originariamente da proposta. Tratava de tomada de contas especial em face de supostas irregularidades em procedimentos licitatórios promovidos pelo Município de São Paulo. Controvertia-se a “desclassificação irregular da proposta mais vantajosa da empresa Philips Medical Systems Ltda., na aquisição de tomógrafos computadorizados no âmbito da Concorrência Internacional nº 3/2004”.

O argumento utilizado pela comissão de licitação para a desclassificação da empresa foi o de que ela descumpriu dois itens do edital, relativos ao computador associado ao equipamento de tomografia computadorizada: 1º) *‘memória RAM de no mínimo 1 GB para reconstrução de imagens com capacidade de expansão até 4 GB’*; e 2º) software para reconstrução em *‘Volume rendering’*. Isso porque, na proposta da empresa, não constava o segundo item e, quanto ao primeiro, constava apenas *‘Memória principal: 1 GB de memória RAM’*, sem qualquer menção à expansividade. Esta decisão foi controvertida pelo candidato excluído que, em recurso administrativo, anexou documento comprovando que o equipamento possuía a expansividade exigida no edital, além da afirmação de que o software para reconstrução em *‘Volume rendering’* já constava da proposta.²¹⁹

O TCU entendeu que a proposta fora corretamente desclassificada, tendo sido observados os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-024.031/2006-1. Acórdão nº 491/2010**. Relator Min. José Múcio Monteiro, julgado em 17/03/2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERADO_TC-19512.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

Considerando que, em relação ao quesito *‘Memória RAM do equipamento cotado’*, a certeza quanto ao atendimento das exigências editalícias só foi possível a partir de informação constante em documento complementar anexado ao recurso, manifestou-se não ser caso de diligência do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Segundo o TCU, para o deslinde da questão importava saber:

[...] se o documento entregue extemporaneamente pela empresa Philips à comissão de licitação, em sede de recurso, constituía-se em documento ou informação que deveria constar originalmente na proposta ou se se tratava de documento destinado a esclarecer ou a complementar a proposta da empresa. [...] o caso concreto em exame encontra-se no limite entre um e outro caso previstos no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.²²⁰

E decidiu o TCU pelo acerto do ato administrativo, sob a seguinte justificativa:

[...] não houve interpretação equivocada, absurda ou desarrazoada da lei, mas sim a adoção de uma de duas interpretações possíveis”, razão por que deveria o Tribunal “acolher as alegações de defesa de todos os responsáveis, julgando-se regulares as presentes contas”. Em seu voto, o relator anuiu à proposta do Parquet, no que foi acompanhado pelos demais ministros.²²¹

Significa dizer, não obstante fosse documento de natureza declaratória, destinado exclusivamente a fazer contra-prova da decisão da Comissão de Licitação, entendeu-se não ser caso de saneamento via diligência.

Em 2012, o TCU também se inclinaria contrário à utilização da diligência para mitigar o formalismo excessivo na condução dos certames no âmbito da Comunicação de Cautelar, TC 016.235/2012-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Tratava de licitação, modalidade pregão eletrônico, realizado pela Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebras) para contratação cadastramento de inventário físico e lógico de equipamentos da planta Telebras. A representante impugnou a habilitação da licitante declarada vencedora do certame por alegada falta de aderência de seus atestados às especificações do instrumento convocatório.²²² A unidade técnica anotou que nenhum dos dois atestados

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-024.031/2006-1. Acórdão nº 491/2010**. Relator Min. José Múcio Monteiro, julgado em 17/03/2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERADO_TC-19512.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

²²¹ Ibidem.

²²² a) “conhecimento de ambientes administrativos, tecnológicos e operacionais suportados, respectivamente, por Sistemas de Suporte a Negócios (BSS), Sistemas de Suporte a Operações

apresentados pela empresa declarada vencedora do certame atenderam a tais exigências. Observou ainda que a decisão de habilitar a citada empresa amparou-se em “*laudo*”, realizado via diligência pelos servidores da Telebrás, após visita às instalações da Fiberwork e verificação de que tal licitante celebrou contrato para executar contrato que tem por objeto desenvolvimento de software mais complexo que o da licitação sob exame. Todavia, o TCU entendeu pela ilegalidade da medida, determinando que o órgão contratante suspendesse a contratação.²²³

Novamente, tratar-se-ia de documento de natureza declaratória, cuja finalidade seria esclarecer o conteúdo sobre experiência já atestada por meio de documentos apresentado na licitação.

2.3.3 Decisões do TCU formalistas relativamente à análise da proposta

Igualmente se encontram decisões formalistas do TCU quando o tema é análise de planilhas integrantes da proposta dos candidatos.

Em 2010, no Acórdão nº 744/2010, TC-010.109/2009-9, rel. Min. Valmir Campelo, o TCU endossou ato de desclassificação de proposta em razão de preços unitários. Tratava de licitação, na modalidade pregão eletrônico, promovida pelo Banco do Nordeste do Brasil (BNB), que teve por objeto a contratação de serviços de manutenção predial em unidades do banco. Os responsáveis pela condução do certame foram chamados em oitava, para apresentar justificativas quanto à “desclassificação de 10 (dez) empresas, ofertantes dos menores preços, por motivos meramente formais, em desacordo com o princípio do julgamento objetivo das propostas, ao arripio do art. 3º da Lei nº 8.666/93”.

Todavia, o TCU decidiu que o BNB não procedeu ao arripio do edital nem se mostraram desarrazoados os critérios de julgamento observados pelo banco para a desclassificação das licitantes, pois “demonstrou com precisão que todas as propostas desclassificadas apresentaram alguma inconsistência no custo da mão de

(OSS)”; b) haver executado tais serviços “em, pelo menos, duas bases de dados de inventário físico e lógico de telecomunicações para empresas do setor”.

²²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Comunicação de Cautelar TC-016.235/2012-6**. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 27/6/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

obra, notadamente pela falta de cotação dos adicionais noturno, de insalubridade e de periculosidade.”²²⁴ E arrematou o relator:

[...] a falta de segurança por parte da administração em conhecer especificamente como se compõem os itens de custo, tais como os mencionados, compromete o julgamento objetivo para a natureza do objeto pretendido, que cuida essencialmente de prestação de serviços terceirizados.²²⁵

Acompanhando a manifestação do relator, deliberou a Primeira Câmara no sentido de considerar improcedente a representação.²²⁶ Significa dizer, o TCU desconsiderou que referidas inconformidades poderiam facilmente ser sanadas via diligência, por exemplo.

Outros dois casos no qual o TCU prestigiou decisões formalistas sobre o tema ocorreram no ano de 2010.

No Acórdão nº 741/2010, TC-026.982/2008-5, rel. Min. Valmir Campelo, o TCU decidiu pela não aceitação de proposta da qual constem despesas administrativas e lucro irrisórios, violando-se os arts. 44, § 3º, e 48, II, da Lei nº 8.666/93, por manifesta inexecutabilidade.

O TCU entendeu que “tendo em vista que os dados constantes da planilha não correspondem às práticas de mercado, não deve ser elidida a irregularidade relativa a valores irrisórios e possível inexecutabilidade.” Quer dizer, novamente ignorou o órgão de controle a possibilidade de esclarecimento e/ou saneamento desta inconformidade via diligência como inclusive estimulado em decisões similares.²²⁷

Também em 2010 sobreveio o Acórdão nº 552/2010, TC-003.165/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro no TCU, o qual assentou a juridicidade de desclassificação de proposta em razão da não cotação de preço unitário para item. Representação formulada ao órgão de controle apontou possíveis irregularidades no âmbito do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Santa Catarina (SEBRAE/SC), envolvendo concorrência cujo objeto era a prestação de serviços gerais.

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-010.109/2009-9. Acórdão nº 744/2010**. Relator Min. Valmir Campelo, julgado em 23/02/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-010.109/2009-9. Acórdão nº 744/2010**. Relator Min. Valmir Campelo, julgado em 23/02/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

A representante questionou a decisão da Comissão de Licitação quanto à sua desclassificação do certame pela ausência de cotação para o “adicional noturno sobre 30 minutos diários que extrapolava a jornada de trabalho do zelador” e para o “posto de recepcionista de eventos.”²²⁸

O TCU julgou improcedente a representação assentando que os serviços de recepcionista eventual deveriam ser “obrigatoriamente cotados, em consonância com o estabelecido no modelo de Proposta de Preços constante do Anexo IV do Edital de Concorrência 07/09 e em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ínsito no art. 3º da Lei de Licitações”. Saliou ainda que, embora o SEBRAE tenha regulamentos internos próprios para a contratação de serviços, “aplicam-se a estes os princípios gerais da Lei 8.666/93”.²²⁹

Ou seja, o TCU novamente não observou que inconformidades nas planilhas de formação de preço desta natureza seriam facilmente sanadas, caso realizada diligência.

3 “FORMALISMO HERMENÊUTICO” E OS TRIBUNAIS JUDICIAIS

3.1 INTRODUÇÃO

O tema do formalismo das licitações públicas não é novo no âmbito dos tribunais judiciais do país. Já em 1951, à vigência do Código de Contabilidade da União de 1922, portanto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgou o Mandado de Segurança nº 1.430. A discussão dizia respeito à licitação para a exploração do serviço de loteria federal no qual o candidato titular da proposta mais vantajosa foi desclassificado por suposta inidoneidade financeira e moral. Em suma, antes da abertura das propostas, a Comissão declarara o candidato habilitado, seguindo-se o iter estabelecido pelo Código de Contabilidade da União de 1922. Porém, antes de homologar a licitação, o Presidente da República revisou este julgamento para desclassificar o candidato classificado em primeiro lugar, adjudicando o objeto a outro proponente. O candidato desclassificado impetrou mandado de segurança alegando substancialmente que o formalismo do procedimento fora desobedecido,

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-003.165/2010-8. Acórdão nº 552/2010**. Relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 24/03/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²²⁹ Ibidem.

uma vez que já ultrapassada a fase para aferição da idoneidade dos candidatos quando exarado o ato de sua desclassificação.

O STF denegou a segurança, tendo o relator do acórdão, Sr. Min. Relator Edgar Costa, assentado:

Não obstante o disposto no art. 741 do Código de Contabilidade, segundo o qual a questão da idoneidade dos concorrentes será examinada e julgada previamente, antes de abertas as propostas, não tenho dúvida em concluir afirmativamente, atendendo a que, além das suas atribuições privativas, não é possível negar-se ao Presidente da República a competência implícita para a última instância, decidir de tudo quanto interessa a administração da coisa pública. [...] **nem o Código de Contabilidade, nem o Decreto Lei especial sobre a concessão do serviço de loteria federal, emprestam à decisão da Comissão sobre idoneidade dos concorrentes o caráter de conclusiva, ou definitiva, o art. 741 daquele, apenas dispõe sobre a oportunidade dessa decisão. Nenhum óbice legal assim se oponha a que, antes da adjudicação definitiva da concessão, a idoneidade de requerente pudesse constituir objeto de reexame [...].**²³⁰

Em igual sentido, mas ainda mais específico sobre o enfoque de análise, o Sr. Ministro Nelson Hungria: “[...]. Não é admissível que, por estranho critério formalístico, a aparência sobrelevasse o fundo, de tal modo que o laudo da comissão, ainda que eivado de erro substancial, se impusesse ao placet da administração pública.[...]”.²³¹

Note-se que o pouco detalhamento do Código de Contabilidade da União de 1922 conferia verdadeira “carta branca”²³² aos gestores na condução do certame. Esta técnica legislativa era corroborada pela interpretação dos tribunais judiciais mais flexível relativamente ao formalismo das licitações públicas.

Adiante, já na vigência do Decreto-Lei Federal 200/1967, alinhando-se ao crescente formalismo legal, exsurtem decisões judiciais prestigiando o aumento do formalismo interpretativo na aplicação da legislação de regência dos certames. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 243.445 em 1975:

Concorrência Pública – Processo Formalista – Inobservância da Lei e do Edital – Anulação

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 1430**. Relator Min. Edgard Costa, julgado em 16/08/1951, publicado em 06/12/1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82009>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

²³¹ Ibidem.

²³² ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.38.

