A MITIGAÇÃO DO FORMALISMO NO JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO E DAS PROPOSTAS EM LICITAÇÕES

FÁBIO BARBALHO LEITE[1]

I — O sentido da formalidade nos procedimentos públicos, II — A formalidade na licitação; III — Contemporização do formalismo no julgamento de habilitação; IV — Contemporização do formalismo no julgamento de propostas; IV.a) as propostas devem ser sérias...; IV.b) A discrepância para com as especificações técnicas do objeto...; IV.c) Se o vício só puder ser sanado mediante alteração do conteúdo...; IV.d) A contemporização com o vício formal da proposta não pode ocorrer...; IV.e) Vícios irrelevantes na proposta e que tornam impositiva sua classificação...; V — Conclusões

I — O sentido da formalidade nos procedimentos públicos

Para os juristas e práticos do foro, a forma[2] pode até alcançar valor estético em si; e o floreado de tantos textos jurídicos bem o denota. No emprego da *forma e da formalidade*, há ainda o valor simbólico da linguagem (não só verbal e escrita, vide

1 Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Itu/SP, Advogado, e-mail: fabiobl@manesco.com.br. Para a conclusão deste trabalho, contei com a valiosa revisão e comentários de José Aníbal Freitas Marques, advogado, professor de vida, cujo gosto pela troca de idéias em direito só perde para os apuros e alerta vigilância em favor de nossa língua-mãe. Fique, pois, aqui o registro público de meu agradecimento e abraço.

2 Neste princípio de trabalho, a voz "forma" é empregada com referência o mais abrangente, a ponto de abarcar: i) requisitos procedimentais para formação dos atos; ii) modos peculiares de organização gráfica de textos jurídicos; iii) expressões performativas presentes em textos jurídicos (escritos ou verbalizados); iv) gestos e ritualística da produção de atos jurídicos; v) previsão jurídica para determinado procedimento (um dos sentidos mais amplos e vagos para "forma", entretanto, muito encontrado, como atesta a usual expressão: "*na 'forma' da lei*") etc. Mais adiante, quando melhor particularizado o tema em foco, a expressão "forma" referirá genericamente as exigências editalícias para habilitação de licitantes e classificação das propostas em certames públicos.

as vestes talares, a particular arquitetura dos tribunais) cifrada, esotérica, reveladora de relações de poder estabelecidas e resguardadas, entre outros modos, pelo domínio dessa mesma linguagem/forma por uns poucos e seu desconhecimento por muitos.[3]

Ao Ordenamento Jurídico, entretanto, a forma não tem valor estético, *vale enquanto instrumento e justifica-se, sendo exigível, na medida em que necessária como instrumento.*

O Direito positivo não é parnasiano.

Nas várias aplicações encontradas no Ordenamento Jurídico[4], a formalidade serve para: a) *documento de fatos e atos jurídicos*, dando-lhes registro material e assim certificando sua ocorrência (os registros públicos, p. ex.), b) *segurança jurídica*, seja pela certificação de fatos e atos jurídicos (as atas de decisões tomadas por colegiados como os tribunais), seja pela razoável previsibilidade das ocorrências em um procedimento; c) *impessoalidade*, na medida que padroniza a conduta daqueles que lhe devem prestar observância (p. ex., as formalidades de um concurso público); d) *publicidade* (p. ex., a publicação na Imprensa Oficial); e) *prevalência de uma vontade qualificada* (p. ex., a exigência de *quorum* qualificado para aprovação de lei complementar); f) *objetividade* na medida que retira dados do plano da subjetividade (a instrução de processos judiciais ou administrativos constrói um conjunto de dados que limita o subjetivismo na decisão a ser produzida); g) *defesa de direitos* (assim, o requisito procedimental da prévia defesa à produção de qualquer ato sancionatório, bem como a exigência de determinação *judicial* para quebra de sigilo bancário); h) *identificação de autorias* (p. ex., na exigência de que os atos normativos administrativos tenham sua promulgação subscrita pelo concernente Chefe do Executivo e auxiliares das pastas pertinentes).

O rol não tem pretensão de ser exaustivo, mas claramente traça um panorama extenso das utilidades da *forma* no Direito, bem como deixa claro que *a relevância da formalidade encontra-se sempre atrelada a um dado bem/valor, o qual, instrumentado por ela, a justifica.*

Daí, todo o acerto de Weida ZANCANER, em prestigiada monografia[5], ao atentar que *"Existem hipóteses em que a ausência de um ato, no curso de um procedimento, 'por não desvirtuar a finalidade do próprio procedimento', pode ser convalidada."*. ZANCANER, nesse passo, faz eco de velho e sábio brocardo — *pas de nullité, sans grief* —, compreendendo-se *"grief"* como *"prejuízo"*, em sentido lato, e assim significando *dano ao valor/fim tutelado pela formalidade.* Em termos

3 Para uma apresentação a essas nuanças do significado das formalidades na linguagem jurídica, ver Eric LANDOWSKY, *Uma Abordagem Semiótica e Narrativa do Direito*, *in* A Sociedade Refletida, São Paulo, EDUC/Pontes, 1992, pp. 57-81.

