



SANEPROJ AMBIENTAL LTDA

~~090145~~

000118

Criado em:	05/01/2017 11:33:28
Requerente:	SANEPROJ AMBIENTAL LTDA
Status:	Em Andamento
Destino:	1.0.07.00.01 - COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES
Assunto:	ENCAMINHA RECURSO ADMINISTRATIVO REFERENTE A TOMADA DE PREÇOS Nº021/2016-DESO, CONFORME SEGUE DOCUMENTOS EM ANEXO.

DESPACHOS

[illegible]

Exmo. Sr. Vinícius Aragão Santiago Costa, DD. Presidente da Comissão de Licitação,
da Companhia de Saneamento de Sergipe.

MODALIDADE: Tomada de Preços nº 021/2016 - DESO

OBJETO: Elaboração de Projeto Executivo de Barragem de Terra no Riacho Guararema, em Santa Luzia do Itanhy, Estado de Sergipe, integrante do Sistema Integrado de Abastecimento de Água de Itabaianinha, Umbaúba e Tomar do Geru, neste Estado.

SANEPROJ AMBIENTAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita na CNPJ sob Nº 25.019.065/0001-00, com sede à Rua Mário Pinheiro Nº 128 - Bairro Vila Guilherme – São Paulo SP, licitante, vem tempestivamente, com fundamento nos arts. 5º, XXXIV e LV, “a”, e 37, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, combinados com as determinações contidas na Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, mais precisamente o artigo 109, inciso I, alínea “a)”, bem como dentro do prazo legal e nos termos do art. 109, inciso III, §3º, da Lei 8.666/93 interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

Perante a esta digna comissão julgadora de licitação, pelos motivos de fato e de direito a seguir articulados.

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Atendendo à convocação dessa Instituição para o certame licitacional supramencionado, veio a recorrente dele participar com outra licitante, pelo que apresentou proposta almejando ser contratada.

Sucede que, depois de ter sido aberto o ENVELOPE “A” (PROPOSTA COMERCIAL) no pleito, a concorrente se manifestou, sob a alegação de que a proposta da recorrente não apresentava a composição de preços unitários.

Ocorre que, tal apontamento veio ser analisado pela digna Comissão de Licitação, apresentando-se assim na ATA DE SESSÃO DE DIVULGAMENTO DA ANÁLISE DOS ENVELOPES “A” (PROPOSTA COMERCIAL), REFERENTE À TOMADA DE PREÇOS Nº021/2016 – DESO como a recorrente como desclassificada.

Na ATA descrita acima a digna Comissão de Licitação, aponta que a recorrente,

“...não apresentou a composição de preços unitários em sua proposta conforme solicitado

no item 6.3 alínea "b" do edital, sendo portanto considerada desclassificada..."

Desta forma entendemos que ocorreu um erro na descrição, sendo o correto a alínea "c" no texto da referente ATA, de forma que seguiremos com o recurso sobre a mesma.

Além do transcrito anteriormente é apresentado na mesma ATA, que em complemento ao item 6.3 a comissão baseia-se também no item 6.6 da peça editalícia, que segue:

"6.6 – Serão desclassificadas as firmas que deixarem de atender ao disposto nos itens e subitens acima."

Da mesma forma a recorrente cita o texto complementar da do item 6.3 alínea "c":

"É facultada à comissão ou à autoridade superior a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar as composições unitárias dos preços apresentados pelo licitante, desde que não altere o valor da proposta;"

Bem como a recorrente apresenta outras partes da peça editalícia que compõe o
CAPÍTULO VI:

“Os preços propostos deverão contemplar todas as despesas necessárias, impostos e taxas, leis sociais, seguros, mão de obra e quaisquer encargos que incidam ou venham a incidir, direta ou indiretamente na execução dos serviços. Em caso de omissão, serão considerados inclusos nos preços apresentados.”

“A planilha orçamentária deverá ser apresentada impressa e em meio magnético, em arquivo do MS EXCEL. Eventualmente, se necessário, a DESO poderá solicitar a apresentação da planilha orçamentária em arquivo ORSE.”

Desta forma o entendimento que a planilha com preenchimento detalhado conforme é apresentado no sistema ORSE não apresentavam caráter essencial para o julgamento das propostas não sendo fato de alta relevância dados omitidos.

A aludida desclassificação afigura-se como ato nitidamente ilegal, como à frente ficará demonstrado.

II – DAS RAZÕES DA REFORMA

A decisão sob comento, merece ser reformada, porque conforme aponta MARÇAL JUSTEN FILHO, autor é Professor Titular da UFPR, Doutor em Direito pela PUC-SP, em Parecer publicado no ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n.º 94, dez/2001, p. 996-1024

Ninguém duvida que as finalidades da licitação sejam “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional” (art. 3º, caput).

Do mesmo modo, também não se discorda que, segundo os termos da própria Lei nº 8.666/93:

“O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública” (art. 4º, par. un.).

A questão que propomos é saber qual o limite para o formalismo exigido para o processamento da licitação e a partir de que ponto esse formalismo necessário excede a sua finalidade e impede a realização do objetivo da licitação de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração?

Examinando a questão sob o enfoque do saneamento de vícios formais de propostas. De acordo com o art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/93,

“É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

Pois então, qual o limite para a realização de diligências e esclarecimento ou complementação de informações das propostas em exame?

Em licitações para contratação de obras, imagine-se, por exemplo, que a licitante que cotou o menor preço global deixou de indicar os preços de alguns insumos, contrariando disposição explícita do edital que impunha essa obrigação. Seria possível admitir a correção da planilha de preços unitários, mantendo-se o valor global? Essa prática corresponderia ao saneamento de defeito meramente formal, nos limites da Lei nº 8.666/93? Ou configuraria a correção de vício material e, portanto, conduta vedada pela Lei nº 8.666/93?