- **A concorrência administrativa como processo de competência de participantes e de preços é, necessariamente, formalista e a forma é a substância da própria lisura do procedimento e, pois, do interesse público na escolha do melhor disputante em qualificação e preço.** O prejuízo do concorrente 'in casu' resulta da própria inobservância da lei e do edital – e mais não tem ele que provar que a segurança que impetrou seja concedida e anulada a concorrência.²³³

Em igual sentido o Tribunal Federal de Recursos na década de 80:

LITIGIOSIDADE DE CERTAME LICITATORIO. LIMITAÇÃO DO PODER DISCRICIONARIO DA ADMINISTRAÇÃO. O PODER DISCRICIONARIO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA E LIMITADO PELA LITIGIOSIDADE DA RELAÇÃO JURIDICA. A LITIGIOSIDADE DO CERTAME LICITATORIO INIBE A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA INOVADORA, SUJEITA A RESPONSABILIZAÇÃO POR COMPORTAMENTO ABUSIVO (CPC, ARTS. 16, 17 E 18).

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE. A ADMINISTRAÇÃO DISPÕE DA DISCRICIONARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE SATISFAÇÃO ADEQUADA A UM CERTO INTERESSE, MAS DEVE UTILIZA-LA DENTRO DE CERTOS PARAMETROS, FORA DOS QUAIS SE TRANSFORMARA EM ILEGITIMIDADE (BANDEIRA DE MELLO, LICITAÇÃO). FIXAÇÃO DE CAPITAL MINIMO INTEGRALIZADO, A GUIA DE PROVA DE CAPACIDADE FINANCEIRA.

RELACIONAMENTO COM O "MOMENTO" DO CERTAME E NÃO COM INSTANTES PREFIXADOS EM DEMASIA INUTIL. EXCLUSÃO ANTI-ISONOMICA DE INTERESSADOS NO CERTAME. RESULTADO ANTAGONICO A FINALIDADE DA LICITAÇÃO.²³⁴

Ainda na vigência do Decreto-Lei 200/1967, destaca-se uma decisão clássica sobre o tema do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), no Recurso Agravo de Petição nº 11.383, de 1970. O caso tinha como matéria de fundo uma concorrência pública para a aquisição de máquinas rodoviárias pelo Estado do Rio Grande do Sul, instaurado pelo Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER). Excluíram-se duas firmas que acudiram à disputa em consórcio, sob a alegação de o consórcio não ter personalidade jurídica.

O TJ/RS revisou a decisão do Juízo *a quo*, cumprindo-nos destacar excerto do voto do ínclito Desembargador Manoel Brustoloni Martins, verdadeira lição sobre o formalismo em licitação pública:

²³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara. **Apelação nº 243.445**. Relator Des. Batalha de Camargo, julgado em 26/08/1975. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/EGov/Processos/Consulta/Default.aspx>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²³⁴ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Segunda Turma. **Apelação em Mandado de Segurança nº 03498344**. Relator Min. Gueiros Leite, julgado em 22/05/1984, publicado em 28/06/1984. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/juriftr/doc.jsp?livre=03498344&b=TFRC&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 02 mar. 1985.

Não atentou o ilustre coator para o espírito que deve presidir as concorrência pública, que é, irretorquivelmente fazer com que o maior número de licitantes se habilitem, alargando, na medida do possível, a zona de abrangência das licitação, recrutando mais e mais concorrente, com o objetivo sadio de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes e seus interesses. Descabem, conseqüentemente, nas licitações, principalmente no primeiro tempo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei a elas referente. Basta singela leitura do que dispõe o decreto n. 200, aplicável aos Estados e municípios por força da lei n. 5.456, de 20.6.1968. Realmente. O citado diploma especial (art. 125 e segs.) traça uma série de normas mediante as quais se verifica que a vontade da lei é no sentido antes afirmado, tanto que o art. 131, que alude à habilitação para licitar, utiliza o termo exclusivamente, como querendo significar que as autoridades que dirigem os trabalhos devem exigir o mínimo possível, como querendo aconselhar o abandono de rigorismos, como pretendendo impor singeleza na fase de habilitação, ou seja, na parte inicial do procedimento licitatório [...].²³⁵

Todavia, é somente a partir dos anos que se sucederam à edição da Lei 8.666/93, que o influxo de decisões sobre formalismo aumenta substancialmente de volume. Daí dizer-se que jurisprudência exerceu importantíssimo papel no novo modelo legal em curso relativamente a licitações públicas no país de legislações (a saber, Pregão, PPP, RDC, etc.). Afinal como visto, estas legislações claramente são menos formalistas.

3.2 DECISÕES JUDICIAIS QUE MITIGAM O EXCESSO DE “FORMALISMO HERMENÊUTICO”

3.2.1 Conteúdo Substancial

Há inúmeras decisões nos tribunais superiores, sobretudo no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de mitigar o excesso de “formalismo hermenêutico”.

Já em 1995 o STJ julgou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.198/RJ, talvez o primeiro precedente a fazê-lo na vigência da Lei 8.666/93. Tratava de licitação pública em que candidato fora inabilitado por desatualização de dados (capital social) constante de seu registro junto ao Conselho Regional de Engenharia,

²³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível Especial. **Agravo de Petição nº 11.383**. Relator Des. Manoel Brustoloni Martins, julgado em 24/03/1970. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. p. 240-244, out./dez. 1970. p. 242-243.

Arquitetura e Agronomia (CREA). O STJ assentou que “Defeito menor na certidão, insuscetível de comprometer a certeza de que a empresa está registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, não pode lhe restringir a participação na concorrência.”²³⁶

Porém, em 1998, o STJ julgaria o MS nº 5.281/DF, certamente o mais rumoroso caso envolvendo o formalismo excessivo em procedimento licitatório na vigência da Lei 8.666/93. Em suma, o STJ assegurou a participação em certame licitatório de uma licitante que apresentara documento estrangeiro vertido para o vernáculo por um tradutor no estrangeiro, contrariando a literalidade da previsão editícia.²³⁷

Em 2005, no REsp 542.333/R²³⁸ o STJ deparou-se com licitação realizada para explorar serviços de radiodifusão de sons e imagens, nas localidades de Santo Ângelo e Alegrete. Um candidato foi excluído da disputa por conta de falta de reconhecimento de firma do advogado subscritor da proposta, recorrendo ao Poder Judiciário.

O Relator do caso, Sr. Ministro Castro Meira decidiu pela ilegalidade da exclusão:

Em observância aos mencionados dispositivos infraconstitucionais, a discussão exposta no presente recurso resume-se à legalidade da desclassificação de candidato, em procedimento de licitação, antes da análise da proposta, pela mera ausência de firma reconhecida no instrumento de procuração.

À luz dos princípios da razoabilidade da proporcionalidade, uma medida de tamanha gravidade como a eliminação do candidato do certame devido à falta de reconhecimento de firma demonstra-se exagerada e inadequada, **especialmente porque ela ocorreu ainda na fase de habilitação.**

Ora, **a ausência de reconhecimento de firma pode ser facilmente suprida pelos demais documentos apresentados e ao longo do procedimento licitatório.** Deste modo, ela se constitui em mera irregularidade, **perfeitamente sanável, pois não causa qualquer prejuízo ao interesse público.**

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 6.198/RJ.** Relator Min. Ari Pargendler, julgado em 13/12/1995, publicado em 26/02/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=6198&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 5.281/DF.** Relator. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 12/11/1997, publicado em 09/03/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=5281&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 542.333/RS.** Relator Min. Castro Meira, julgado em 20/10/2005, publicado em 07/11/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=542333&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Nessa seara, a legalidade estrita cede terreno à instrumentalidade das exigências do edital, porquanto a irregularidade ocorrida (falta de reconhecimento de firma do instrumento de procuração) constitui-se em defeito irrelevante ao não comprometer a identificação do participante e do seu mandatário no certame.²³⁹

Extraem-se da decisão alguns critérios argumentativos: a um, o r. Relator destaca “especialmente porque ela ocorreu ainda na fase de habilitação”. É possível inferir da afirmação que o formalismo interpretativo na fase de habilitação deva ser mais flexível comparativamente à fase de disputa de preços²⁴⁰; a dois, o r. Relator diz que a irregularidade é sanável pois “pode ser facilmente suprida pelos demais documentos apresentados e ao longo do procedimento licitatório.”²⁴¹ Quer dizer, indicia que inconformidades na documentação podem ser relevadas quando houver outro documento do caderno de documentos do candidato que supra a imprecisão; a três, o r. Relator diz “irregularidade, perfeitamente sanável, pois não causa qualquer prejuízo ao interesse público”, podendo-se concluir ser este também um critério para a distinção entre mera irregularidade e inconformidade insanável.

Em 2006 o STJ novamente demonstrou desapego pelo excesso de formalismo no REsp 797.179/MT. Tratava de licitação para execução de obras de engenharia no Estado do Mato Grosso cuja sessão pública de recebimento dos documentos estava marcada para 8h30 de certo dia e local. Na ocasião, um interessado na disputa chegou às 8h31, tendo a Comissão de Licitação não recebido seus envelopes sob o argumento de vinculação ao edital, igualdade entre os licitantes etc. Então, o candidato excluído impetrou mandado de segurança para ver para determinar à autoridade coatora que receba os envelopes (documentos e proposta) relativos ao certame.

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 542.333/RS**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 20/10/2005, publicado em 07/11/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=542333&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 fev. 2016.

²⁴⁰ Nesse sentido, dentre outros: “Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconscientes com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.” (DALLARI, Adilson. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 557).

²⁴¹ Nesse sentido, dentre outros: “[...] seguindo o entendimento anti-formalista prevalecente na nossa doutrina e jurisprudência, haverá uma situação de irrelevância do vício de procedimento sempre que (e na medida em que) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido comprovadamente alcançados, ainda que por outra via.” (OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: CEDIPRE. **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.1, p. 111).

O STJ, todavia, entendeu que a não aceitação dos envelopes representava excesso de formalismo na espécie, anotando o r. Relator:

[...] é indiscutível que a Administração Pública deve observar os princípios constitucionais reitores do processo licitatório, bem como as normas legais e o instrumento convocatório. Contudo, o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.²⁴²

Em 2010, no REsp 947.953/RS, o STJ julgou caso no qual um candidato questionava que seu concorrente fora habilitado, não obstante documento necessário à comprovação de requisito de qualificação técnica não contivesse a assinatura do sócio, o que era exigido pelo edital.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FALTA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM CERTAME LICITATÓRIO. **MERA IRREGULARIDADE.**

1. Trata-se de documentação - requisito de qualificação técnica da empresa licitante - apresentada sem a assinatura do responsável.

Alega a recorrente (empresa licitante não vencedora) a violação ao princípio de vinculação ao edital, em razão da falta de assinatura na declaração de submissão às condições da tomada de preços e idoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

2. **É fato incontroverso que o instrumento convocatório vincula o proponente e que este não pode se eximir de estar conforme as exigências apresentadas no Edital. Devem estar em conformidade com o documento administrativo, tanto a qualificação técnica, como a jurídica e a econômica-financeira.**

3. **Porém, há de se reconhecer que, a falta de assinatura reconhecida em um documento regularmente apresentado é mera irregularidade - principalmente se o responsável pela assinatura está presente no ato para sanar tal irregularidade.** Precedente.

4. Recurso especial não provido.²⁴³

Destaque-se excerto do voto do Relator, Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, no qual prestigia-se justificativas do Presidente da Comissão de Licitação:

[...] o responsável pela empresa, que deveria ter assinado tal documento antes de colocá-lo no envelope, estava presente ao processo, tratando-se portanto de um lapso e não da falta de uma dos documentos exigidos no edital, portanto a comissão não aceita a impugnação da licitante em razão deste fato'. Frisamos ainda, que não se trata de alegação 'caolha' da

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 797.179/MT**. Relator Min. Denise Arruda, julgado em 19/10/2006, publicado em 07/11/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=797179&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 14 fev. 2016.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 947.953/RS**. Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14/09/2010, publicado em 06/10/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=947953&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

comissão julgadora das propostas, e sim apegamo-nos à própria legislação, que salienta que **toda a formalidade deve ter uma finalidade**, sendo assim, percebe-se que a finalidade da exigência, se cumpre, já que o proponente se fazia presente e poderia a qualquer tempo ter assinado o referido documento.[...].²⁴⁴

É dizer, embora a solução dada pela Comissão de Licitação não esteja expressamente prevista pela Lei 8.666/93 (saneamento de inconformidade com a presença de sócio da empresa na sessão), prestigiou-se a mitigação do excesso de formalismo na aplicação das exigências editalícias, novamente considerando restar atingida a finalidade da exigência.