4 Este estudo tem em mira o direito positivo brasileiro, conquanto daí não reste afastado, por si só, o acato a lições da doutrina estrangeira.

5 *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, RT, 1990, p. 69; negrito acrescido.

mais amplos, mas sob mesma inspiração, assere Margarita Beladiez ROJO: "(...) *lo que determina la invalidez de un acto no es haber incurrido em una ilegalidad, sino que esa ilegalidad impida alcanzar un fin que el Derecho considera merecedor de protección*"[6].

Essa também é a diretriz normativa e hermenêutica emanada de importantes e atuais leis de processo administrativo (a Lei Federal n. 9.784/99 e a Lei Paulista n. 10.177/98).

Por outro lado, se a quebra ou não atendimento de um requisito formal nem sempre traz qualquer dano ou abalo ao valor/fim instrumentado por aquela específica exigência, a anulação ou negação de eficácia a um ato jurídico como sanção ao descumprimento de um requisito *formal* que, *no caso concreto*, mostre-se ocioso ou desnecessário, provoca o mais das vezes grave prejuízo a valores/fins relevantes para o Ordenamento Jurídico. Vale uma ilustração: imagine-se negar efeitos a uma lei ordinária pelo fato de seu texto desrespeitar preceitos de técnica legislativa prescritos pela Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998. O resultado de tal solução revelar-se-ia asinino, de inusitada insensibilidade ao sentido prático da operação jurídica, completamente despropositado por qualquer raciocínio que reflita um instante sequer sobre *custos e benefícios* da adstrição à regra formal.

A propósito, é o teor do art. 18 da referida Lei Complementar: "Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento."[7]

Essas considerações iniciais sobre processos públicos (nos mais variados âmbitos da atuação estatal) aplicam-se também aos procedimentos licitatórios. E é Impossível negar à licitação, como todo procedimento, o caráter formal ínsito à externalidade de um rito. Aliás, entre nós, embora conceitualmente incorreta[8], é a dicção legal: "*O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo 'formal', seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.*"[9]

6 *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 71.

7 E o Supremo Tribunal Federal, pela relatoria da Mina. Ellen Gracie, já teve oportunidade de firmar, repisando precedente da mesma corte, que a inconstitucionalidade de lei por desobservância de preceito magno referente ao processo legislativo não se configura inexoravelmente, mas, sim, somente ali em que restar configurado um dano substancial advindo com o vício formal, consoante o seguinte excerto de ementa:

"2. Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto da modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à supressão, no Senado Federal, da expressão 'observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal', que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, 'tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto' (Precedente: ADC n. 3, rel. Min. Nelson Jobim). (...)" (STF, ADin n 2.673-9/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, un., DJ 06.12.20202, www.stf.gov.br.)

8 Porquanto evidente que *ato* e *procedimento* jurídicos são coisas conceitualmente distintas.

9 Lei n. 8.666/93, art. 4º, Parágrafo único; negrito acrescido.

Porém, será que a peculiar formalidade ou formalismo dos procedimentos licitatórios permite afirmar em tom categórico como o faz Jesse Torres PEREIRA JÚNIOR, quanto ao julgamento das propostas em certames, que *"O primeiro motivo impositivo da desclassificação não suscita maior indagação. Para identificá-lo, bastará contrastar a proposta com o ato convocatório; no que aquela contrariar a este, terá de ser desclassificada. (...) 'Tampouco pode nortear o julgamento comiseração de qualquer espécie' (por exemplo, a certidão vencida por apenas um dia, nem por isto autoriza que lhe seja relevada a caducidade)"*?[10] Ou, *tout court*, sem nenhuma ressalva explícita, como escreve Maria Sylvia Zanella di PIETRO: "Também em qualquer das modalidades referidas, a Comissão de licitação ou autoridade responsável pelo convite deve 'desclassificar' as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório, 'mesmo em se tratando de exigências apenas formais';"[11]?

O entendimento aqui defendido é que *não*. A tese adiante exposta e fundamentada é a de que *há espaço — melhor, impositividade — jurídico para a contemporização do formalismo em tema de licitações*, não somente quanto à fase da habilitação (o que já consideravelmente aceito pela doutrina e jurisprudência atuais), como também quanto à fase do julgamento das propostas.

Sustentar dita tese pede antes a compreensão do sentido da formalidade nos certames públicos, tarefa enfrentada a seguir.