Para fomentar o raciocínio, lembramos que, segundo a Instrução Normativa SLTI nº 02/08,

“Quando a modalidade de licitação for pregão, a planilha de custos e formação de preços deverá ser entregue e analisada no momento da aceitação do lance vencedor, em que poderá ser ajustada, se possível, para refletir corretamente os custos envolvidos na contratação, desde que não haja majoração do preço proposto” (art. 24).

A mesma IN nº 02/08 também prevê que,

“A análise da exequibilidade de preços nos serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra do prestador deverá ser

realizada com o auxílio da planilha de custos e formação de preços, a ser preenchida pelo licitante em relação à sua proposta final de preço" (Art. 29-A, caput).

E nesse caso,

"Erros no preenchimento da Planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação" (Art. 29-A, § 2º).

Seria possível argumentar que a IN nº 02/08 regulamenta apenas "contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG" (art. 1º), e que a situação proposta para exame neste post enfoca a contratação de uma obra.

Contudo, a Instrução Normativa nº 02/08 é um ato administrativo, dessa forma, sujeito aos limites da lei. Daí porque, se de acordo com a IN nº 02/08, erros no preenchimento da planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, admitindo-se a sua correção sem a majoração do preço ofertado, deve-se concluir que, a princípio, esse procedimento atende aos limites do art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/93. Pelo menos, até o presente momento, nenhum órgão competente declarou a ilegalidade dos arts. 24 e 29-A, § 3º da IN nº 02/08.

Uma vez entendido que os arts. 24 e 29-A, § 3º da IN nº 02/08 se conformam aos limites legais, seria possível aplicar o procedimento de saneamento de vícios nas planilhas de formação de preços neles previstos para as licitações cujo objeto seja a contratação de uma obra?

Qual seria o prejuízo para a Administração em admitir que a licitante que cotou o menor valor global ajustasse os preços unitários de insumos indicados em sua planilha de preços que porventura não atendessem aos critérios de admissibilidade fixados no edital, sem a possibilidade de majoração do preço total ofertado? De igual sorte, se fosse assegurada a mesma possibilidade, qual o prejuízo para as demais licitantes, caso incidissem em condição similar?

O exame da evolução histórica da interpretação-aplicação da Lei nº 8.666 comprova a prevalência de tendências comuns a todos os ramos do Direito no tocante ao formalismo.

Em todas as manifestações jurídicas, a forma apresenta enorme relevo. Mas a forma é de extraordinária relevância no tocante aos atos jurídicos propriamente ditos.

O critério diferencial entre fatos e atos jurídicos se vincula à existência de um vínculo com a vontade¹ de um sujeito de direito.

¹ Não pode ser objeto deste parecer a análise do conceito de vontade, inclusive pelas derivações não jurídicas, de natureza biológica, envolvidas. A afirmação da vontade como um processo psicológico livre não significa ignorar todas as disputas sobre o tema, nem importa tomada de posição acerca das diversas teorias, O que se

Os fatos jurídicos são ocorrências verificadas no mundo, aptas a produzir efeitos jurídicos, mas caracterizadas juridicamente como eventos puramente externos, destituídos de relação com a vontade de um sujeito. Assim, uma ocorrência puramente natural pode ser qualificada como fato jurídico, na medida em que o Direito preveja que essa mera ocorrência externa desencadeará determinados efeitos jurídicos, independentemente da participação de vontade humana. Assim, por exemplo, um terremoto pode ser fato jurídico impeditivo da exigibilidade de uma obrigação.

Muitas vezes, eventos relacionados com o ser humano são tomados pelo Direito como meros fatos jurídicos. Isso se passa quando é dada relevância à qualidade de eventos da natureza. E o caso da morte, que se constitui em fato jurídico para inúmeros efeitos. O mesmo se passa no campo tributário, em que a configuração de um fato signo-presuntivo de riqueza é suficiente para produzir o nascimento de obrigações tributárias. E tradicional a utilização da expressão fato gerador, indicando que se trata de um fato jurídico.

Já os atos jurídicos se configuram como eventos relacionados à vontade de uma pessoa. Significa que o ato jurídico é uma ocorrência materializada no mundo físico como emanção da vontade de um sujeito. Nesses casos, é relevante para o Direito não apenas a ocorrência externa, física. Aliás, é muito mais importante para o

afirma é que a vontade envolve um grau de incerteza e indeterminação muito mais notáveis do que se passa com outros fenômenos naturais. Essa afirmativa até pode revelar-se, com progresso científico, como falsa. Aliás, o estudo das menores partículas do átomo vai evidenciando a absoluta imprevisibilidade e incerteza acerca do comportamento natural de certos elementos.

Direito à vontade interna do sujeito, a qual consiste no real fundamento da produção de efeitos jurídicos. Na clássica lição de Enneccerus, Kipp e Wolff, tem extrema importância, lógica e histórica, o tema de o ato jurídico requerer “além da declaração, uma vontade interna (vontade de negócio) congruente com esta declaração (ou seja, dirigida aos efeitos que se qualificam de efeitos desejados)”.²

Assim, por exemplo, o Direito Penal configura o crime como uma ação punível na medida da culpabilidade. A ausência de vontade pode eliminar a própria configuração de um crime, tal como se passa com os atos dos inimputáveis. No direito privado, adota-se regra explícita no sentido de que, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (Cód. Civil, art. 85).