Também em 2010 o tema voltou à pauta do STJ no REsp 1190793/SC. Tratava de licitação para prestação de serviços de Oxigenoterapia domiciliar a pacientes do estado de Santa Catarina, no qual o candidato titular da oferta de melhor preço foi excluído do certame por não apresentar a Licença de Funcionamento expedida pela Anvisa. Impetrado o mandado de segurança alegando excesso de formalismo, foi concedida a segurança. Então, veiculou-se Recurso Especial ao STJ alegando violação à vinculação ao edital.

O STJ desacolheu as razões recursais. O r. Relator, Ministro Castro Meira ponderou “[...] não pode haver apego a excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta.”²⁴⁵

Em 2012 o STJ julgou o REsp 1299379/BA, igualmente abordando o tema. Tratava de concurso público no qual candidato teve desconsiderado documentos (títulos), porquanto apresentados em inconformidade com a previsão editalícia. No caso, os documentos apresentados pelo candidato haviam sido autenticados por servidores da biblioteca da Justiça Federal e da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, enquanto o item 9.6 do edital prescrevia “não serão considerados, para efeito de pontuação, as cópias não autenticadas em cartório.”²⁴⁶

O r. Relator Ministro Castro Meira julgou improcedente o recurso da União, assentando:

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 1190793/SC**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 24/08/2010, publicado em 08/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1190793&b=ACOR&p=true&t=JURI&DICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 1299379/BA**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 19/06/2012, publicado em 03/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23058420&num_registro=201103078670&data=20120803&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

[...] acertada a decisão do tribunal a quo no sentido de que a recusa de documentos autenticados por órgão público - exigindo-se a autenticação por cartório - é irrazoável e configura excesso de formalismo. Conveniente lembrar que **a Constituição Federal impõe vedação expressa de que entes da federação recusem fé a documentos públicos (artigo 19, II)**” (e-STJ fl. 379). Acresço que os documentos recusados pela Administração são cópias de Diários Oficiais da União que evidenciam a aprovação da candidata em dois cargos privativos de bacharel em Direito, **não tendo sido apresentada qualquer controvérsia que represente impugnação sobre a veracidade e exatidão das informações.** [...] ²⁴⁷

Sublinhe-se dois aspectos do excerto no qual o r. magistrado apóia sua decisão de mitigar o “formalismo hermenêutico”. Por primeiro, porque a previsão editícia cede a previsões fundadas na lei/Constituição Federal²⁴⁸; por segundo, pois não houve controvérsia entre os candidatos relativamente ao conteúdo do documento apresentado com formalidade diversa daquela prevista no instrumento convocatório.

Noutros tribunais espalhados pelo país também têm decisões importantes sobre o tema. Nesse sentido, faz-se referência ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4).

Em 2008, a Terceira Turma do TRF/4 julgou o Agravo de Instrumento nº 200704000305863, relatado pela r. Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges. Tratava de licitação da modalidade Pregão, no qual o candidato titular da proposta de menor preço foi inabilitado, porque apresentou atestado de visita aos locais de execução dos serviços em cópia simples, desobedecendo exigência de originais/cópias autenticadas do item 5.4.3 do Edital e art. 32 da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente à Lei 10.520/02.

A r. Juíza relatora do acórdão declarou inválido o ato do Sr. Pregoeiro que conduziu o certame, forte nos seguintes argumentos:

[...] Contudo, é curial se faça uma exata contextualização do documento cuja apresentação em cópia simples não foi aceita. A visita aos locais onde

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Em igual sentido, dentre outros: “La inclusión de estipulaciones ilegales o prohibidas que contradigan el ordenamiento jurídico o violen sus principios, autoriza a los ofertantes a considerarlas como inexistentes y apartarse de ellas, siendo sus ofertas igualmente válidas por un claro principio de jerarquía normativa” (p. 206) “Las ofertas deben ajustarse a los pliegos, requisito sin el cual no podrán ser aceptados. Sin embargo, como excepción, si el oferente se aparta de una cláusula ilegal de los pliegos há de entenderse que es válida y aceptable.” (DROMI, José Roberto. **La Licitación Pública**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1980. p. 339).

serão executados os serviços licitados **tem por nítido escopo** propiciar aos participantes uma noção sobre os custos mínimos necessários. Restou comprovado que houve a visita por parte da agravante ao Cartório da 49ª Zona Eleitoral, com a juntada do documento original no recurso administrativo interposto. **Não é de ser exigível, mas poderia a Pregoeira ter consultado o servidor que certificou a visita, diante da explicação da agravante de que o original estava a caminho, demorando devido ao serviço do Correio.** É que, num caso assim, deve prevalecer sempre o interesse público - apanágio primaz da atividade administrativa - na escolha da melhor oferta em detrimento do rigorismo formal. **Na espécie dos autos principais, em frontal dessintonia com o espírito que justifica a existência do procedimento licitatório, restou preterida uma empresa que apresentou uma proposta mais vantajosa, oferecendo a prestação do serviço objeto do certame por um custo menor para a Administração.** Tem-se, então, em suma, que o vício acusado pela autoridade havida coatora, conquanto em dissonância com a legislação de regência, consubstancia mera irregularidade formal, sem o potencial de decretar a inabilitação da agravante. Com efeito, o edital, lei interna, deve ser interpretado à luz do bom senso e da razoabilidade. [...].²⁴⁹

Observa-se novamente uma decisão lançando mão da distinção entre mera irregularidade e vício como razão de decidir com olhos no menor preço da proposta excluída e não na natureza da inconformidade em si.

Ademais, em *obter dictum* a r. Magistrada refere “[...] Não é de ser exigível, mas poderia a Pregoeira ter consultado o servidor que certificou a visita [...]”. Divergimos do posicionamento, por entendemos que a promoção de diligência (§3º do art. 43 da Lei 8.666/93) para esclarecer dúvidas do processo e sanar inconformidades do jaez da verificada no caso é uma obrigação do agente público que conduz o certame e não uma faculdade.²⁵⁰

Em 2010 esta decisão seria ratificada pelo TRF/4 no julgamento do Recurso de Apelação Cível nº 2007.72.00.009597-8, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO EM CÓPIA DE DOCUMENTO. APRESENTAÇÃO DO ORIGINAL POR OCASIÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. FALTA SUPRIDA. RIGORISMO FORMAL EXCESSIVO. A cópia do documento comprobatório da visita, apresentado pela impetrante e o original apresentado com o

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma. **Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.030586-3**. Relatora Des. Carla Evelise Justino Hendges, julgado em 29/01/2008, publicado em 05/03/2008. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2074736&hash=de4ee542bbdbbb115d928f9bbf2e9306>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma. **Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.030586-3**. Relatora Des. Carla Evelise Justino Hendges, julgado em 29/01/2008, publicado em 05/03/2008. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2074736&hash=de4ee542bbdbbb115d928f9bbf2e9306>. Acesso em: 04 mar. 2016.

recurso administrativo comprovam que o item 5.4.3 do Edital foi atendido, concluindo-se ser mera irregularidade que deveria ter sido sanada no interesse maior de não se afastar inutilmente um dos licitantes. Precedente do STJ.²⁵¹

Em 2012, outro exemplo de mitigação do excesso de “formalismo hermenêutico” pelo TRF/4 sucedeu no julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 5016309-76.2011.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria. Tratava de licitação para contratação de serviços de engenharia, no qual empresa concorrente impetrou mandado de segurança, alegando violação ao princípio da vinculação ao edital no ato de habilitação do candidato vencedor da disputa. Em apertadíssima síntese, sustentava que o atestado técnico apresentado pelo vencedor estava desacompanhado da Certidão de Acervo Técnico (CAT), exigência do instrumento convocatório.

Referido argumento foi desacolhido pela r. Relatora, nos seguintes termos:

1.1 Comento apenas a questão da não apresentação “em papel” da CAT da empresa recorrida, a qual deveria acompanhar o atestado de capacidade técnica, para comprovar que o mesmo foi reconhecido pelo CREA, porém constou no verso do atestado o carimbo do CREA com o número da CAT estampado comprovando o registro no CREA.

1.2 Note-se que essa exigência do edital, serve tão somente para compor a comprovação de que o atestado passou pelo sistema CREA/CONFEA que é o órgão fiscalizador do exercício da profissão de engenheiro/arquiteto em seus diversos ramos, conferindo uma maior segurança à CAIXA, ou ao órgão licitador, de que o atestado apresentado dá conta de serviço executado por pessoa no regular exercício da profissão.

1.3 Registre-se também que a comissão constatou que o atestado além de conter relato de qualificação técnica superior à exigência do edital, possui chancela do CREA, justamente por ter sido emitida CAT por aquele Órgão de classe.

Ora, **o preciosismo levantado pela parte impetrante não deve ser acolhido pelo juízo**, ao menos em análise sumária do feito. [...].²⁵²

De se sublinhar a adesão do julgado à idéia de instrumentalidade das formas.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma. **Apelação Cível nº 2007.72.00.009597-8**. Relator Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 09/11/2010, publicado em 19/11/2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3742829&hash=d9b9efb94f59e548dfc05b01a1d74301>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma **Agravo de Instrumento nº 5016309-76.2011.404.0000**. Relatora p/ Acórdão Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 28/02/2012. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41330439069062691020000000296&evento=41330439069062691020000000036&key=f73baa4aba6bd9b3d44b659518ebc0ec7b0afd8e97476fcb962a63c87b01b016>. Acesso em: 04 mar. 2016.

3.2.2 Decisões judiciais que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à utilização do instituto da diligência

Em 2005 o STJ julgou o REsp nº 657.906/CE, veiculando decisão no sentido de abrandar o formalismo na condução do certame relativamente a utilização da diligência. Tratava de licitação para a contratação de sistema de ar condicionado realizada pela Caixa Econômica Federal (CEF). O candidato titular da oferta de menor preço foi desclassificado, porque sua proposta continha uma inconformidade, qual seja: não continha os catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar condicionado – requisito previsto em edital.

O candidato desclassificado impetrou mandado de segurança, obtendo a segurança. Então, a CEF veiculou Recurso Especial ao STJ por suposta violação ao art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, ao argumento de que a lei faculta à administração procedimento adotado pela CPL e veda a inclusão posterior, pelo licitante, de documentos, como pretendeu a impetrante/recorrida. Assim, não era possível à CEF, sob pena de ofensa ao citado dispositivo legal, atender ao seu petitório de juntada posterior da documentação exigida no edital.

Referidos argumentos foram desacolhidos pelo R. Relator, Ministro José Delgado, o qual lançou mão dos fundamentos do voto recorrido como razões de decidir:

A apelada, embora tenha apresentado melhor preço em licitação, realizada pela modalidade convite, objetivando o fornecimento e instalação de sistema de condicionamento de ar, fora desclassificada por a sua proposta descumprir o item III, 7, do edital, consistente na anexação de catálogos técnicos, manuais ou prospectos relativos aos aparelhos (vide fls. 29 e 61-62).

Na âmbito da licitação, muito embora se reconheça à Administração a possibilidade de traçar exigências de comprovação da habilitação técnica e econômica do licitante, **é-lhe vedado demandar o cumprimento de requisitos meramente formais, capazes de frustrar o âmbito competitivo do certame.[...]**

No caso em tela, não se aparenta plausível a desclassificação da apelada somente pelo fato de não haver sido anexado à sua proposta os manuais e catálogos relativos aos aparelhos cotados, principalmente quando daquela (fls. 67) constam as especificações dos produtos cotados.

A formalidade indicada, sobre não beneficiar o interesse público, poderia haver sido suprida na forma do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, não justificava a desclassificação, sem que para tanto fossem desprezados os fins da licitação, consistentes na escolha, em igualdade de

condições entre os administrados, da melhor proposta de contrato para a Administração.²⁵³

Do voto do r. Relator extrai-se que a censura à decisão do agente público decorre da análise da desnecessidade/irrelevância da exigência em si. Registre-se, ainda, a sua referência ao instituto da diligência como “válvula de escape” ao formalismo exagerado na análise do atendimento das previsões editalícias.

Mais recentemente, em 2015, um exemplo sintomático sobre o mesmo tema ocorreu na Apelação Cível nº 5004576-17.2015.404.7100, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Tratava de Pregão Eletrônico para contratação de empresa especializada em fornecimento, configuração e implantação de sistema de automação e gestão de laboratórios e de seus resultados (LIMS - Laboratory Information Management System), juntamente com suporte técnico e treinamento.²⁵⁴

O Impetrante, candidato classificado em segundo lugar, alegou que o Pregoeiro classificou irregularmente o candidato vencedor. Em suma, argumentava: (i) aceitação de envio de documentos após o prazo previsto no Edital; (ii) aceitação de reapresentação de atestados técnicos comprovando a qualificação técnica compatível com o objeto licitado e (iii) repetição de testes para comprovar a compatibilidade dos bens ofertados ao objeto licitado.