II — A formalidade na licitação

Vimos que a formalidade legitima-se por estar em função de dado fim ou bem jurídicos considerados pelo Direito como algo positivo. Nos procedimentos administrativos, vige a *instrumentalidade das formas*, preconizando "que os atos processuais e as formas legalmente previstas para sua prática não têm valor absoluto. Ao contrário, as formas visam à ideal concretização de determinados escopos processuais que caso atingidos de outra maneira legítima produzem os efeitos jurídicos pertinentes. A instrumentalidade '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 mesmo)'."[12]

Cumpre, pois, identificar o fim da licitação. Basicamente, é em atenção ao *(i) ganho econômico e técnico na contratação por parte do Poder Público, (ii) ao tratamento isonômico e impessoal dos particulares interessados em contratar com*

10 *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 5 ed., p. 491; negrito acrescido.

11 Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 9 ed., 1998, p. 290; primeiro negrito do original, segundo, acrescido.

12 Egon Bockman Moreira, Processo Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 148; negritos acrescidos.

o Poder Público e (iii) à probidade administrativa que devem ser compreendidas as exigências *procedimentais e/ou formais* da licitação, bem como as questões jurídicas aí envolvidas.[13]

A garantia e atendimento ao Princípio da Isonomia pela licitação — o que se revela na aplicação imparcial do instrumento convocatório como fundamento para crivo de habilitação de licitantes e julgamento das propostas — volta-se não apenas aos participantes do certame (constituindo-lhes *direito*), mas também àqueles administrados que se ausentaram de um certame justamente por perceberem que não atendiam aos requisitos de participação previstos no concernente edital. A isonomia na licitação, portanto, enseja direitos — correlacionados com a observância fidedigna (o que não significa apego pedestre *à letra* do) do edital — tanto aos participantes do certame quanto *àqueles interessados ausentes do procedimento* (estes podem muito bem pretender a invalidação de uma contratação por defeito procedimental grave, configurado na não aplicação de regra editalícia *de relevância substancial* — o que, todavia, desde logo se avise, *longe está de se confundir com qualquer afastamento, relativização ou contemporização na aplicação das regras editalícias*).

13 Nisso, nada mais faço que seguir de perto achado que a doutrina já fez de há muito. Em seu clássico tratado, Themistocles Brandão CAVALCANTI ensinava (*Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, Vol. I, 1955, p. 352): "*O sistema da concorrência para execução de obras ou fornecimento de materiais para o Estado decorre de três princípios fundamentais: a) uma restrição para a administração na escolha de seus fornecedores; b) o direito de todos ao fornecimento em igualdade de condições; c) a necessidade da escolha daquelê que em melhores condições oferece o serviço ao Estado.*" Lê-se em Hely Lopes MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 6 ed., 1978, p. 242; negrito acrescido): "*Licitação é procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública 'seleciona a proposta mais vantajosa' para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia' igual oportunidade a todos os interessados' e atua como 'fator de eficiência e moralidade' nos negócios administrativos.*" Em mesma tônica, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 15 ed., 2003, pp. 479,481; negrito acrescido): "*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 preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.* (...) "*Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: 'proteção aos interesses públicos e recursos governamentais — ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade' (previstos no art. 5º e 37, caput) — pela abertura do certame; e, finalmente, 'obediência aos reclamos de probidade administrativa', imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira.*" Remarcando o aspecto da proteção à probidade, Adílson Abreu DALLARI (*Aspectos Jurídicos da Licitação*, São Paulo, Saraiva, 4 ed., 1997, p. 7) enfatiza: "*É preciso levar em consideração que a licitação não é feita em benefício das empresas contratantes; 'o destinatário da licitação é a coletividade, é o povo que aprendeu a ser organizar por meio de entidades da sociedade civil'. É a coletividade, 'é qualquer um que deve ter acesso à documentação referente à licitação' (...).*"

Desde já, deve ser sublinhada a obviedade segundo a qual *a licitação não é um fim em si mesmo, mas, como toda forma, justifica-se unicamente na medida em que serve como instrumento ao alcance de um dado bem jurídico, configurado como interesse público a partir do ordenamento.* A finalidade, sim, é que preside a intelecção dos temas pertinentes à forma em Direito, pois essa é prevista em função de um dado *fim, jamais se podendo inverter a ordem dessa função, sob pena do fracasso no atingimento dos objetivos incumbidos ao administrador.*

Além de não poder exigir livremente no edital o que bem entenda que os interessados comprovem para se habilitar ou insiram em suas propostas para que as vejam classificadas[14], a Administração Pública não pode inabilitar licitantes por motivos fúteis, nem, similar e coerentemente, desclassificar propostas por vícios anódinos. E essas afirmações nada mais fazem que sublinhar corolários os mais evidentes da prescrição constitucional posta no art. 37, XXI da Carta da República, bem como a determinação do art. 3°, § 1°, I, respectivamente *in verbis* (negritos acrescidos):

> "Art. 37. (...)
> "(...);
> "XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços 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'."