Em termos muito amplos, poder-se-ia considerar que a forma consiste no modo como algo se passa no mundo. Para fins jurídicos, a forma consiste no modo pelo qual se consuma um evento juridicamente relevante. Quando se consideram atos jurídicos em sentido próprio, a expressão forma indica o meio pelo qual a vontade de um sujeito se exterioriza no mundo externo.

Uma das diferenças fundamentais entre fatos jurídicos e atos jurídicos se relaciona à questão da forma. A diversa estrutura dos dois conceitos produz decorrências de grande relevo a propósito da forma.

² Tratado de Derecho Civil, t. 1 — 2º, v. 1º. Trad. de Bias Pérez González e José Alguer. Barcelona, Bosch Editorial, 1981, p. 309 — original em castelhano.

Como um fato jurídico se configura como mera ocorrência no mundo externo, a questão da forma apresenta relevância muito menor. Basta que o evento ocorra no mundo externo, por qualquer via, para serem gerados os efeitos jurídicos a ele vinculados. Suponha-se a questão da abertura da sucessão universal, que deriva do evento morte da pessoa física. Para produção dos efeitos previstos pelo Direito, é irrelevante a causa, o meio ou as circunstâncias pelos quais se produz a morte. É problemático aludir à forma para esses eventos puramente naturais, já que a ausência de vínculo com a vontade humana conduz o Direito a acolher os eventos do modo como se verificarem fisicamente. Qualquer disciplina jurídica que ignore a realidade puramente fática incidirá no âmbito da ficção. O exemplo tradicional se reporta ao Direito Romano, que considerava como morto o soldado capturado pelos inimigos. A regra se destinava, especificamente, a autorizar a abertura da sucessão do cativo.

Totalmente distinta é a disciplina dos atos jurídicos. O Direito considera como relevante a vontade do sujeito. A forma do ato jurídico é o modo através do qual a vontade deixa de ser um processo psicológico puramente interno e se traduz numa manifestação objetiva, no mundo externo. O Direito apanha esse evento externo, mas não por reputá-lo relevante em si mesmo. A relevância do evento externo é derivada da sua aptidão a revelar a vontade de um sujeito.

Um ato jurídico somente se aperfeiçoa através de manifestação externa, física, da vontade. Mas a natureza intrínseca da liberdade humana é inerente à própria

vontade acarreta a possibilidade de variações e escolhas inclusive quanto ao modo de sua exteriorização.

Ou seja, a vontade humana é o fundamento que conduz o sujeito a agir ou a não agir. Mas a liberdade de escolha abrange não apenas essa opção. Atinge inclusive os meios pelos quais uma ação ou omissão se aperfeiçoam. Portanto, a forma também não é sujeita à característica da inevitabilidade³ própria dos eventos da natureza, mas apresenta-se indissociavelmente vinculada ao processo de liberdade que dá identidade à própria vontade humana.

Sob um certo ângulo, poder-se-ia dizer que há uma indissociável vinculação entre as escolhas realizadas pelo ser humano e o meio de sua exteriorização. Até se poderia supor que esse meio de exteriorização pode ser tão relevante para o ser humano quanto a própria escolha entre agir e não agir. Muitas (senão todas as) vezes, a decisão do ser humano se fundamenta sobre o modo através do qual sua vontade se exteriorizará. A forma através da qual a decisão se materializará está intrinsecamente relacionada com a formulação da própria decisão. O mesmo se pode dizer quanto aos efeitos frente a terceiros de uma certa manifestação de vontade. Aliás e nessa linha, adquiriu grande prestígio a abordagem comunicacional (pragmática) dos fenômenos sociais jurídicos e não jurídicos. Durante certo tempo, tornou-se uma máxima generalizada a concepção de que “o

³ Insista-se, ainda uma vez, que a expressão **inevitabilidade dos eventos da natureza** é utilizada muito mais num sentido figurativo do que em termos reais. O que se pretende é destacar a submissão dos eventos da natureza a processos de causalidade externos à vontade humana. Existe inevitabilidade apenas no sentido de que não basta o ser humano **querer** para que tal influencie o desenrolar dos eventos da natureza. Já as condutas humanas são relacionadas diretamente a esse **querer**.

meio é a mensagem” que refletiu concepções similares no âmbito jurídico. Chegou-se a aludir a “enunciados performativos”, em que o resultado jurídico pretendido era obtido através da forma através da qual se produzia uma atuação externa.⁴

Daí deriva que o Direito pode disciplinar não apenas as manifestações da vontade, como também o modo através do qual a vontade se exterioriza e adquire existência no mundo físico. Na medida em que o modo de exteriorização é relevante para o sujeito, também pode apresentar importância para a comunidade. Daí a possibilidade de o Direito disciplinar não apenas aquilo que pode ou não pode ser feito, mas também o como esse algo poderá ou não poderá fazer-se.

O grau de intensidade da disciplina jurídica acerca do modo de exteriorização da vontade do sujeito de direito propicia o surgimento do formalismo jurídico. Consiste na elevação da forma de manifestação da vontade humana em categoria jurídica autônoma, objeto de disciplina própria e específica. Quanto maior a preocupação do Direito com o modo de formação dos atos jurídicos, tanto mais intenso será o grau de formalismo jurídico.

Supondo-se que tal fosse possível, a absoluta ausência de disciplina acerca da forma dos atos jurídicos por parte de um determinado ordenamento jurídico acarretaria a correspondente ausência de formalismo jurídico.