O TRF/4 negou provimento ao Recurso de Apelação do Impetrante, sendo oportuno reproduzir excertos do voto do Relator, Sr. Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle.

Relativamente à suposta aceitação de envio de documentos após o prazo previsto no Edital, rebateu o magistrado:

Com efeito, nota-se que a habilitação da empresa vencedora somente se daria após a apresentação do sistema e suas funcionalidades. Verifica-se, ainda, que o próprio Edital previa a possibilidade de entrega dos

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 657.906/CE**. Relator Min. José Delgado, julgado em 04/11/2004, publicado em 02/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1708501&num_registro=200400643944&data=20050502&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5004576-17.2015.404.7100**. Relator p/ Acórdão Des. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, julgado em 20/10/2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50045761720154047100&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selfForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=7d78cb8db15be6144444eaf9b1cb0281&txtPalavraGerada=dhxE&txtChave=>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

documentos originais no prazo de 72 horas, o que foi obedecido, visto que a sessão de apresentação do sistema se deu dois dias após a proclamação da empresa melhor classificada. Assim, o não envio de toda a documentação por e-mail ou fax na sessão realizada no dia 24/12/2014 constitui mera irregularidade, não provocada pela empresa vencedora, e que a ela não trouxe qualquer favorecimento a ponto de se reconhecer a quebra do princípio a isonomia [...].²⁵⁵

Em igual sentido, o r. Relator afastou o argumento de ilegalidade da ação da Pregoeira ao aceitar atestados técnicos comprovando a qualificação técnica compatível com o objeto licitado:

[...] a regra do Edital do certame claramente previu a necessidade de apresentação pelo licitante de atestados de capacidade técnica que evidenciassem ter prestado os serviços licitados de forma compatível em características e quantidades com o objeto da contratação, regra que está em consonância com a Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

Trata-se de **exigência que, por certo, tem em vista o princípio da eficiência na Administração Pública, assegurando a futura e plena execução do contrato, estando justificada não só pela previsão legal, mas em razão da complexidade do objeto da contratação.**

Como antes mencionado, diante dos termos da decisão que julgou o recurso da impetrante, a empresa litisconsorte teria apresentado vários atestados de capacidade técnica, o que, pelo menos em juízo de cognição sumária, evidencia ter experiência na prestação de serviços objeto da licitação.²⁵⁶

Note-se que a Pregoeira aceitou inclusive a apresentação de novos atestados técnicos, fazendo contraprova dos atestados técnicos impugnados por concorrente, no que não foi censurada.

Por fim, afastou o r. Relator o argumento no sentido de que a repetição de testes para comprovar a compatibilidade dos bens ofertados ao objeto licitado:

Quanto à possibilidade conferida à empresa vencedora de realizar nova apresentação para demonstrar as funcionalidades dos itens impugnados pela impetrante em seu recurso administrativo, foi justificado como

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5004576-17.2015.404.7100**. Relator p/ Acórdão Des. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, julgado em 20/10/2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50045761720154047100&selOrigem=TRF&chkMostrarB aixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=7d78cb8db15be6144444eaf9b1cb0281&txtPalavraGerada=dhxE&txtChave=>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5004576-17.2015.404.7100**. Relator p/ Acórdão Des. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, julgado em 20/10/2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50045761720154047100&selOrigem=TRF&chkMostrarB aixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=7d78cb8db15be6144444eaf9b1cb0281&txtPalavraGerada=dhxE&txtChave=>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

necessária pelo Pregoeiro a fim de que fossem prestados esclarecimentos complementares. [...]

Com efeito, considerando a natureza eminentemente técnica dos itens impugnados e da necessidade de que o seu cumprimento seja demonstrado com a apresentação do sistema e suas funcionalidades, não parece desarrazoado que as indigitadas impugnações fossem respondidas mediante nova apresentação, que contou com a presença de todas as licitantes (art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93). [...]

Nessas condições, considerando que **a proposta impugnada trouxe maior vantagem à Administração Pública**, e que o sistema e suas funcionalidades contaram com a aprovação do corpo técnico do MAPA, sem que houvesse a quebra do princípio da isonomia, pelo menos em cognição sumária, deve prevalecer a decisão administrativa [...].²⁵⁷

Note-se o destaque dado pelo Egrégio TRF/4 à juridicidade do agir do Pregoeiro justamente no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93. Da mesma forma, observa-se o realce dado à vantajosidade da proposta do candidato adjudicatário, em detrimento do apego à vinculação estrita às regras do edital.

Portanto observam-se inúmeras decisões dos mais diversos tribunais espalhados pelo País no sentido de mitigar o excesso de “formalismo hermenêutico” na aplicação da legislação relativa a licitações públicas.

3.2.3 Decisões judiciais que mitigam o excesso de “formalismo hermenêutico” relativamente à análise da proposta

Uma decisão judicial relevante sobre o abrandamento do formalismo na condução dos certames relativamente à análise de propostas ocorreu no Mandado de Segurança nº 5.418/DF. Controvertia-se proposta de candidato que estava apresentada somente em “algarismos” e não também “por extenso”, conforme expressamente exigia item do Edital.

Todavia, o STJ afastou referido apego ao rigor, consignando que o princípio da vinculação ao edital não impedia “interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor, prejudiciais ao interesse público”.

Relativamente à controvérsia da proposta em si, o seguinte trecho da ementa fala por si:

²⁵⁷ Ibidem.

DIREITO PUBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATORIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATORIO PELO JUDICIARIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGENCIAS DESNECESSARIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PUBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM.

(...)

O "VALOR" DA PROPOSTA "GRAFADO" SOMENTE EM "ALGARISMOS" - SEM A INDICAÇÃO POR EXTENSO - CONSTITUI MERA IRREGULARIDADE DE QUE NÃO RESULTOU PREJUIZO, INSUFICIENTE, POR SI SO, PARA DESCLASSIFICAR O LICITANTE. A "RATIO LEGIS" QUE OBRIGA, AOS PARTICIPANTES, A OFERECEREM PROPOSTAS CLARAS E TÃO SO A DE PROPICIAR O ENTENDIMENTO A ADMINISTRAÇÃO E AOS ADMINISTRADOS. SE O VALOR DA PROPOSTA, NA HIPOTESE, FOI PERFEITAMENTE COMPREENDIDO, EM SUA INTEIREZA, PELA COMISSÃO ESPECIAL (E QUE SE PRESUME DE ALTO NIVEL INTELLECTUAL E TECNICO), A PONTO DE, AO PRIMEIRO EXAME, CLASSIFICAR O CONSORCIO IMPETRANTE, A AUSENCIA DE CONSIGNAÇÃO DA QUANTIA POR "EXTENSO" CONSTITUI MERA IMPERFEIÇÃO, BALDA QUE NÃO INFLUENCIOU NA "DECISÃO" DO ORGÃO JULGADOR (COMISSÃO ESPECIAL) QUE TEVE A IDEIA A PERCEPÇÃO PRECISA E INDISCUTIVEL DO "QUANTUM" OFERECIDO.

O FORMALISMO NO PROCEDIMENTO LICITATORIO NÃO SIGNIFICA QUE SE POSSA DESCLASSIFICAR PROPOSTAS EIVADAS DE SIMPLES OMISSÕES OU DEFEITOS IRRELEVANTES.

SEGURANÇA CONCEDIDA. VOTO VENCIDO.²⁵⁸

Ou seja, consignou-se que as exigências do edital não são um fim em si mesmas.

Outro caso de claro abrandamento do formalismo hermenêutico em licitações públicas pelo STJ ocorreu no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.697/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/03/2005. Tratava de licitação realizada pela Justiça Federal de 1ª Instância - Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços de limpeza e conservação.

A Comissão de Licitação declarou vencedor empresa, não obstante sua proposta não contemplasse cotação para todos os materiais e equipamentos previstos no edital. Em suma, de 32 itens num total, sete itens não continham cotação. Então, o candidato classificado em segundo lugar impetrou o mandado de segurança, alegando que a classificação da proposta do candidato vencedor violara a vinculação ao edital.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 5.418/DF**. Relator Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 25/03/1998, publicado em 01/06/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=5418&b=ACOR&p=true&t=JURIDIC> O&l=10&i=2>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Porém, o STJ denegou a segurança. O r. Relator, Ministro Luiz Fux, assentou:

[...] a principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos. Entretanto, realizado o procedimento licitatório, a empresa que sagrou-se vencedora tem sua disciplina traçada com rigor vinculante, de forma a evitar o malferimento do preceito constitucional. Observe-se que a impessoalidade opera-se pro populo, impedindo ao administrador discriminações, ao vedar-lhe a contratação dirigida intuito personae. In casu, não há que falar em direito líquido e certo do impetrante, porquanto a licitação realizada na Justiça Federal de Porto Alegre atendeu a todos os requisitos exigidos em lei, mormente os princípios traçados no art. 37 da Constituição Federal. Verifica-se nas informações juntadas às fls. 428/431, que a empresa vencedora Job Recursos Humanos, em sua proposta, embora não tenha discriminado o valor de todos os itens necessários à execução do serviço, colocou-os sem ônus para a Administração, senão vejamos: " Caso haja necessidade, serão fornecidos outros materiais e equipamentos não elencados abaixo, conforme necessidade da unidade, sem ônus para a Administração." **Consectariamente, resta caracterizada a vantagem para a Administração Pública, consubstanciada no menor preço global a influir no desate do processo licitatório.**²⁵⁹

É de se destacar dois importantes argumentos que exsurgem do trecho do voto selecionado. Primeiro, o entendimento segundo o qual a igualdade no âmbito da concorrência é a igualdade material e não a igualdade formal. Segundo, a orientação de que outro documento inserto no envelope do candidato (no caso uma declaração relativamente a estarem contemplados todos os custos na proposta) pode elidir uma inconformidade na documentação/proposta.

No âmbito do STF, outro caso famoso envolveu a disputa envolvendo a licitação promovida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para a compra de urnas eletrônicas, no qual classificou-se proposta de candidato que esquecera de cotar todos os preços unitários que deveriam compor o preço final da proposta, conforme expressamente previsto no Edital. O segundo colocado impetrou mandado de segurança, o qual restou denegado pelo STJ.

Então, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de recuso extraordinário. O STF consagrou a tese da irrelevância de irregularidades menores. A decisão foi proferida no RMS nº 23.714, julgado em 13 de outubro de 2000.

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 16.697/RS**. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 22/03/2005, publicado em 02/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1714116&num_registro=200301136358&data=>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

Acolheu-se o entendimento de que os dados omitidos não apresentavam caráter essencial para o julgamento das propostas, uma vez que o critério de julgamento previsto no edital era o menor preço. No voto do Ministro Sepúlveda Pertence, foi incorporado trecho das informações da autoridade administrativa, lançados nos termos seguintes:

Se de fato o edital é a 'lei interna' da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados.²⁶⁰

Ou seja, manifestou-se o STF pelo abrandamento do excesso de formalismo na análise das propostas.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23714**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/09/2000, publicado em 13/10/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116038>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

3.3 DECISÕES JUDICIAIS FORMALISTAS

3.3.1 Conteúdo Substancial

Todavia, não são poucas as decisões judiciais pelo país em sentido contrário. É dizer, decisões que dão realce ao princípio da vinculação ao edital em detrimento de uma aplicação menos formal das exigências editalícias em licitações públicas.

Em 1999, o STJ julgou o Mandado de Segurança nº 5.829/ES, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Seção, pertinente ao tema. Tratava de licitação no qual a documentação do licitante continha duas inconformidades comparativamente às exigências do edital.

O candidato não apresentou a certidão do cartório de distribuição civil na cidade de Itatiba-ES em nome da dirigente da entidade, exigência prevista pelo instrumento convocatório, razão pelo qual foi desclassificado pela Comissão Julgadora. Então, impetrou mandado de segurança, no qual alegava ter apresentado certidão “com relação a pedido de concordata ou falência”, único documento previsto em lei (art. 31 da Lei 8.666).

Porém, sem adentrar na finalidade da exigência, o STJ denegou a ordem, dando realce ao princípio da vinculação ao edital.²⁶¹

Em 2006 novamente o STJ demonstrou simpatia pelo formalismo na aplicação da legislação de licitação pública. No Recurso Especial nº 421.946/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, denegou a ordem à Impetrante então desclassificado de licitação.