> "Art. 3°. (...)
> "§ 1°. É vedado aos agentes públicos:
> *"I — admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem 'o seu caráter competitivo' e estabeleçam preferências ou distinções em razão da natura-*

14 Floriano de Azevedo MARQUES NETO ("*O Edital: Exigências Possíveis e Necessárias para Licitar*", *in* Estudos sobre a *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, GARCIA, Maria (org.) e outros, São Paulo, Forense Universitária, 1995, p. 101; negrito acrescido) assevera: "... *'A Lei novel restringe bastante a liberdade do poder público para fazer exigências na habilitação'. Contudo, se há na lei regras quanto ao que se pode ou não exigir na habilitação jurídica, na qualificação técnica, na regularidade fiscal e na qualificação econômico-financeira, é certo que a exata medida do que é ou não exigência abusiva, 'dependerá das peculiaridades de cada certame'. (...) Neste sentido, vale lembrar que o § 2° do art. 30 determina que o Edital deverá consignar quais parcelas do seu objeto possuem maior relevância técnica e valor significativo para efeitos de exigências para a qualificação técnica. (...) 'Tal determinação, entrementes, não é arbitrária, devendo guardar um nexo inequívoco com o objeto licitado'.*" E Lúcia Valle FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 6 ed., 2003, p. 481) confirma, ao indicar com a grave conseqüência de eventual desproporcionalidade do edital: "*Se a Administração exorbitar dos requisitos exigíveis para habilitação, excedendo sua faixa discricionária, estará ilegalmente restringindo a possibilidade de oferta. De conseguinte, ocorrerá nulidade.*"

lidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"

Com isto, obviamente, longe está de se afirmar a irrelevância da forma ou um desabrido informalismo. Absolutamente. Essas assertivas apenas indicam que, *quando se estiver diante de uma objetiva desobservância de estrita formalidade prevista para algum procedimento, a questão sobre se referido vício implica na nulidade ou imprestabilidade do ato jurídico produzido 'não' pode ser respondida sempre afirmativa e necessariamente.*[15] *Em cada caso, há de ser investigada que finalidade era instrumentada por aquela 'forma' não observada e se, ainda uma vez desobservada essa forma, o fim foi alcançado.*

Uma vez constatado o atingimento do fim instrumentado pela forma, nada obstante eventual desbordamento da formalidade, este vício *não* terá como conseqüência a anulação ou desconsideração do ato jurídico produzido. *Em tais casos, a forma 'deverá' ser relevada, prestigiando-se o fim atingido, único fundamento da previsão daquela.*

Essa ordem de premissa principiológica não briga com outro relevante e consabido princípio das licitações: o da vinculação da Administração licitante ao instrumento convocatório (Lei n. 8.666/93, arts. 3°, *caput*[16] e 4°, *caput*[17]). A contenda

15 Falando especificamente aos atos administrativos viciados, a doutrina é forte em separar ato viciado de ato inválido, conseqüência indubitável desde o instante em que se admite que atos administrativos com objetivos descompassos no seu processo de produção ou no seu conteúdo frente ao ordenamento jurídico (viciados, pois) produzam efeitos, tenham até mesmo plena eficácia, possam ser convalidados. Na clássica lição de Seabra FAGUNDES (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Freitas Bastos, 1941, p. 48, grafia do original): "A infringência legal no ato administrativo, si considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse publico. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, póde acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se util áquele mesmo interesse." Apenas para mostrar seu acato, ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 15 ed., 2003, pp. 428-434); Antônio Carlos Cintra do AMARAL (Extinção do Ato Administrativo, São Paulo, RT, 1978); Edmir Netto de ARAUJO (Convalidação do Ato Administrativo, São Paulo, LTr, 1999, especialmente pp. 129-132); Carlos Ari SUNDFELD (Ato Administrativo Inválido, São Paulo, RT, 1990); Jacintho de Arruda CÂMARA (A Preservação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados, in Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, CUNHA, Tatiana Mendes (org.), São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 49-85). A quem interessar reflexão mais detida a respeito, cabe a *venia* para a remissão a trabalho de minha própria lavra "*Os Regimes Jurídicos de Invalidação dos Atos Administrativos*", Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

16 "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, (...), da vinculação ao instrumento convocatório (...)."

17 "Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1° têm direito subjetivo a fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos."

principiológica não se põe ou, quando menos, não caracteriza uma antinomia ou oposição inconciliável, porquanto o cânone da vinculação ao instrumento convocatório não tem por significado a adstrição à literalidade do texto normativo do edital, sob pena de atribuir-se-lhe o conteúdo absurdo de extirpar — ou empobrecer consideravelmente — da operação jurídica o que ela tem de mais inerente e enriquecedor: *a interpretação*. Não se podendo atribuir ao princípio em referência conteúdo antitético à própria noção moderna de norma jurídica[18], a qual identifica esta última como produto da *interpretação*, deve-se entendê-lo como determinante da adstrição a uma exegese *razoável (e, para tanto, sistematicamente contextualizada), proporcional e finalisticamente conformada do edital*, bem como interditório de um edital com texto ambíguo, ensejador de subjetivismos arbitrários (impossíveis de fundamentação objetiva) por parte do ente licitante.