⁴ As referências bibliográficas acerca do tema são por demais amplas. Por todos, veja-se Georg Flenrik Von Wright (*Norm and Action*, 3^{ra} reimpr. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977), Tércio Sampaio Ferraz jr. (*Teoria da norma jurídica*, 2^a ed., São Paulo, Forense, 1986) e Maria Celeste C. Leite dos Santos (*Poder jurídico e violência simbólica*, São Paulo, Cultural Paulista, 1985).

Insista-se, ainda uma vez, que a expressão inevitabilidade dos eventos da natureza é utilizada muito mais num sentido figurativo do que em termos reais. O que se pretende é destacar a submissão dos eventos da natureza a processos de causalidade externos à vontade humana. Existe inevitabilidade apenas no sentido de que não basta o ser humano querer para que tal influencie o desenrolar dos eventos da natureza. Já as condutas humanas são relacionadas diretamente a esse querer.

As referências bibliográficas acerca do tema são por demais amplas. Por todos, veja-se Georg F-lenrik Von Wright (Norm and Action, 3[~] reimpr. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977), Tércio Sampaio Ferraz jr. (Teoria da norma jurídica, 2[~] ed., São Paulo, Forense, 1986) e Maria Celeste C. Leite dos Santos (Poder jurídico e violência simbólica, São Paulo, Cultural Paulista, 1985).

Ressalte-se que o formalismo jurídico não significa a ausência de forma para os atos jurídicos. A vontade se manifesta através de certos modos. Portanto, todo e qualquer ato jurídico apresenta uma forma. O formalismo consiste não na exigência de que os atos jurídicos apresentem forma jurídica, mas se configura como a imposição de que sigam determinadas formas jurídicas como requisito para a produção dos efeitos buscados pelo sujeito. O formalismo se caracteriza pela previsão normativa de que a vontade do sujeito apenas será considerada juridicamente relevante quando adotados determinados modos de exteriorização.

A graduação do formalismo se relaciona com a amplitude maior ou menor das exigências acerca da forma. A ausência de formalismo se configura quando se admite a adoção de qualquer forma para a exteriorização da vontade. Quanto menor a liberdade assegurada aos sujeitos para escolha de alternativas para expressão de sua vontade, tanto maior o formalismo. E assim se passa porque a redução da margem de liberdade do sujeito para produzir escolhas acerca do modo de exteriorização da vontade reflete a idéia de que o como é mais importante do que o quê. A redução da liberdade de escolha acerca da forma deriva da avaliação de que mais importante do que a vontade é o modo pelo qual ela se exterioriza.

A ampliação do formalismo pode atingir o ponto em que haja uma única opção formal para o aperfeiçoamento do ato jurídico. Elimina-se a autonomia da vontade não através da exclusão da liberdade de escolha acerca das condutas a adotar, mas pela rigorosa disciplina sobre o modo de exteriorizar a escolha.

Mas o formalismo pode ultrapassar o nível da pura e simples eleição de uma única alternativa para a exteriorização da vontade. Pode derivar no surgimento de exigências destituídas de utilidade ou significação, o que se denomina de ritualismo jurídico.

O ritualismo é o máximo do formalismo, caracterizando-se quando a produção de efeitos jurídicos é vinculada a um procedimento material consistente numa sucessão rígida e imutável de atos e fórmulas, cujo conteúdo não é propriamente relevante e o significado nem sequer necessita ser conhecido pelos interessados.

De modo genérico, a evolução cultural conduziu à contínua e permanente redução do formalismo jurídico. Quanto mais simples e rudimentar uma ordem jurídica, tanto maior é o grau de formalismo. Essa asserção pode ser tomada como uma espécie de postulado extraído da observação antropológica.

Assim, a comparação das diferentes culturas demonstra que aquelas em estágio mais rudimentar atribuem à forma importância muito superior à reconhecida à vontade propriamente dita. Assim, atribuem-se caracteres quase mágicos a certas formalidades, com a necessidade da prática de rituais para a produção de efeitos jurídicos.

O estudo do Direito Romano propicia uma excelente avaliação dessa evolução característica em direção à redução do formalismo. Nos primórdios, o Direito Romano consagrava fórmulas ritualísticas para a formação dos atos jurídicos. Não bastava o consenso entre as partes contratantes, mas era imprescindível a concretização de uma determinada solenidade. Segundo anota John Gilissen, o modo usual de formação dos contratos era a *stipu/aticx* “um contrato formal, no sentido de que era exigida, sob pena de nulidade, a troca de certas palavras solenes entre o credor e o devedor”.⁵ Com o passar do tempo, esse formalismo foi sendo reduzido, a ponto de admitir-se o surgimento de uma pluralidade de formas equivalentes entre si, à escolha das partes, para a obtenção de um mesmo resultado jurídico.

⁵ *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 731.

Talvez o incremento do formalismo esteja diretamente relacionado à ausência de compreensão dos processos psicológicos humanos. A ausência da capacidade de raciocínio abstrato impede a compreensão da existência de categorias imateriais, de conceitos puramente pensados, cuja existência independe da materialização física. Quanto menos capazes de dominar categorias abstratas, tanto maior é a exigência adotada pelas comunidades acerca do formalismo.

Portanto, a evolução histórico-cultural das civilizações vai-se orientando para a sofisticação das categorias de raciocínio, com a ampliação generalizada da capacidade de raciocínio puramente abstrato. Isso permite a toda a comunidade aperceber-se de que um mesmo resultado pode ser obtido através de diferentes vias materiais — as quais são equivalentes entre si. As diferenças acerca da forma vão sendo reconhecidas como irrelevantes, até se chegar ao ponto de admitir que uma formalização muito simplória ou mesmo deficiente não impede a produção dos efeitos jurídicos visados pelo sujeito.