A ementa da decisão é ilustrativa:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO.

DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL.

[...]

II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Mandado de Segurança nº 5.829/ES**. Relator Min. Garcia Vieira, julgado em 10/02/1999, publicado 29/03/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800394109&dt_publicacao=29-03-1999&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 04 mar. 2016.

apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res publica. Outra não seria a necessidade do vocábulo “estritamente” no aludido preceito infraconstitucional.

[...]

VI - Recurso Especial provido.²⁶²

Da simples leitura da ementa da decisão, observa-se o prestígio à visão cognitivista do Direito, o qual parte da premissa que sua aplicação é mera tarefa de declarar ou de revelar o sentido pré-dado pelo texto, o que acreditamos estar absolutamente inconstentâneo com o ordenamento vigente.²⁶³

Em 2010 o STJ julgou o REsp 1178657/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, também pertinente ao tema. Tratava de licitação, modalidade Pregão, na qual o candidato titular da menor oferta foi inabilitado. Sucede que, enquanto o edital exigia “a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa”, o candidato apresentou protocolo de pedido de renovação de registro.²⁶⁴

Em razões recursais alegou que a certidão do pedido de renovação para a comercialização do produto perante a Anvisa era capaz de mostrar a regularidade da empresa para a venda do produto, sobretudo pois a competência para tratar da regularidade da empresa era da Autarquia.

Não obstante isso, o r. Relator desacolheu as razões recursais, sob os seguintes argumentos:

[...] Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital, essa exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Esse artigo veda à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), “a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa”, esse deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo esse raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro -, que não a requerida, não supre a exigência do edital [...]. Pontuo ainda, que aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 421.946/DF**. Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 07/02/2006, publicado em 06/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2150639&num_registro=200200335721&data=20060306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p.137.

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma **Recurso Especial nº 1178657/MG**. Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/09/2010, publicado em 08/10/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1006026&num_registro=200901256046&data=20101008&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.²⁶⁵

Dois pontos devem ser sublinhados da decisão. Primeiro, se desconsiderou a satisfação ou não da finalidade do item do instrumento convocatório cuja literalidade foi desatendida. Segundo, o raciocínio segundo o qual a apresentação de qualquer documento para atender exigência editalícia (que não o documento literalmente exigido) viola a igualdade entre os licitantes.

Também o TRF/4 tem decisões formalistas em matérias de licitações, é dizer, decisões que privilegiam a vinculação ao edital em detrimento de demais princípios como razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, por exemplo.

Mais recentemente, o TRF/4 adotou posicionamento formalista em rumorosa controvérsia travada no âmbito do Agravo de Instrumento nº 5028470-50.2013.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão a Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 28/02/2014.

Tratava de licitação para a contratação de obra de duplicação da BR-101 realizada pelo DNIT. O candidato titular da proposta de preço classificado em terceiro lugar impetrou mandado de segurança em face da habilitação do adjudicatário, alegando desatendimento ao item 8.5.4.2, que preconizava a necessidade de o capital social do licitante ser igual ou superior a 10% do valor da proposta de preços, enquanto a Comissão de Licitação admitiu a satisfação desta exigência por meio da comprovação de patrimônio líquido superior a 10% do valor da proposta de preços (alternativa também constante do art. 31 da Lei 8.666/93).²⁶⁶

Em defesa do ato, o DNIT contra-argumentou aduzindo ser o RDC uma modalidade de licitação flexível, cujo escopo é obter o menor preço pela Administração e a minimização de gastos. Ademais, destacou o art. 7º, §§ 1º e 2º do Decreto 7.581/11, os quais atribuem à comissão de licitação competência para, desde que mantida a substância da proposta, adotar medidas de saneamento

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma **Recurso Especial nº 1178657/MG**. Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/09/2010, publicado em 08/10/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1006026&num_registro=200901256046&data=20101008&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). **Agravo de Instrumento nº 5028470-50.2013.404.0000**. Relatora p/ Acórdão Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 25/02/2014, publicado em 28/02/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41393605626462721030000000074&evento=41393605626462721030000000055&key=fa3b5d12ae8f3850df7cd19483de82d3adfb4ccf4b55969d6bba4ab40e6e0d55>. Acesso em: 05 mar. 2016.

destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo. Apelando para a instrumentalidade das exigências em licitações públicas, lembrou que a exigência do capital social mínimo visava a constatar se a empresa dispõe de recursos para investir no objeto licitado, de forma que a exigência foi suprida pela comprovação da capacidade econômico-financeira por meio do patrimônio líquido.

A r. Relatora desproveu o Recurso de Agravo de Instrumento, privilegiando o princípio da vinculação ao edital. Nesse sentido, excertos do voto da r. Relatora:

A peculiar configuração dessa modalidade (modelagem flexível), contudo, não dispensa o administrador de pautar sua conduta pelos princípios que norteiam as licitações em geral, especificamente os da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório [...] o Edital foi/é muito claro ao estabelecer o critério para habilitação das concorrentes: o capital social deve superar a 10% do valor da proposta de preços. Logo, **para ser considerada habilitada, a empresa deveria/deve, obrigatoriamente, satisfazer o critério formal objetivamente fixado e conhecido por todos os proponentes.**

E frente a regra tão clara é mesmo inconcebível a adoção de critério diverso. Para a segurança de todos os participantes da licitação a regra de habilitação não poderia, como foi, ser modificada, por mais justificável que seja o propósito. O que pode/poderia fazer, se for/fosse o caso, é/seria propor a revogação da licitação. Jamais desobedecer a regra que a própria Administração publicou para convocar os interessados!²⁶⁷

Ou seja, ainda que na modelagem do RDC optou-se por uma interpretação mais restritiva para desclassificar o candidato titular da proposta mais vantajosa por desatender a literalidade do comando editalício.

3.3.2 Decisões judiciais formalistas relativamente à utilização do instituto da diligência

Em 2002, o STJ julgou o Mandado de Segurança nº 6.357/DF, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira seção, adotando linha formalista sobre a utilização da diligência em certames. Tratava de licitação na qual um licitante fora desclassificado por não atendimento do item 5.2.5 do edital, o qual determinava “a apresentação de

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). **Agravo de Instrumento nº 5028470-50.2013.404.0000**. Relatora p/ Acórdão Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 25/02/2014, publicado em 28/02/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41393605626462721030000000074&evento=41393605626462721030000000055&key=fa3b5d12ae8f3850df7cd19483de82d3adfb4ccf4b55969d6bba4ab40e6e0d55>. Acesso em: 05 mar. 2016.

certidões dos cartórios distribuidores cíveis e criminais e do de protesto de títulos dos locais de residência dos dirigentes, nos últimos 5 (cinco) anos, bem assim as localidades onde exercem ou exerceram, no mesmo período, atividades econômicas.” Ocorre que a licitante desclassificada apresentou certidões cíveis referentes aos sócios-gerentes cuja abrangência da pesquisa realizada pelo cartório alcançando somente o último ano (período de junho/96 junho/97). Ou seja, não abarcava os últimos 5 (cinco) anos como prescrevia o edital.²⁶⁸

O impetrante alegava ser mera irregularidade de fácil solução via diligência. Em razões recursais, alegou que as certidões apresentadas continham a deficiência apontada por responsabilidade do cartório que as lavrou, o qual se dispôs a corrigir tal equívoco, com a emissão de errata nos seguintes termos: “[...] por lapso constou 'inexistir ação cível distribuída no último ano' quando deveria constar 'inexistir ação cível distribuída nos últimos 5 (cinco) anos' (sic)”.

O STJ denegou a segurança. Nesse sentido, o r. Relator Milton Luiz Pereira consignou:

[...] avulta que, à ocasião da desclassificação, o ato amoldou-se à expressa disposição do Edital, não projetando a ilegalidade ou abusividade do Administrador. [...] **Os princípios da estrita vinculação ao instrumento licitatório e da igualdade entre os licitantes impedem que se acolha a irresignação da Impetrante, pois as certidões apresentadas não se enquadram no padrão estabelecido no Edital.** [...] Apresilha-se, outrossim, que a multicitada cláusula não foi objurgada como afrontosa à Constituição ou ilegal. Demais, a Impetrante aceitou as condições estadeadas e, por seu turno, a Comissão Especial de Licitação, caso tivesse relevado ou aceitado as certidões, insatisfatórias, aí sim, estaria dispensando tratamento diferenciado e ofensivo à isonomia (art. 3º, Lei 8.666/93), posto que os outros licitantes habilitados atenderam as determinações do Edital [...].²⁶⁹

Note-se permear o entendimento do r. Relator que a escoima da documentação do impetrante via diligência violaria a igualdade entre os licitantes, independentemente da ausência de prejuízo ao interesse público e das circunstâncias em que se deram o ocorrido. É dizer, a igualdade conferiria aos licitantes direitos subjetivos à inabilitação dos demais candidatos que apresentem

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 6.357/DF**. Relator Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 29/11/2001, Julgado em 08/04/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=77409&num_registro=199900433041&data=20020408&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁶⁹ Ibidem.

documentação/proposta com qualquer inconformidade comparativamente à literalidade da exigência do edital.

Porém, talvez nenhuma decisão seja tão paradigmática relativamente às restrições da utilização da diligência no STJ do que o REsp 102.224/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05/04/2005. Tratava de licitação pública para a compra de equipamentos de tubulação de gás, na qual se excluiu o candidato titular da proposta de menor preço, alegando-se desatendimento das especificações técnicas. O candidato excluído veiculou recurso administrativo à Autoridade Superior requerendo a realização de diligência com o objetivo de infirmar a decisão da Comissão de Licitação, o que foi indeferido. Então, o candidato impetrou mandado de segurança para “ver afirmado seu direito de demonstrar, perante a COMGAS, que suas peças são forjadas e são 100% estanques”.²⁷⁰

Todavia, o STJ não concedeu a segurança, assentando que a realização da diligência era ato discricionário da Administração Pública. A interpretação restritiva do instituto exsurge do excerto do voto do Ministro Relator Castro Meira abaixo transcrito:

[...] A simples leitura do dispositivo tido como malferido evidencia que a promoção de diligência é uma faculdade da Comissão de Licitação, constituindo, portanto, medida discricionária do administrador. Como é cediço, o poder discricionário é concedido, explícita ou implicitamente, ao administrador público, para a prática de determinados atos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade ou conteúdo, com vista a preservar o interesse público. No caso, a Comissão de Licitação tem o poder discricionário que lhe é conferido por lei, para decidir se há necessidade ou não de proceder-se à diligência, com o intuito de formar o seu convencimento na escolha da proposta que melhor atenda ao objetivo da administração. [...].²⁷¹

Quer dizer, o STJ nem mesmo analisou a juridicidade relativamente ao alcance da diligência, assentando que sua própria realização seria ato discricionário da Comissão Julgadora/Autoridade Superior. Entendemos que o posicionamento é absolutamente equivocado. Em realidade, nas palavras do próprio STJ no âmbito do Mandado de Segurança nº MS 5418/DF, REL. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, Julgado em 25/03/1998,

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 102.224/SP**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 05/04/2005, julgado em 23/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1747707&num_registro=199600468478&data=20050523&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁷¹ Ibidem.

No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contra-prova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais. [...].²⁷²

3.3.3 Decisões judiciais formalistas relativamente à análise da proposta

Em 2001, o STJ julgou o Recurso em Mandado de Segurança nº 10.847/MA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, adotando posicionamento formalista relativamente à controvérsia sobre análise de proposta. Tratava de licitação, na modalidade tomada de preços, na qual o candidato titular da proposta de menor preço fora desclassificado em virtude de constar em sua proposta os preços do objeto da licitação em unidades e não em metros, como explicitava o edital.

O STJ desacolheu as razões do Impetrante denegando a segurança. Argumentou a r. Relatora Ministra Laurita Vaz:

[...] É cediço que o edital é elemento fundamental no processo licitatório, uma vez que além de tornar pública a pretensão de contratar da Administração, também vincula esta e os administrados concorrentes quanto ao objeto colocado em disponibilidade.

Com efeito, o edital, enquanto instrumento convocatório, fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto e discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando, assim, todo o certame público. Exsurge dessa premissa, o princípio da vinculação ao edital, segundo o qual, todo o processo de licitação estará subordinado as regras nele estabelecidas, inclusive o julgamento das propostas. Procura-se, com isso, dotar o certame público de contratação de parâmetros objetivos que coibam a prática de atos irregulares.