A possibilidade, melhor, *impositividade* da contemporização do formalismo dos certames licitatórios em homenagem ao fim público da obtenção da melhor proposta e seu concernente corolário do ensejo à ampla competitividade[19], *todavia e certamente não pode ser confundida com uma absoluta ou de qualquer modo 'indefinida' relativização do formalismo* (o que significa *ressalva à vinculação ao instrumento editalício*) *sob pena de o edital perder sentido como ato jurídico normativo e, mesmo, a 'frustração de outra finalidade precípua da licitação: a garantia do tratamento isonômico dos interessados em contratar com o Estado. E de perpasso, o caminho aberto à improbidade administrativa'*.

Urge, portanto, ter definidos limites claros e seguros a essa contemporização do formalismo. O primeiro destes limites está na compreensão de que a regra é a

18 Paulo de Barros CARVALHO é claro: *"A norma jurídica é a significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos."*, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 10 ed., 1998, pp. 6 e 41-57. Em passagem mais extensiva e elucidativa, ainda Barros Carvalho magistra: *"A lei, vista sob certo ângulo, representa o texto, na sua dimensão de prescrições jurídicas. Constituição, emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, resoluções, decretos, sentenças, acórdãos, contratos e atos administrativos* [ajuntaríamos: editais], *enquanto suportes materiais de linguagem prescritiva, pertencem à plataforma da expressão dos textos prescritivos, e, como tais, são veículos introdutórios de normas jurídicas, constituindo a base do conhecimento do direito posto. 'Já a norma jurídica é juízo implicacional construído pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Por isso, não há que se confundir norma, como complexo de significações enunciativa, unificadas em forma lógica determinada (estrutura implicacional) e a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem quando isoladamente considerados'."* (*Isenções Tributárias do IPI em face do princípio da não-cumulatividade*, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, vol. 33, p. 144)

19 Lei n. 8.666/93, art. 3°, §°, I: *"É vedado aos agentes públicos: I — admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem 'o seu caráter competitivo' e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"*

adscrição ao edital[20]. *A relativização do formalismo, construção de uma ressalva ou exceção ao edital, é, pois, 'hipótese excepcional, conquanto não rara', que merece 'específica' justificativa.* Essa premissa, entretanto, ainda se ressente de grande abstração, pois, a dificuldade permanece em identificar que hipóteses *excepcionais* seriam essas em que não somente possível, mas *devida*, a contemporização do rigor formal.

Avancemos no tema, tentando identificar limites mais densos e precisos.

III — Contemporização do formalismo no julgamento de habilitação

É certo e conformado a alentado ensinamento doutrinário que o formalismo concernente aos certames deve ser contemporizado, não se inabilitando licitantes nem se desclassificando propostas por vícios ínfimos, pequenos, de nula ou minúscula repercussão *no conhecimento e na comprovação (i)* da qualificação jurídica, técnica e fiscal e econômica do licitante[21] ou *(ii)* do exato conteúdo da sua proposta[22].

20 Lei n. 8.666/93, arts. 4° ("Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades ... têm direito público subjetivo 'à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei...'"), 41 ("A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."), 48, I ("Serão desclassificadas: I — as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;").

21 *Lê-se em Adilson Abreu Dallari:* "A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo desta é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isso é o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

"Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes.

"Claro que para um participante interessa excluir o outro. Quem faz licitação sabe que, nesse momento, há uma guerra entre os participantes; mas a Administração Pública não se pode deixar envolver pelo interesse de um proponente (que é adversário dos outros proponentes e está defendendo legitimamente o seu interesse em obter o contrato), e não pode confundir esse interesse com o interesse público. Este está na amplitude do cotejo, na possibilidade de verificação do maior número de propostas." (*Aspectos Jurídicos da Licitação*, Edição Saraiva, 4ª edição, p. 116).