A civilização ocidental testemunhou, por todos esses fatores, uma contínua e permanente redução do formalismo jurídico. A medida que se produzia o que se poderia denominar de elevação da capacidade coletiva de raciocínios abstratos, também se eliminavam as exigências de formalismo puramente ritualístico. Isso se passou em todos os ramos do Direito.

Mas tal não significou que o formalismo tenha sido proscrito, por ser reconhecido como produto de simploriedade ou incapacidade de compreensão mais elevada dos conceitos. O que se produziu foi a afirmação de uma função própria e adequada para a forma no Direito.

Numa cultura rudimentar, impõe-se o formalismo pela suposição de que as palavras mágicas podem gerar efeitos jurídicos autônomos. A forma seria suficiente (ou indispensável) para condicionar o destino dos fatos, eliminando a incerteza e a insegurança sobre o futuro. Isso significa a concepção da autonomia das formas.

A expressão indica o reconhecimento de que a forma não realiza, por si só e geralmente, qualquer valor digno de preservação. Mais propriamente, a disciplina jurídica apenas pode preocupar-se com a forma se isso envolver a realização de algum valor jurídico.

Portanto, admite-se que a forma pode apresentar grande relevância em algumas situações. Há hipóteses em que a realização de importantes valores depende da escolha do modo material de atuação dos interessados. Em muitos casos, a consecução dos valores será sacrificada se algumas formas forem adotadas. Tutela-se a forma como meio de realização de valores, os quais seriam sacrificados em virtude da alternativa adotada para exteriorização da vontade do sujeito.

Ocorre que, na maior parte dos casos, a realização dos valores fundamentais independe da forma pela qual a vontade se materializa. A instrumentalização das

formas abrange a concepção de que os valores buscados através da vontade devem ser prestigiados (ou reprimidos) em si mesmos. Na medida em que a forma não seja condicionante da realização dos valores prezados pela ordem jurídica, ela se configurará como questão juridicamente secundária.

A instrumentalização das formas assenta, ademais, no reconhecimento de que a forma se relaciona com um valor jurídico relevante, mas específico. Consiste na segurança, o que significa uma margem de certeza acerca do conteúdo e da extensão da vontade do sujeito. Reconhece-se, então, que há um valor jurídico de grande importância entranhado com a questão da forma. A disciplina acerca da forma se orienta, então, a eliminar incertezas acerca da vontade do sujeito.

Veja-se que essa concepção significa, em última análise, o reconhecimento da preponderância suprema da vontade. Tutela-se a forma como via de assegurar a realização da vontade. O formalismo jurídico se orienta para assegurar que o modo através do qual se exterioriza a vontade não propicie sua distorção. O formalismo é norteado pelas concepções de eficiência e eficácia da vontade: o meio de manifestação não pode frustrar a realização da vontade que motiva e produz o ato jurídico.

No Brasil, todos os ramos do Direito se encaminharam progressivamente para a consagração do princípio da instrumentalidade das formas⁶. E evidente que

⁶ Frente ao Direito Processual, a instrumentalidade das formas “quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si

oprestígio desse princípio foi muito mais intenso no âmbito do direito privado do que no campo do direito público. Tal decorreu da amplitude do princípio da legalidade.

É que, no tocante ao direito privado, prevalece o postulado de que alguém somente está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei. Por isso, tudo aquilo que não estiver previsto como obrigatório nem proibido em lei se presume como facultado. Logo, o silêncio legislativo acerca da forma é interpretado como remessa à liberdade individual para escolha do meio de produção de um certo ato jurídico.

Já no tocante ao direito público, a configuração do princípio da legalidade é distinta. Adota-se a concepção de que a Administração apenas pode fazer aquilo que estiver previsto em lei, o que significa que o silêncio legislativo importaria a vedação à prática de certo ato (ou adoção de determinada forma jurídica). Daí se extrairia que uma certa forma jurídica apenas poderia ser adotada quando tal estivesse autorizado em lei.

Essa abordagem se afigura como insustentável em face da evolução das concepções acerca do Direito.

Trata-se de reconhecer que a lei não esgota o universo do Direito, integrado por normas jurídicas orientadas à realização de valores fundamentais. O princípio da

mesmo)" (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 16º ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 342).

legalidade não pode ser uma via de exclusão do compromisso da Administração Pública com os princípios e valores consagrados na ordem jurídica.⁷

Ou seja, a Administração Pública não pode invocar o princípio da legalidade para legitimar condutas contrárias aos princípios jurídicos fundamentais. Isso se passa especialmente quando se considera o silêncio legislativo. A omissão de dispositivo legal não autoriza a Administração a deixar de praticar as ações necessárias à satisfação dos valores tutelados pela ordem jurídica. Se não existe lei determinando a adoção de certa conduta, nem por isso a Administração Pública está desobrigada de tomar as providências necessárias à concretização dos valores de mais elevada hierarquia.

Isso significa uma espécie de releitura do princípio da legalidade, transformado em princípio da juridicidade. A Administração Pública somente pode fazer aquilo que estiver previsto no Direito, ainda que isso não se traduza na existência de uma lei específica sobre o tema.

Essa consideração se aplica aos diversos campos do direito público, mas também à matéria de forma. Deve-se verificar a compatibilidade de determinada forma com uma previsão legislativa ou com os princípios jurídicos fundamentais.

A questão do formalismo nas licitações, especialmente após a vigência da Lei nº 8.666, vem seguindo orientação compatível com as ponderações acima realizadas.

⁷ Por oportuno, lembre-se da previsão do art. 2º, parágrafo único, inc. 1, da Lei nº 9.784/99, que determina a observância do critério da “atuação conforme a lei e o Direito” nos processos administrativos.