Verifico que, no caso em exame, a Autoridade Impetrada desclassificou o Impetrante em face à inobservância do disposto nos itens 28, 29 e 30 do Edital da Tomada de Preços n.º 030/1997.

Não assiste razão a afirmação da empresa recorrente de que assim o fez em virtude da impossibilidade de apresentar a mercadoria em metro.

De fato, como bem afirmou a douta Subprocuradoria-Geral da República, deveria o Recorrente, com fulcro no art. 41, § 2.º, da Lei n.º 8.666/1993, ter solicitado informações à comissão permanente de licitação sobre eventuais dúvidas oriundas do edital, e não apresentado a mercadoria, ao seu alvitre, em outra medida. Por conseguinte, dissociou-se do previsto no edital, e só questionou a cláusula editalícia após a sua desclassificação.

Quedou-se, portanto, inerte, quando não poderia.

Ademais, não padece de ilegalidade o ato impetrado. Foi correta a desclassificação do Recorrente da licitação pública, pela comissão técnica,

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 5418/DF**. Relator Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 25/03/1998, publicado em 01/06/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700660931&dt_publicacao=01-06-1998&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 05 mar. 2016.

uma vez que respeitados os corolários da vinculação do instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes [...].²⁷³

Note-se que as razões de decidir são uma verdadeira ode ao formalismo. Parece-nos claro que simples apresentação de proposta com omissão relativamente à unidade de medida claramente não teria o condão de quebrar a isonomia entre os candidatos. Ademais, a elucidação do ponto seria de fácil resolução via diligência, o que foi desconsiderado na espécie.

Em 2002 o STJ novamente adotou uma linha formalista no julgamento do Recurso Mandado de Segurança 15.051/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. Tratava de licitação, na modalidade concorrência, realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para a construção da sede do *Parquet* no Município de Canoas. O candidato titular da proposta de menor preço global foi desclassificado pelo só fato de sua proposta ter um preço unitário superior ao valor máximo previsto no edital.

Todavia, o STJ denegou a segurança, mantendo o ato administrativo que desclassificara o impetrante do certame. Nesse sentido, a r. Relatora Eliana Calmon consignou:

Quanto aos arts. 44 e 45 da Lei de Licitações, não há violação alguma, na medida em que o menor preço tem de ser examinado a par dos preços unitários da proposta.

A exigência é óbvia porque pode se ter um preço global que se apresenta como sendo o menor preço, mas que tenha no detalhamento, chamado de preços unitários, valores inexecutáveis, ou incompatíveis com o mercado, como está previsto no art. 48, II, da Lei

8.666/93. Essas considerações demonstram o acerto da decisão impugnada [...].²⁷⁴

Ou seja, o STJ sequer ponderou a finalidade da exigência do edital descumprida pelo impetrante, optando pelo caminho da vinculação estrita aos termos do instrumento convocatório.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 10.847/MA**. Relatora Min. Laurita Vaz, julgado em 27/11/2001, publicado em 18/02/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=125375&num_registro=199900384245&data=20020218&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 15.051/RS**. Relator Min. Eliana Calmon, julgado em 01/10/2002, publicado em 18/11/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=511216&num_registro=200200755215&data=20021118&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

Em 2006, o STJ novamente referendou decisão formalista no REsp 651.395/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Tratava de licitação, modalidade concorrência, promovido pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura Terrestre (DNIT), para contratação de serviços de engenharia. O candidato titular da proposta de menor preço foi desclassificado, porque um preço unitário de sua proposta estava ligeiramente superior ao máximo admitido para o item no edital. Então, impetrou mandado de segurança, aduzindo basicamente:

[...] injurídica é a inabilitação de licitante, em se tratando de concorrência pública cujo critério de julgamento é o menor preço global, por conta da cotação do preço unitário insignificamente superior ao máximo fixado, excesso, aliás, justificado como mera irregularidade na atualização dos valores, uma vez que atenta contra o interesse público, já que a sua proposta é a de menor preço global, e às regras constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade [...].²⁷⁵

Porém, o STJ referendou o ato administrativo que desclassificara o impetrante. Nesse sentido, o r. Relator Castro Meira consignou:

A possibilidade de fixação de preço máximo unitário encontra respaldo no artigo 40 da Lei 8.666/93 [...].
O instrumento convocatório do concurso determina à fl. 62:
"18.3 - Serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do Edital, bem como as que apresentarem qualquer preço unitário e o valor global superiores ao do orçamento do DNIT, [...]"
Dessarte, resta claro o descumprimento pela ora recorrida do que preceituara o edital, razão a justificar a sua desclassificação do pleito, ainda que seu preço global ficasse dentro dos lindes estabelecidos como valor global
[...] Em nada lhe favorece a constatação de que fora consignado valor superior da proposta vencedora da licitação, tirada entre aquelas que observaram fielmente o que fora estabelecido no edital convocatório. O edital, como norma que rege o concurso, e a lei geral de licitações (Lei nº 6.899/93) devem ser rigorosamente observados pelos participantes, em todas as suas fases, não se permitindo que a comissão responsável possa dispensar a sua exigibilidade de qualquer dos licitantes. Haveria, inclusive, ofensa ao princípio da isonomia. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial. É como voto.²⁷⁶

Destaca-se que novamente o STJ não faz qualquer análise relativamente ao porquê de o instrumento convocatório prever o critério de aceitabilidade de preço

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 651.395/SC**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 18/05/2006, publicado em 30/05/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2428331&num_registro=200400458220&data=20060530&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁷⁶ Ibidem.

unitário (exigência desatendida pelo impetrante).²⁷⁷ Também, não se leva em conta o fato de o impetrante ser titular da proposta de menor preço.

Por fim, talvez o caso mais emblemático em defesa de um posicionamento mais rígido relativamente à vinculação ao edital tenha ocorrido no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23640, Relator Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001. Tratava de licitação do Ministério de Transportes para selecionar permissionário para serviço rodoviário interestadual de transporte de passageiros entre as cidades de Belo Horizonte/ MG e Conceição da Barra/ES. O candidato titular da proposta de menor preço foi desclassificado, porquanto sua proposta não estava rubricada nem assinada.

Então, impetrou mandado de segurança por excesso de formalismo, “notadamente em face do princípio constitucional que informa a licitação, vale dizer, o da proposta mais vantajosa para o Poder Público”. Nesse sentido, esclareceu que a irregularidade restou sanada na própria sessão de abertura dos envelopes com a assinatura da proposta pelo sócio da impetrante, presente à solenidade.

O debate entre os ministros do STF foi intenso, valendo o registro mais detalhado das posições antagônicas.

O r. Relator, Ministro Maurício Correa denegou a segurança, aduzindo:

[...] não houve o alegado excesso de formalismo quando da sua desclassificação, mas estrito cumprimento às normas que regem a espécie. A Lei nº 8.666, institui as normas a serem observadas pela Administração, para a realização do procedimento licitatório. Seu artigo 3º, o parágrafo único do artigo 4º desse diploma legal é categórico ao estabelecer que o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública, enquanto o artigo 41 estatui que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”²⁷⁸

Em complemento, referiu o r. Relator que o artigo 12 do edital dizia: “Os documentos contidos nos envelopes são os exigidos neste Edital e deverão ser apresentados em 01 (uma) via, com as páginas devidamente numeradas

²⁷⁷ JAPUR, José Paulo Dorneles. Critério de Aceitabilidade de Preços Unitários. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 77, p. 59-68, abr./maio 2012.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23640**. Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 16/10/2001, publicado em 05/12/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116030>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

sequencialmente, rubricadas e encadernadas, cuja primeira folha demonstrará o índice remissivo de seu conteúdo.” Assim concluiu:

Extrai-se daí ser indispensável a assinatura na proposta, o que não ocorreu no caso, circunstância que autorizou a Administração a rever o seu primeiro ato, que por ser contrário à lei e ao edital, não produziu nenhum efeito. Diante de **tal omissão insanável**, outra alternativa legal não poderia adotar a Comissão de Licitação senão a de desclassificar a proponente que não observou a exigência prescrita no artigo 12 do Edital, fazendo-o em cumprimento ao disposto no item 49 do mesmo ato convocatório, verbis: “Serão desclassificadas as propostas que não atendam às exigências do Ato Convocatório, bem como aquelas apresentadas em desacordo com a Norma Complementar nº 03/98 e este Edital de licitação (fls. 39).²⁷⁹

O Ministro Neri da Silveira aduziu que o fato de representante da recorrente [...] haver firmado a Ata da Reunião em que se abriram os envelopes, antes apresentados [...] não logra a eficácia de acrescentar, retroativamente, rubrica ou assinatura à proposta financeira, cuja formalização haveria de acontecer no momento inicial próprio [...].²⁸⁰

Em igual sentido o voto do Ministro Nelson Jobim:

A questão é saber se é possível relativizar as exigências do edital. Existe uma razão para o edital determinar que as páginas sejam devidamente numeradas, rubricadas e encadernadas. Como demonstrou o relator, a Comissão de Licitação e os representantes de cada licitante devem rubricar os documentos, após a sua abertura, para se evitar uma futura substituição dos mesmos. Se a Comissão de Licitação fosse a única a autenticar os documentos, haveria possibilidade e, por fraude, essa mesma Comissão substituir um documento por outro. [...] Pode, portanto, a Comissão examinando o edital e os problemas decorrentes de seu cumprimento, valorar as suas exigências para nominá-las meramente sanáveis e insanáveis? [...] Sou muito cauteloso ao relativizar exigências no edital, já que a Lei de Licitações, tendo em vista a longa experiência que o Brasil tem a respeito desse tema, estabelece, com clareza, que: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.” O que significa “estritamente vinculada”? Significa que não se pode relativizar sobre o que está contido no edital. Se no edital há algo errado, a lei permite que ele seja impugnado. Mas, não sei se, após o edital de licitação, afirmar que alguém deixou de cumprir

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23640**. Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 16/10/2001, publicado em 05/12/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116030>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁸⁰ Ibidem.

alguma exigência, fato incontestado, pode ser considerado um excesso burocrático.²⁸¹

Em sentido contrário, é dizer, no sentido de mitigar o excesso de formalismo, o voto do Ministro Marco Aurélio Mello:

Coloco o seguinte: além dessa proposta financeira, haveria um outro documento apresentado pela licitante?

Então, Senhor Presidente, o meu voto, no caso, e isso é extremo de dúvidas, porque reconhecido até mesmo da tribuna pelo advogado da recorrida, baseia-se no fato de ter havido remessa, à Comissão de Licitação, de documento assinado pela recorrente. A proposta técnica estaria assinada.

Senhor Presidente, isso permite a conclusão de que se deixou de rubricar a proposta financeira por um simples descuido. [...].²⁸²

Perceba-se que o r. Ministro Marco Aurélio Mello apontou a existência de indícios, noutros documentos insertos no caderno do candidato, de que a inconformidade decorria de mero esquecimento e não de intenção do candidato de apresentar proposta não séria ao órgão licitante. Por conseguinte, arrematou:

[...] parte-se para a convocação de um outro licitante, que não ofertou o melhor preço. Potencializar-se, a esta altura, **uma irregularidade que foi sanada quando da lavratura da ata relativa à abertura das diversas propostas, e com a aquiescência dos demais participantes da licitação, inclusive da própria recorrida, é placitar um prejuízo para a Administração Pública da ordem de R\$ 604.000,00 (seiscentos e quatro mil reais).**²⁸³

Perfilamo-nos às judiciosas razões do r. Ministro Marco Aurélio Mello. Nesse sentido, sublinhe-se que os demais votos não expõem qualquer critério racional relativamente ao porquê estar-se-ia diante de omissão insanável ou, ainda, por que se entendeu não sanada a inconformidade mesmo diante da assinatura da proposta em sessão pública, quando abertos os envelopes.²⁸⁴

Porém, seguindo o voto do Ministro relator, o STF denegou a segurança, mantendo a desclassificação do impetrante.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23640**. Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 16/10/2001, publicado em 05/12/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116030>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem.

4 CONCLUSÃO PARCIAL (PARTE II)

A intervenção da jurisprudência de órgãos de controle, especialmente do TCU, contribui e interfere no desenvolvimento do “formalismo hermenêutico” relacionado às licitações públicas.

Encontram-se inúmeras decisões no sentido de sobrelevar rigorismos formais nas licitações públicas. Nesse sentido, inclusive, é de se saudar decisões recentes as quais estimulam os agentes públicos a, sempre que possível, lançarem mão do instituto da diligência para superar inconformidades na documentação/proposta de candidatos antes de se proceder à exclusão sumária dos licitantes.