22 Com a argúcia de sempre, Hely Lopes MEIRELLES (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, RT, 10 ed., 1991, p. 142) asseriu: *"A desconformidade com o edital é de fácil verificação, pois basta o confronto da proposta com o pedido da Administração, para se evidenciar as divergências. A proposta que desviar do pedido ou for omissa em pontos 'essenciais' é inaceitável, sujeitando-se à desclassificação (...). (...) A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser' substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se aqui a regra universal do 'utile per inutile non vitiatur', que o direito*

Exemplos não faltam: a) a ausência de assinatura do representante legal do licitante no balanço da empresa, quando exigida tal formalidade no edital, não é óbice para reconhecer sua qualificação econômica *se nenhum vício de conteúdo — quanto aos dados inclusos no balanço — comparece*; b) a ausência de uma folha de uma planilha de custos da proposta comercial quando encaminhada a proposta juntamente com versão eletrônica integral inserta em disquete (por exigência editalícia) é vício que não enseja a desclassificação da proposta comercial, dado que essa mesma folha ausente pode ser fácil e indiscutivelmente recuperada mediante impressão da versão eletrônica. São apenas exemplos, outros tantos poderiam ser indicados, mas, por enquanto, pare-se aqui.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, como de seu uso, faz a precisa e elegante exegese:

> "A habilitação, por vezes denominada qualificação, é a fase do procedimento em que se analisa a idoneidade dos licitantes. Entende-se por idoneidade a aptidão dos licitantes, indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração.
> *"Examinam-se sua capacidade jurídica, sua capacidade técnica, sua capacidade financeira e sua regularidade fiscal. De conseguinte, são considerados atributos do sujeito, do proponente. O que se verifica, nesta ocasião, é o atendimento de requisitos concernentes à pessoa do licitante.*
> *"Com efeito, importa que este demonstre capacidade, quer para obrigar-se juridicamente, quer para enfrentar os encargos operacionais concernentes ao objeto da licitação, quer para suportá-los econômica e financeiramente. Cumpre ainda que não seja violador de seus deveres fiscais. Interessa, como é lógico, determinar quem realmente possui condições de vir a cumprir o pretendido pela Administração no procedimento licitatório."*[23]

Donde os vícios que não consigam negar a qualificação jurídica, técnica, fiscal e financeira do proponente *não* podem ser considerados como aptos a justificar sua inabilitação. Tais vícios serão assim obrigatoriamente relevados em homenagem aos cânones magnos que pautam a aplicação das formas no direito, especialmente no direito público: *a razoabilidade, a proporcionalidade e a finalidade jurídicas*. Deve, pois, em casos tais, o formalismo ceder passo ao fim da *competitividade*, em prol da consecução de um dos principais objetivos do certame: a boa contratação.[24]

francês resumiu no 'pas de nullité sans grief'. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconsentâneo com o caráter competitivo da licitação'."

23 *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 4ª edição, p. 265.

24 A melhor e altaneira jurisprudência, de seu lado, é forte nessa leitura. Ilustram os seguintes arestos unânimes da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, intérprete-mor da legislação federal e assim do procedimento regrado pela Lei n. 8.666/93: *"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABI-*

A compreensão acima exposta é esposada por importantes agentes financeiros de composição multilateral, que atuam financiando grandes contratações públicas no âmbito de seus concernentes Estados signatários. Como exemplo, vale o seguinte dispositivo padrão presente nas chamadas *"guidelines"* do Banco Interamericano para a Reconstrução e o Desenvolvimento — BIRD: "A Contratante reserva-se o direito de tolerar pequenos desvios nos critérios de qualificação 'se eles não afetarem significativamente a capacidade de uma Proponente executar o contrato'."[25]

Em suma, *vício formal ou inconsistência em documentos encaminhados para o juízo de habilitação em um certame somente justificam a inabilitação se forem significativos a ponto de infirmarem qualquer dos aspectos* (jurídico, técnico, fiscal

LITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA. 1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio. (...) 3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. '4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial'. 5. Segurança concedida." (MS 5631/DF, STJ, 1ª S., Rel. Min. José Delgado, *un.*, DJ 17-08-98, p. 00007, www.stj.gov.br; negrito acrescido). *"ADMINISTRATIVO. LICITAÇAO. HABILITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. 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, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo. 2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal. 3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", excessiva e sem fundamento legal a inabilidade de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso. 4. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os administradores da licitante não assinaram em conjunto com a dos contadores o balanço da empresa. 5. Segurança concedida."* (STJ, MS 5779/DF, Rel. Min. José Delgado, 1ª S., *un.*, DJ 26-10-98, p. 00005, ou RDA 215/198.)

25 Tal dispositivo constou do edital da fase de pré-qualificação — como item editalício 4.18 GITA — de recente licitação (Concorrência n. 41301212) de grande vulto promovida pela Companhia do Metropolitano de São Paulo — METRO —, sociedade de economia mista vinculada à Secretaria de Transportes do Estado de São Paulo, para contratação das obras da primeira fase da Linha Amarela ou Linha 4 do Metrô (Luz-Vila Sônia). Na versão original das guidelines do BIRD trata-se do item 4.16 das General Instructions to Applicants (GITA) e tem a seguinte redação em inglês: "*The Employer reservers the right to waive minor deviations in the qualification criteria if they do not materially affect the capability of an Aplicant to perform the contract.*"

ou financeiro) *alvos de crivo nessa fase da licitação*. Em caso de dúvida, impõe-se como *dever*[26] o diligenciamento prescrito no art. 43, § 3° da Lei n. 8.666/93[27].