Por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 8.666, destacou-se a concepção intensamente formalista que a acompanhava. Todos os aplicadores da Lei de Licitações se preocuparam com a ampliação do rigor a propósito do formalismo.

A peculiaridade residia em que o formalismo não constou como princípio fundamental norteador do regime das licitações. Ao menos, o art. 3º não alude ao formalismo. Ali consta, isto sim, a vinculação ao instrumento convocatório como um princípio fundamental, o que é reiterado em inúmeros outros dispositivos (por exemplo, arts. 41; 43, incs. IV e V; 44, 45). No entanto, vinculação ao edital não significa formalismo. Nada impede que se interprete o edital como autorizando diferentes soluções para a forma. Nem há obstáculo a que o próprio ato convocatório consagre soluções não reconduzíveis a uma concepção estritamente formalista.

O art. 4º, parágrafo único, alude à caracterização da licitação como um *“ato administrativo formal”*. A expressão é entranhada por inúmeros equívocos, mas não indica por si só a opção pelo formalismo. Tratar-se de ato formal não significa a exclusão da aplicação da teoria da instrumentalidade das formas.

Talvez fosse mais correto reconhecer que o formalismo estava subjacente à regulação adotada pela Lei em relação a determinados assuntos. A solução adotada a propósito de inúmeras questões apresentava cunho formalista, o que se caracterizava quando a Lei impunha solução formal única para certas situações.

A natureza excessivamente formalista da Lei foi objeto de insatisfação generalizada. Não obstante tal, as autoridades administrativas deram aplicação ao Estatuto das Licitações segundo um princípio de estrito formalismo — o qual se refletiu, inclusive, no conteúdo dos atos convocatórios.

Os resultados práticos dessa tendência logo se evidenciaram como incompatíveis com os princípios norteadores da própria atividade administrativa.

Produziu-se um fenômeno que o signatário denominou de “gincanização das licitações”. O rigorismo a propósito das formas propiciou o afastamento do critério da vantajosidade como fundamento da seleção da proposta vitoriosa. O êxito na licitação derivava da habilidade mais intensa em atender exigências cuja utilidade era desconhecida ou inexistente.

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 rigor 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.

A jurisprudência, inclusive a oriunda do próprio Tribunal de Contas da União, encarregou-se de mitigar alguns excessos, propiciando a extensão ao campo das licitações de técnicas e princípios comuns a todos os ramos do Direito — e, mesmo, a outras áreas do próprio Direito Administrativo.

Uma série de decisões do Superior Tribunal de Justiça, produzidas nos anos de 1997 e 1998, representou um passo significativo em direção à atenuação do formalismo hermenêutico a propósito da Lei de Licitações.

O primeiro precedente talvez tenha sido o ROMS 6.198/RJ, julgado em 13 de dezembro de 1995, em que se afirmou 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 impedir-lhe a participação na concorrência”

Ao julgar o MS nº 5.281/DF, o STJ assegurou a participação em certame licitatório de uma licitante que apresentara documento estrangeiro vertido para o vernáculo por um tradutor no estrangeiro.

Logo após, houve o julgamento do MS nº 5.418/DF, em que se consignou 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”.

Alguns meses após, foi julgado o MS nº 5.779. O STJ afirmou que “A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados...”

Na mesma data (9 de setembro de 1998), o STJ julgou o MS nº 5.361, em que se reconhecia que “se editado o regulamento”⁸ com extremo rigor, dificilmente surgiriam licitantes. Nada estará a impedir o abrandamento das exigências legais, suprimindo, a Administração, certas exigências rebarbativas, em prol do interesse público”.

Questão de grande repercussão foi a disputa envolvendo a licitação promovida pelo TSE para aquisição das urnas eletrônicas. O tema foi levado ao STJ, que denegou a ordem. Houve recuso extraordinário e o STF consagrou a tese da irrelevância de irregularidades menores. A decisão foi proferida no ROMS nº 23.714-1/DF, julgado em 13 de outubro de 2000. A ementa do acórdão está abaixo transcrita:

“Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade”

Nesse caso específico, discutia-se a ausência de preenchimento de um anexo da proposta. O licitante não informara os preços unitários atinentes a determinados componentes das urnas eletrônicas, embora o edital tivesse exigido explicitamente o oferecimento dessa informação.

O STF acolheu 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 valor da proposta comercial. No voto do Mi 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”.

Tendência similar tem sido adotada pelo C. TCU — o qual, aliás, também rejeitara anteriormente impugnação à mesma licitação para urnas eletrônicas (autos TC011.764/ 1999-6), ainda que analisada a questão sob outro ângulo.

Apenas para indicar julgados, pode-se lembrar a Decisão no 681/ 2000-Plenário (Rel. Mi Walton Alencar Rodrigues), em que se determinou a órgão fiscalizado,

“que se abstenha de desclassificar propostas de licitantes com base em critérios formais irrelevantes para a sua aferição e não tragam prejuízo aos demais licitantes ou à Administração”. A expressão se refere ao ato convocatório.

O tema voltou à consideração quando proferida a Decisão nº 1.065/2000-Plenário. Dentre outras questões, apontava-se a ausência do preenchimento de um campo específico no formulário padronizado de proposta comercial, O voto do Mi Adylson Motta acolheu a informação dos órgãos técnicos do TCU, no sentido de que se tratava de defeito irrelevante.

Na Decisão nº 17/2001-Plenário (Rel. Mm. Adylson Motta), foi adotado entendimento de que ***“Falhas irrelevantes que não justificam o formalismo exacerbado da inabilitação dos licitantes, sob pena de malferir o interesse público”***.