Por outro lado, ainda hoje se encontram decisões formalistas sobre o tema no âmbito da corte de contas. Ademais, há uma tendência cada vez maior de responsabilização de agentes por infortúnios decorrentes de contratações governamentais. Sintomático nesse sentido são as decisões que apenas servidores integrantes de comissão de licitação/pregoeiro por vícios decorrentes da má redação do instrumento convocatório, de erros nos projetos básicos/termos de referência etc. – atividades que sabidamente não são de competência da comissão de licitação/pregoeiro.

Da mesma forma, também a atuação do Poder Judiciário contribui para o “formalismo hermenêutico” ou para o excesso de formalismo na aplicação das leis relativas às licitações públicas pelos agentes públicos. É correto afirmar que, desde os anos seguintes à edição da Lei 8.666/93, observa-se uma tendência jurisprudencial de decisões que mitigam o formalismo excessivo nos processos licitatórios (embora ainda hoje haja inúmeras decisões judiciais formalistas).

Porém, nem mesmo esta tendência jurisprudencial no sentido de mitigar o formalismo excessivo nos processos licitatórios gera segurança jurídica nos agentes públicos que conduzem os certames. Como visto, mesmo que se leve em conta apenas as decisões do STJ colacionadas, tribunal com competência para unificar a interpretação de leis federais, não é possível extrair-se uma cognoscibilidade do Direito em matéria de formalismo em licitações públicas. Dito de outra forma, não é possível se extrair critérios racionais e coerentes das decisões.²⁸⁵

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p.249-265.

A título de exemplo, não é possível aferir o critério utilizado pelo STJ para distinguir mera irregularidade de inconformidade justificadora de exclusão de licitante. Também não se sabe o porquê há decisões entendendo que inconformidades em documentos de habilitação mereçam reprovabilidade menor comparativamente a inconformidades em documentos que integram a proposta de preço dos candidatos. Tampouco se pode inferir das decisões judiciais o quê é o “conteúdo substancial” da proposta, é dizer, o núcleo duro o qual inconformidades não são passíveis de serem sanadas. Da mesma forma, não se sabe o critério de juridicidade da utilização do instituto da diligência prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93, muito menos seu alcance.

Neste cenário, por vezes parece mais cômodo/seguro para os agentes públicos procederem a interpretações formalistas da lei como forma de “limpar as mãos”. Por de trás desta postura parece assentar o raciocínio de eximir-se de quaisquer responsabilizações junto a órgão de controle. Afinal, eventuais revisões de suas ações na condução dos certames seguramente o eximirão definitivamente de eventuais apontamentos de órgãos de controle, mas a recíproca não é verdadeira.

Esta conclusão empírica a todos que militam com licitações públicas foi corroborada por interessantíssimo estudo de Eduardo Jardim Pinto intitulado “Lei Das Licitações Públicas: instrumento de controle versus Instrumento de ação”, no qual o autor conclui

[...] Finalmente, é importante registrar um sentimento colhido no desenvolvimento das entrevistas. Notou-se nos funcionários que praticam a licitação pública, de uma maneira geral, um misto de inconformidade – em razão da imposição de resultados muitas vezes aquém do esperado – e **comodidade – em função de a lei restringir a possibilidade de o administrador assumir responsabilidades e constituir-se num anteparo capaz de absorver eventuais críticas quanto à eficiência e à eficácia do trabalho desenvolvido. [...] Nas estruturas burocráticas, as regras, ao mesmo tempo em que tolhem a ação, apresentam-se como uma boa justificativa para a paralisia. [...].**²⁸⁶

²⁸⁶ PINTO, Eduardo Jardim. **Lei das Licitações Públicas:** instrumento de controle versus Instrumento de ação. Porto Alegre, 1997. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-graduação em Administração Pública, Porto Alegre, 1997. p. 132. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31350/000155718.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se desconhece que a forma possui relevante papel no Direito. Todavia, sua função está ligada ao valor segurança. Ou seja, não possuindo finalidade autônoma. De outro lado, as licitações públicas têm como fim, precipuamente, selecionar a proposta mais vantajosa à Administração no provimento de bens, de serviços e de obras necessárias à consecução do interesse público, permitindo aos interessados na contratação igualdade de condições. Neste contexto, o formalismo no ordenamento jurídico brasileiro deve ser compreendido com vistas à promoção destes fins.

No Estado Constitucional a Administração Pública não está atada à clássica noção de legalidade enquanto vinculação positiva à lei; o agir estatal no Estado Pós-Moderno clama por eficiência, por agilidade, por consensualidade etc. A observância da legalidade formal cede espaço à juridicidade administrativa.

É neste contexto que se observa que formalismo do processo licitatório, como de resto a própria Administração Pública brasileira, mudou ao longo da história. Em realidade, longe de ser algo estático, o formalismo do processo licitatório está em constante evolução, acompanhando a mudança das necessidades estatais.

Parte-se do Código de Contabilidade da União de 1922, no qual praticamente inexistia um procedimento formal, podendo-se afirmar ter o gestor de então “carta branca”²⁸⁷ na contratação. Passa-se pelo gradual crescimento do formalismo do Decreto-Lei Federal nº 200/1967 e do Decreto-Lei Federal nº 2.300/1986. Então, acreditando-se que o máximo de formalismo e de casuismo acabaria com a corrupção nas compras governamentais, chega-se à Lei 8.666/1993.

Paralelamente à adoção deste “fetichismo legal”, tem curso o aumento do formalismo na aplicação desta legislação, gerando o fenômeno cunhado por Marçal Justen Filho como “formalismo hermenêutico”.

A exigência de um modelo de Estado mais dinâmico, célere e eficiente também influencia uma tendência à retração do “formalismo hermenêutico” via jurisprudência de tribunais de contas e de tribunais judiciais. Esta necessidade é corroborada com um processo de flexibilização do formalismo legal. Seguem esta linha a Lei 10.520/2002 (Pregão), a Lei 11.079/2004 (Parceria Público-Privada –

²⁸⁷ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação No Brasil*. Malheiros, 2013, p.38

PPP) e a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação – RDC), respectivamente.

Por conseguinte, um novo formalismo passa a informar os processos licitatórios no Brasil. O formalismo da licitação pública passa a estar comprometido com a eficiência da máquina pública. É com este mister que importantes alterações são introduzidas no ordenamento jurídico pátrio como, por exemplo, a inversão de fases, a unicidade recursal e, especialmente, a possibilidade de saneamento de defeitos na documentação dos candidatos.

Porém, de nada adiantará este modificado arcabouço legal, se não alterarmos a cultura subjacente à sua aplicação.²⁸⁸ É nesse sentido que urge procedermos à releitura de institutos e princípios que informam o procedimento licitatório.

À título de exemplo, o instituto da diligência previsto no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93 e no 7º do Decreto 7.581/11, relativo ao Regime Diferenciado de Contratação, deve ser compreendida como uma “válvula de escape”²⁸⁹ à transposição de inconformidades na documentação/proposta de candidatos que não trazem prejuízos à Administração Pública nem benefício ao proponente faltoso. Antes tida como mera faculdade da Comissão Julgadora/Autoridade Superior, a realização da diligência passa a ser um dever-poder para afastar o excesso de rigor na condução dos certames.

A releitura do instituto da diligência passa, necessariamente, pela exata compreensão do sentido e do alcance da isonomia entre os candidatos num certame. A isonomia garante aos interessados em contratar com o Estado, por exemplo, a previsão de qualquer discrimine no edital (seja na especificação do objeto, seja nos requisitos de habilitação) que não guarda qualquer relação com os anseios da Administração Pública na contratação; todavia, a isonomia não garante aos interessados em contratar com o Estado direito subjetivo à exclusão automática de seus concorrentes quando a respectiva documentação/proposta apresentar

²⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Revista dos Tribunais. Pág. 112: “o problema da identificação do precedente e de sua aplicação não é, portanto um problema essencialmente legislativo. É claro que uma legislação apropriada a respeito poderia prestar grande colaboração para adequada operação do sistema. Sem, contudo, uma reforma cultural – sem dúvida muito mais profunda e custosa do que qualquer outra – dificilmente se poderá contar com um processo civil efetivamente capaz de prestar tutela aos direitos levando em consideração as exigências que ressaem do trabalho com precedentes.”

²⁸⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa – Das fontes às garantias**. Coimbra: Livraria Almedina, 199, p. 92.

qualquer inconformidade com os termos do instrumento convocatório. Também é de se superar a idéia de que a isonomia entre os candidatos reclama da Comissão Julgadora/Autoridade Superior uma posição de neutralidade entre os licitantes.²⁹⁰ Com a devida vênia, referido posicionamento é anacrônico e inconstitucional com o Estado Constitucional. Dialogando com o Processo Civil, podemos referir que a Comissão Julgadora/Autoridade Superior está para o processo licitatório como o juiz está para uma demanda judicial, pois ambos devem ser um “sujeito processual ativo” na busca pela verdade.²⁹¹ Significa dizer, devem ser imparciais, mas jamais neutros.

No caso de eventual inconformidade entre documentação/proposta do candidato com os termos do instrumento convocatório, não deverá a Comissão Julgadora/Autoridade Superior ficar de braços cruzados como se nenhum interesse tivesse. Ao revés, deverá promover diligência de forma a elucidar e/ou a complementar a documentação/proposta já carreada ao processo licitatório, promovendo a competitividade da disputa e, por conseguinte, a vantajosidade da contratação. Abstendo-se de fazê-lo, os candidatos terão direito subjetivo em sua realização, podendo exigí-lo veiculando medida de representação, conforme previsão do Inciso II do art. 109 da Lei nº 8.666/93. Não resolvida a questão em âmbito administrativo, absolutamente cabível sua realização e juntada aos autos do processo licitatório pelo interessado.²⁹²

É fora de dúvida que nem sempre é simples determinar o limite entre o vício suprível e o defeito insanável. Tampouco se sugere uma tábua de respostas prontas a casos pré-determinados, solução típica de uma visão cognitivista do Direito. Porém, a segurança necessária dos atores do processo licitatório, particulares e

²⁹⁰ MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. Editora Saraiva. 2ª Edição, 1991 P. 9

²⁹¹ ASSIS, Araken. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Disponível em << http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf>> Acessado em: 12/03/2016

²⁹² O posicionamento é corroborado por Fernando Vernalha Guimarães para o qual “a inteligência do dispositivo invocado permite o raciocínio de que, ainda que a Administração não lance mão de meios de dirimir eventual dúvida ou incompletude acerca de documentação apresentada, o licitante poderá produzir nos autos do processo licitatório a documentação explicativa suplementar, dirimindo assim possível obscuridade existente. O suprimento de ausência de informações poderá ser promovido pelo próprio licitante, não podendo ser recusado pela comissão (demandando exame residual de mérito).” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Promoção de Diligências pela Comissão para Esclarecimento Acerca da Documentação – Aplicação do §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 – A Relativização do Formalismo no Processo Licitatório**. Boletim de Licitações e Contratos (ano 17, n. 5, maio 2004)

agentes públicos, reclama da comunidade jurídica o desenvolvimento de critérios racionais e coerentes para a determinação de quando e como promovê-la.

Sem pretensão de cravar todas as estacas da construção destes critérios, perfilando-nos a critérios hermenêuticos aplicados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pelo Bando Mundial em contratações internacionais, poderia se permitir a ampla possibilidade de correção de documentos declaratórios como atestados técnicos ou certidões fiscais (ou seja, documentos de fatos históricos). No que concerne aos documentos de natureza constitutiva como, por exemplo, a proposta, parece-nos razoável tolerância (*waiver*) a escoima via diligência quando não afetar seu conteúdo substancial, assim considerados o preço, a quantidade, as condições e a qualidade.²⁹³

²⁹³ GORDILLO, Agustín. **A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório**. In: GÊNESIS – Revista de Direito Administrativo Aplicado. – v. 2 – agosto/1994,

REFERÊNCIAS

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

ASSIS, Araken. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Disponível em << http://www.rkladvocacia.com/arquivos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf>> Acessado em: 12/03/2016

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Concorrência Pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 80, p. 395-403, abr./jun. 1965.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. Das Concorrências. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 95, p. 10-18, jan./mar. 1969.

BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 6, n. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos estados. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 194, p. 97-106, out./dez. 1993.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo. Cia das Letras, 2001.