IV — Contemporização do formalismo no julgamento de propostas

É de extrema importância que as propostas ofertadas em um certame atendam às especificações exigidas pelo instrumento convocatório. A razão para tal, sobre jurídica, é lógica e impostergável. Todo procedimento licitatório caminha para, ao fim, comparando-se as propostas apresentadas pelos licitantes, escolher-se a que melhor satisfaça o interesse público em torno do binômio qualidade-economia. *Nesse intento, entende-se bem — é mesmo intuível — que o julgamento das propostas, devendo compará-las, somente pode se dar quanto àquelas que especifiquem o objeto de sua oferta em similitude — é dizer: de acordo com as especificações determinadas pelo edital —, porquanto, a não ser assim, estar-se-ia fazendo o ilógico: comparando propostas que não circunscrevem o mesmo objeto.*

Assim não fosse, mal comparando, acabar-se-ia na situação esdrúxula de um imaginado júri de musicólogos diante do dever de aferir quem é o melhor pianista dentre dois candidatos, sendo que um deles teria apresentado para julgamento apenas um *solo* de bongô!... Inviável o julgamento, certamente.

Eis por que a Lei de Licitações, Lei n. 8.666/93, art. 48, I determina a desclassificação daquelas propostas que não observem as especificações editalícias para sua formulação. O fundamento da determinação legal é somente um: sabe a Lei que, se

26 Sem embargo da dicção legal do art. 43, § 3° da L. n. 8.666/93 empregar a voz "facultada", como se estivesse a instituir campo de discricionariedade à Administração Pública, deve-se compreender que, estando em disputa a possibilidade de se ampliar ou restringir o âmbito da competição, põe-se dever da Administração licitante diligenciar o quanto mais possa em favor da ampliação da competitividade. Sigo de perto assim o ensinamento hermenêutico de ninguém menos que Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 18 ed., pp. 270-271): "Em geral o vocábulo pode (*may*, de anglo-americanos; *soll, koene*, dos teutos) dá idéia de ser o preceito em que se encontra, meramente, permissivo, ou diretório, como se diz nos Estados Unidos; e deve (...) indica uma regra imperativa. Entretanto, estas palavras, sobretudo as primeiras, nem sempre se entendem na acepção ordinária. Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, pode assume as proporções e o efeito de deve. Assim acontece quando um dispositivo, embora redigido de modo que traduz, na aparência, o intuito de permitir, autorizar, possibilitar, envolve a defesa contra males irreparáveis, a prevenção relativa a violações de direitos adquiridos, ou a outorga de atribuições importantes para proteger o interesse público ou franquia individual. Pouco importa que a competência ou autoridade seja conferida, direta, ou indiretamente; em forma positiva, ou negativa: o efeito é o mesmo; os valores jurídico-sociais conduzem a fazer o poder redundar em dever, sem embargo do elemento gramatical em contrário."

27 *"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 deveriam constar originariamente da proposta."*

fosse possível aos licitantes formularem propostas segundo desenho próprio, o julgamento *objetivo* entre elas tornar-se-ia *impossível*.

Ilustrando: a princípio, não há como se comparar propostas comerciais que deixam de cotar diante dos preços de mercado cada item discriminado pelo edital, não há sequer (e aqui outro vício) como saber de sua exeqüibilidade. É consabido que *o 'julgamento objetivo das propostas' é condição imprescindível para o próprio atingimento do fim maior da licitação: resguardar o princípio da isonomia* (Lei n. 8.666/93, art. 3°, *caput*).

O exemplo acenado, entretanto, nem se pretende como paradigma absoluto — e talvez seja essa uma das principais constatações deste trabalho: a avaliação da convalidabilidade ou desconsiderabilidade de um vício presente em uma proposta é juízo muito dependente de caracteres *concretos*; aliás, como próprio da operação de princípios como *razoabilidade, proporcionalidade e finalidade*. Criando um pouco de suspense, deixemos para mais adiante[28] a demonstração de como mesmo uma tal ordem de vício em proposta pode oportunizar seu aproveitamento e consideração para o fito da disputa pelo contrato.

Nesses termos, a exigência de que as propostas apresentadas atendam as especificações editalícias não corresponde, como regra geral, à exacerbação formalística, mas, sim, a requisito imprescindível para o próprio julgamento objetivo, *portanto, atinente com a própria razão de ser do procedimento licitatório*.