Na Decisão nº 577/2001 (Rel. Mi Iram Saraiva), veio à tona questão indiretamente relacionada ao tema considerado. Um edital determinava que as planilhas de composição de custo tinham função meramente informativa. Um licitante impugnou essa fórmula, sustentando que as planilhas tinham de ser consideradas

como elemento essencial para o julgamento. O órgão fiscalizado esclareceu que o critério de julgamento era o valor das propostas. As planilhas destinavam-se a eliminar dúvidas, em casos de controvérsia. Os órgãos técnicos do TCU respaldaram essa opção, destacando que eventual erro na planilha teria de ser assumido pelo licitante.

Quando o erro elevasse o valor ofertado, o licitante teria uma proposta menos competitiva. Se o erro acarretasse a redução do valor, o licitante teria de arcar com as consequências. Esse entendimento foi acolhido pelo Plenário.

Quando editada a Lei de Licitações, pôs-se em destaque a forte disciplina formalista albergada pelo legislador. As exigências acerca da forma deviam ser rigorosamente cumpridas por todos os envolvidos, sob pena de inabilitação ou desclassificação automáticas do interessado.

Com a evolução hermenêutica, essas concepções vêm sendo revistas pela própria doutrina. A diferenciação entre irregularidades formais e vícios materiais vai se afirmando. Exige-se que o defeito na conduta do licitante se traduza numa lesão ao interesse público ou dos demais licitantes, comprometendo os princípios fundamentais da atividade licitatória.

Nem sempre é simples determinar o limite entre o vício suprável e o defeito insanável. Até se pode supor que determinados entendimentos adotados em casos concretos, nos últimos tempos, tenham ultrapassado o limite do adequado,

correspondendo a um excesso tão reprovável quanto aquele que prevalecia quando se determinava a exclusão do licitante em virtude de toda e qualquer discordância entre uma proposta e as determinações legais e editalícias. Mas esse é o processo dialético de aperfeiçoamento jurídico, através do qual se superam inadequações ou defeitos dos diplomas legais.

Nenhum efeito jurídico se pode extrair da pura e simples discordância entre a conduta do licitante e o modelo legal-editalício. Constatada a irregularidade, a Administração tem o dever de examinar se houve infração ao interesse público ou comprometimento à competitividade do certame. Ademais disso, deve apurar se o defeito comprometeu a manifestação da vontade do licitante. E imperioso apurar se o defeito reside na forma da manifestação da vontade ou na vontade propriamente dita. Se, não obstante o equívoco quanto à forma, a declaração de vontade do licitante for adequada e satisfatória, não há cabimento em impor alguma sanção. A solução é aproveitar o ato, identificando a vontade exteriorizada pelo licitante.

Essa alternativa não exclui, inclusive, a imputação dos efeitos do equívoco ao próprio licitante. Se a irregularidade for hábil a produzir consequências exclusivamente na órbita pessoal do licitante, então será descabido a Administração interferir sobre a questão. Não cabe à Administração fiscalizar a organização interna do licitante, revisar cálculos ou projeções que traduzem expectativas de resultado, determinar regras sobre remuneração dos empregados

e diretores do licitante e assim por diante. Isso se traduz em manifestação de autonomia empresarial insuscetível de disciplina externa.

Ressalte-se que tal entendimento não foi cunhado para o caso concreto, mas já se havia exteriorizado formalmente em época anterior, tal como se extrai do trecho abaixo indicado:

“A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexecutabilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexecutável é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal)”. Pregão, São Paulo, Dialética, 2001, p. 109.

Tomando em consideração esses pressupostos, pode-se examinar a situação concreta.

O ato convocatório determinava a obrigatoriedade da apresentação de **PROPOSTA COMERCIAL**, acompanhada de inúmeras planilhas. O subitem 6.3 alínea “d” previa que a **PLANILHA RESUMO GERAL** deveria conter o valor global da proposta,

“Planilha Resumo Final, preenchida exatamente no mesmo modelo daquela

apresentada no Orçamento Básico, contendo preços unitários e totais, atribuídos a todos os serviços a serem executados, sendo nestes considerados os custos com mão de obra, materiais e todos os encargos pertinentes, observando que o valor unitário atribuído a cada um dos itens de serviços deverá preservar a coerência com os valores unitários praticados e expressos na planilha fornecida pela DESO.

Os preços propostos deverão contemplar todas as despesas necessárias, impostos e taxas, leis sociais, seguros, mão de obra e quaisquer encargos que incidam ou venham a incidir, direta ou indiretamente na execução dos serviços. Em caso de omissão, serão considerados inclusos nos preços apresentados."

A alínea "c" do item 6.3, exigia a indicação da composição de preços unitários, inclusive discriminando os percentuais de BDI e Encargos Sociais aplicados. Na alínea "e" do mesmo item, estava fixado o dever de apresentação de demonstrativo da composição percentual para o BDI indicado.

Além disso, não se pode ignorar a disciplina contida na alínea "a" do item 6.3, cuja relevância exige:

"Ofício de Encaminhamento - contém o objetivo dos serviços ora licitados, o preço global proposto (em algarismo e por extenso, sem rasuras, entrelinhas, emendas ou repetições), o prazo total de execução dos trabalhos, o nome e endereço completos da

PROPONENTE, número do telefone, fax e CNPJ, a qualificação (nome, estado civil, profissão, CPF, identidade e endereço) do dirigente ou representante legal, este mediante instrumento de procuração, que assinará o contrato no caso de a PROPONENTE ser a vencedora.”