CAPOBIANCO, Eduardo. PPP e Licitações: Pontos Polêmicos. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**: Refundido e Atualizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas S.A, 1956.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**: Exposição Summária e Abreviada. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1914.

DALLARI, Adílson. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DROMI, José Roberto. **La Licitación Pública**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação**: teoria e prática. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 1999.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de Compras e Contratações**: trajetória e mudanças na administração pública federal. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, 2010.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Instituto Brasileiro de Direito Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 21, p. 3-9, fev./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-luciano-ferraz.pdf>>. Acesso em: 12 nov.2015.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Concorrência Pública**: licitações: concorrência, tomada de preços, convite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 1996.

GORDILLO, Agustín. A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório. **Gênese – Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v. 2, p. 343-360, ago. 1994.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Promoção de Diligências pela Comissão para Esclarecimento Acerca da Documentação – Aplicação do §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 – A Relativização do Formalismo no Processo Licitatório. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 17, n. 5, maio 2004.

HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99. In: HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo**: Lei nº 9.784/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JAPUR, José Paulo Dorneles. Critério de Aceitabilidade de Preços Unitários. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 77, p. 59-68, abr./maio 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 94, p. 996-1024, dez. 2001. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf58.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KELMAN, Steven. **Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance**. Washington (D.C): AEI Press, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Licitação. Desclassificação com base em violações à lei e ao conteúdo do edital. Hipótese em que não se configura mero formalismo. Decisão administrativa regularmente motivada. Modicidade da tarifa. Proposta que melhor atende ao interesse público. [Parecer nº 0355/97]. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v. 4, n. 15, p. 994-1012, out./dez. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1948.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Da Licitação**. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros.

MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O combate ao desperdício no gasto público**: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro. Campinas, SP, 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Campinas . Instituto de Economia, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Apontamentos sobre legalidade e licitação**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia das Licitações e Contratos Públicos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 1997.

MOURA, Mauro Hiane de. **A autonomia contratual da administração pública**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

MUKAI, Toshio. **O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NIENUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 5. ed. Curitiba: Zênite, 2008.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. **Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa: Das fontes às garantias**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: CEDIPRE. **Estudos de Contratação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.1.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. O Processo Licitatório das Parcerias Público Privadas In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Eduardo Jardim. **Lei das Licitações Públicas: instrumento de controle versus Instrumento de ação**. Porto Alegre, 1997. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas,

Programa de Pós-graduação em Administração Pública, Porto Alegre, 1997. p. 132. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31350/000155718.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada: a MP nº 495, de 19.7.10. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n.104, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROSILHO, André Janjácomo. **Qual é o Modelo Legal das Licitações No Brasil?: As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento, 2011.

SILVA, Antônio Marcello. O princípio e os princípios da licitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 69, n. 532, p. 27-34, fev. 1980.

SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar licitações?. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 54, p. 19-28, mar./abr. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666-93 e 8.883-94. São Paulo: Malheiros, 1994.

ZYMLER, Benjamin. As Licitações no Âmbito das Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação (RDC)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014

JURISPRUDÊNCIA CITADA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 5.281/DF**. Relator. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 12/11/1997, publicado em 09/03/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=5281&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 6.357/DF**. Relator Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 29/11/2001, Julgado em 08/04/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=77409&num_registro=199900433041&data=20020408&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Mandado de Segurança nº 5.418/DF**. Relator Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 25/03/1998, publicado em 01/06/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700660931&dt_publicacao=01-06-1998&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Mandado de Segurança nº 5.829/ES**. Relator Min. Garcia Vieira, julgado em 10/02/1999, publicado 29/03/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800394109&dt_publicacao=29-03-1999&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 16.697/RS**. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 22/03/2005, publicado em 02/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1714116&num_registro=200301136358&data=>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 797.179/MT**. Relator Min. Denise Arruda, julgado em 19/10/2006, publicado em 07/11/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=797179&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 657.906/CE**. Relator Min. José Delgado, julgado em 04/11/2004, publicado em 02/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1708501&num_registro=200400643944&data=20050502&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 421.946/DF**. Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 07/02/2006, publicado em 06/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1708501&num_registro=200400643944&data=20050502&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

ncial=2150639&num_registro=200200335721&data=20060306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma **Recurso Especial nº 1.178.657/MG**. Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/09/2010, publicado em 08/10/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1006026&num_registro=200901256046&data=20101008&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 10.847/MA**. Relatora Min. Laurita Vaz, julgado em 27/11/2001, publicado em 18/02/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=125375&num_registro=199900384245&data=20020218&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 15.051/RS**. Relator Min. Eliana Calmon, julgado em 01/10/2002, publicado em 18/11/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=511216&num_registro=200200755215&data=20021118&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 6.198/RJ**. Relator Min. Ari Pargendler, julgado em 13/12/1995, publicado em 26/02/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=6198&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 102.224/SP**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 05/04/2005, DJ 23/05/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199600468478&dt_publicacao=23/05/2005>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 947.953/RS**. Relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14/09/2010, publicado em 06/10/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=947953&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 1.190.793/SC**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 24/08/2010, publicado em 08/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1190793&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 1.299.379/BA**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 19/06/2012, publicado em

03/08/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23058420&num_registro=201103078670&data=20120803&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 102.224/SP**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 05/04/2005, julgado em 23/05/2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1747707&num_registro=199600468478&data=20050523&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 651.395/SC**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 18/05/2006, publicado em 30/05/2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2428331&num_registro=200400458220&data=20060530&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 542.333/RS**. Relator Min. Castro Meira, julgado em 20/10/2005, publicado em 07/11/2005. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=542333&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23.714**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/09/2000, publicado em 13/10/2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116038>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 24.736**. Relator Min. Luiz Galotti, julgado em 12/04/1954, publicado em 16/07/1954. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=125914>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23.640**. Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 16/10/2001, publicado em 05/12/2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116030>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.716.**, Relator Min. Eros Grau, julgamento em 29.11.07, DJE de 07.03.08. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513627>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 1430**. Relator Min. Edgard Costa, julgado em 16/08/1951, publicado em 06/12/1951.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82009>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2ª Câmara. **Processo TC-008.596/2008-0. Acórdão nº 4621/2009**. Relator Min. Benjamin Zymler, publicado em 01/09/2009.

Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC06954499P.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Comunicação de Cautelar TC-016.235/2012-6**. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 27/6/2012. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1758/2003**. Relator Des. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 19/11/2003. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-004.809/1999-8. Acórdão nº 695/1999**. Relator Min. Marcos Vilaça, julgado em 06/10/1999, publicado em 08/11/1999. Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC06954499P.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-010.355/95. Acórdão nº 178/96**. Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julgado em 16/10/1996. Disponível em:

<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERADO_TC-19512.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-01.094/2004-4. Acórdão nº 483/2005**. Relator Min. Augusto Sherman, julgado em 22/03/2005. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC 004.709/2005-3. Acórdão nº 668/2005**. Relator Min. Augusto Sherman, julgado em 25/05/2005.

Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-007.501/2013-7. Acórdão nº 1170/2013**. Relatora Min. Ana Arraes, julgado em 15/05/2013. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-016.462/2013-0. Acórdão nº 3381/2013**. Relator Min. Valmir Campelo, julgado em 04/12/2013.

Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-024.031/2006-1. Acórdão nº 491/2010**. Relator Min. José Múcio Monteiro, julgado em 17/03/2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERAD O_TC-19512.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-000.312/2011-8. Acórdão nº 1924/2011**. Relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 27/07/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-003.165/2010-8. Acórdão nº 552/2010**. Relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 24/03/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-006.029/95-7. Acórdão nº 472/95**. Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi, julgado em 13/09/1995, publicado em 02/10/1995. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960109%5CGERAD O_TC-19512.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-008.284/2005-9. Acórdão nº 2003/2011**. Relator Min. Augusto Nardes, julgado em 03/08/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-010.109/2009-9. Acórdão nº 744/2010**. Relator Min. Valmir Campelo, julgado em 23/02/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Processo TC-025.560/20115. Acórdão nº 2767/2011**. Relator Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 19/10/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Representação TC-021.364/2013-3. Acórdão nº 2459/2013**. Relator Min. José Múcio Monteiro, julgado em 11/09/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo TC-029.610/2009-1. Acórdão nº 352/2010**. Plenário. Relator Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, julgado em 03/03/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Segunda Turma. **Apelação em Mandado de Segurança nº 03498344**. Relator Min. Gueiros Leite, julgado em 22/05/1984, publicado em 28/06/1984. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=03498344&b=TFRC&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em: 02 mar. 1985.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). **Agravo de Instrumento nº 5028470-50.2013.404.0000**. Relatora p/ Acórdão Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 25/02/2014, publicado em 28/02/2014. Disponível em:

<https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41393605626462721030000000074&evento=41393605626462721030000000055&key=fa3b5d12ae8f3850df7cd19483de82d3adfb4ccf4b55969d6bba4ab40e6e0d55>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Quarta Turma. **Apelação Cível nº 5004576-17.2015.404.7100**. Relator p/ Acórdão Des. Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, julgado em 20/10/2015. Disponível em:

<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50045761720154047100&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todas fases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=7d78cb8db15be6144444eaf9b1cb0281&txtPalavraGerada=dhx&txtChave=>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma **Agravo de Instrumento nº 5016309-76.2011.404.0000**. Relatora p/ Acórdão Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 28/02/2012. Disponível em:

<https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41330439069062691020000000296&evento=41330439069062691020000000036&key=f73baa4aba6bd9b3d44b659518ebc0ec7b0afd8e97476fcb962a63c87b01b016>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma. **Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.030586-3**. Relatora Des. Carla Evelise Justino Hendges, julgado em 29/01/2008, publicado em 05/03/2008. Disponível em:

<http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2074736&hash=de4ee542bbdbb115d928f9bbf2e9306>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma. **Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.030586-3**. Relatora Des. Carla Evelise Justino Hendges, julgado em 29/01/2008, publicado em 05/03/2008. Disponível em:

<http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2074736&hash=de4ee542bbdbb115d928f9bbf2e9306>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Terceira Turma. **Apelação Cível nº 2007.72.00.009597-8**. Relator Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 09/11/2010, publicado em 19/11/2010. Disponível em:

<http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3742829&hash=d9b9efb94f59e548dfc05b01a1d74301>. Acesso em: 04 mar. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 5/76**. Relator Des. Marino Braga, julgado em 3/06/1976. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 9, n. 45-46, p. 143-146, jan./jun. 1978.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível Especial. **Agravo de Petição nº 11.383**. Relator Des. Manoel Brustoloni Martins, julgado em 24/03/1970. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 14, p. p. 240-244, out./dez. 1970.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. **Recurso de Apelação nº 9.529**. Relator Des. L.G. Gyges Prado, julgado em 15/03/1955.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara. **Apelação nº 243.445**. Relator Des. Batalha de Camargo, julgado em 26/08/1975. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/EGov/Processos/Consulta/Default.aspx>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

LEGISLAÇÃO CITADA

ESPAÑA. Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum. Ley 30, de 26 de noviembre de 1992. **BOE**, Madrid, n. 285, 27 nov. 1992.

BRASIL. Constituição (1946). **Emenda Constitucional nº 15, 05 de julho de 1965**. Torna obrigatória a declaração de bens de candidatos e cargos eletivos, proíbe e considera nulos atos de nomeação ou admissão de pessoal, contratos de obras, aquisição de equipamentos e máquinas... Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-15-5-julho-1965-363990-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.550, de 27 de julho de 2000**. Dá nova redação a dispositivos do Decreto nº 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, [...], a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3550.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2000**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973**. Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73140-9-novembro-1973-421887-publicacaooriginal-82748-pe.html>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei de 29 de agosto de 1828**. Estabelece regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, abertura de canaës, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aqueductos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38195-29-agosto-1828-566164-publicacaooriginal-89803-pl.html>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Disponível em: 02 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. **Regulamento Geral de Contabilidade Pública**. Aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

SÃO PAULO [Estado]. **Lei nº 89, de 27 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do Estado e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1972/lei-89-27.12.1972.html>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SÃO PAULO [Município]. **Lei nº 8.248, de 7 de maio de 1975**. Dispõe sobre obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do município de São Paulo, dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1975/824/8248/lei-ordinaria-n-8248-1975-dispoe-sobre-obras-servicos-compras-e-alienacoes-da-administracao-centralizada-e-autarquica-do-municipio-de-sao-paulo-da-outras-providencias>>. Acesso em: 20 jan. 2016.