A conjugação dos diversos dispositivos referidos no edital evidencia tese adotado a opção da natureza meramente informativa das planilhas anexas à proposta comercial. O licitante tinha o dever de formular proposta comercial, cujo valor compreenderia a remuneração por todas as despesas necessárias à execução do objeto licitado — nos limites em que concebido. Portanto, os termos contidos nas planilhas seriam insuficientes para influenciar o julgamento do certame.

A ausência de disposição editalícia sobre a matéria acarreta a conclusão jurídica de que o conteúdo desses documentos não apresentava cunho de relevância para fins de avaliação jurídica da Administração.

Bem por isso, nem sequer existia um modelo determinado para a planilha de BDI, de ENCARGOS SOCIAIS e de COMPOSIÇÃO UNITÁRIA DE PREÇOS, o que somente se pode interpretar como indício inequívoco da ausência de pertinência ou relevância dessa questão. A COMPOSIÇÃO UNITÁRIA DE PREÇOS não traduzia alguma manifestação relevante para o interesse público. Exigia-se que cada licitante exibisse à Administração sua discriminação, mas sem que isso se evidenciasse como um fator de natureza fundamental.

Observe-se que o edital previu modelo para PLANILHA DE RESUMO GERAL, atinentes à identificação de custos unitários e outras parcelas. Mas não consagrou um modelo para a planilha demonstrativa de COMPOSIÇÃO UNITÁRIA DE PREÇOS.

Se o edital reputasse que a planilha de COMPOSIÇÃO UNITÁRIA DE PREÇOS seria essencial ou se a ela fosse reservada alguma função relevante, **então a Administração teria consagrado uma fórmula padronizada.** Existiria um formulário indicando todos os custos indiretos, margem de lucro, leis sociais, materiais, mão de obra, necessários a execução dos serviços, o qual seria objeto de escrutínio e verificação por parte da Administração. Ao não se adotar essa alternativa, consagrou-se a opção de que os itens em questão eram matéria de natureza privada. Incumbia ao licitante produzir estimativa acerca dessas verbas, mas por sua conta e risco exclusivos.

Justamente por isso, a alínea "c" do item 6.3 estabeleceu a irrelevância da ausência de previsão de alguma despesa (direta ou indireta) por parte do licitante. A regra era a de que o valor ofertado pelo licitante seria suficiente e bastante para cobrir todas as despesas necessárias à execução do objeto. Se alguma outra despesa se revelasse necessária, levando-se em conta os elementos considerados por ocasião da licitação, incumbiria ao licitante arcar com as consequências, conforme descrito na alínea "d" do item 6.3. Reputava-se que o custo necessário ao enfrentamento de outras despesas estaria diluído em outros itens.

Ora, a regra do item 6.3 alínea "c" apenas poderia ser adotada na medida em que a Administração tivesse admitido que as diversas rubricas continham não apenas a estimativa do custo correspondente, mas também uma margem adicional destinada a remunerar outras despesas eventualmente não indicadas de modo explícito e apartado.

Ou seja, o edital estabelecia um ônus para o licitante, consistente em incluir em suas estimativas todas as despesas possíveis, inclusive diluindo outros encargos nos demais itens específicos.

Por fim ressalte-se que essa alternativa de solução editalícia não pode ser criticada nem como desconhecida da praxe administrativa, nem como inválida. Tal como exposto acima, ao analisar-se a evolução jurisprudencial, há pelo menos duas manifestações das mais altas Cortes acerca da validade e correção dessa opção.

O STF reconheceu que a ausência de preenchimento de uma planilha não se constitui em defeito insanável, prevalecendo o valor global ofertado pelo licitante.

O TCU avalizou o entendimento de que um edital pode determinar que a planilha é meramente informativa, arcando o licitante com os efeitos econômicos negativos ou positivos de erro no seu conteúdo

Fica claro, portanto, que a mímica da indicação de qualquer dado concreto que pudesse sustentar a imaginada incoerência dos preços contidos na proposta da recorrente, esta não poderia ser alijada da disputa por meras conjecturas.

Aliás, é sabido de todos que os atos administrativos devem ser devidamente motivados, sob pena de invalidar aquilo que foi praticado.

III – DO PEDIDO

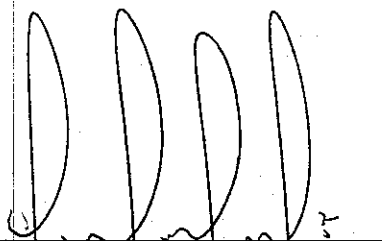
Em face do exposto e tendo na devida conta que os preços ofertados pela recorrente são efetivamente os menores e, por conseguinte, os mais vantajosos para a Administração, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para determinar-se à Comissão de Licitação que profira tal julgamento, considerando a proposta da recorrente para alcançar o competente resultado classificatório, o qual, por certo, resultará na adjudicação do objeto licitado à subscritora, já que detentora do menor preço.

Outrossim, amparada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir à autoridade superior em consonância com o previsto no § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, comunicando-se aos demais licitantes para as devidas impugnações, se assim o desejarem, conforme previsto no § 3º, do mesmo artigo do Estatuto.

090145
000154

Termos em que Pede deferimento.

Aracaju (SE), 05 de janeiro de 2017.



ENG.º LEANDRO KLAES
SÓCIO E DIRETOR TÉCNICO
SANEPROJ AMBIENTAL LTDA
CNPJ. 25.019.065/0001-00

25.019.065/0001-00

IM: 5.497.004-0 - I.E.: ISENTA
SANEPROJ AMBIENTAL LTDA.

Rua Mario Pinheiro, 128
Vila Guilherme - CEP 02076-010
SÃO PAULO - SP