Apresentada uma proposta viciada por inconformar-se com alguma exigência editalícia *relevante*, seu destino, uma vez vedado o ensejo à retificação, é a *desclassificação*. Vícios relevantes realmente não oportunizam a retificação ou suprimento, mormente se para tanto for necessária a alteração do conteúdo da proposta.[29]

Além disso, é pertinente o acautelado aviso de Adílson Abreu DALLARI, segundo quem "A doutrina e a jurisprudência já firmaram entendimento no sentido de que, contrariamente ao que deve ocorrer na fase de habilitação, um exame efetuado na primeira parte da classificação deve ser bastante amplo e rigoroso. (...) Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame, tendo em vista que tudo aquilo que nela se contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame de idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente."[30].

28 Tópico IV e deste trabalho.

29 *Escreve Carlos Ari SUNDFELD:* "A disputa deve governar-se pela igualdade, não só entre os licitantes, mas também entre estes e outros possíveis interessados. Daí a imutabilidade das ofertas (art. 43-§ 3°), impedindo a alteração do proposto por um ou alguns dos ofertantes — que se chocaria com o direito daquele cuja proposta permaneceu intocada — ou mesmo por todos eles — o que fraudaria a posição dos que se mantiveram fora da disputa, por não terem podido atender ao prazo concedido inicialmente. A alteração de ofertas é excepcional, sendo possível apenas nos casos legalmente enunciado e desde que não implique em violação da igualdade (arts. 46-II; 48-parágrafo ún.)." (*Licitação e Contrato Administrativo de acordo com as lei 8.666/93 e 8.883/94*, São Paulo: Malheiros, 1ª ed., 1994, p. 26)

30 O excerto em citação mais longa é o seguinte: "A doutrina e a jurisprudência já firmaram entendimento no sentido de que, contrariamente ao que deve ocorrer na fase de habilitação, um

Muito bem. Afirmou-se acima que a presença de vício *relevante* em uma proposta ofertada em licitação não oportuniza escoima posteriormente a sua apresentação. *Não* se disse o mesmo em face de vícios ou inconsistências *de pequena monta* ou *irrelevantes*.

Quanto a estes últimos, o contrário se dá: "... só é aceitável a desclassificação por motivo 'relevante'..."[31]. *Aplicando-se as considerações lançadas nos tópicos I e II supra* ao julgamento de propostas em uma licitação, entende-se que, uma vez constatada a presença d'algum desbordamento de formalidade prevista no instrumento convocatório, *não* se poderá concluir *ipso facto* a imprestabilidade da proposta assim apresentada e sua desclassificação. O cânone da finalidade e já o simples bom senso determinam que seja analisado se, ainda uma vez presente um tal vício, *a finalidade* a que serviria o requisito formal editaliciamente previsto restou satisfeita. Caso sim, a proposta em hipótese *deverá* ser conhecida, julgada e classificada.

E mais: empregando-se a razoabilidade[32] e a proporcionalidade[33] *jurídicas*, poder-se-á inclusive chegar a hipóteses em que venha a ser constatada a completa

exame efetuado na primeira parte da classificação deve ser bastante amplo e rigoroso. Com efeito, durante a fase de habilitação não deve haver um rigor excessivo; sem que se descumpra o edital (dado que não se pode dispensar qualquer coisa que nela tenha sido exigida) a comissão julgadora deve ser maleável, transigente, interpretando as questões controvertidas preferentemente em favor do proponente, tendo em vista que existe um interesse público na participação do maior número possível de licitantes. (...) Na fase de classificação, contrariamente, deve ser feito um rigoroso e amplo exame, tendo em vista que tudo aquilo que nela se contém vai afetar sensivelmente o futuro contrato. Em síntese, o exame de idoneidade da proposta deve ser muito mais severo do que o exame da idoneidade do proponente. Até mesmo porque está última comporta inclusive uma nova apreciação, em face da proposta e, em circunstâncias excepcionais 'em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento' (Lei n. 8.666/93, art. 43, § 5º)." (*Aspectos Jurídicos da Licitação*, São Paulo, Saraiva, 4 ed., 1997, p. 131).

31 Assim entende o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo Antônio Roque Citadini (Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo, Max Limonad, 2 ed., 1997, p. 319), conquanto não desça a maiores detalhes.

32 Princípio jurídico de status constitucional, conforme exegese do Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em ADIn 1.158-8 AM, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello (negritos do original):

"Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição — deve ser entendida,' na abrangência de sua noção conceitual', não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, 'sobretudo', em sua 'dimensão material', que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou 'irrazoável'.

"A essência do '*substantive due process of law*' reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra' qualquer' modalidade de legislação que se revele opressiva ou, 'como no caso, *destituída do necessário* coeficiente de razoabilidade'."

33 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 8 ed., 1996, p. 65) magistra acerca do princípio da proporcionalidade e sua eficácia restritiva das possibilidades administrativas de impor exigências: "Este princípio enuncia a idéia — singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada — de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso

inutilidade de uma dada exigência formal prevista no instrumento convocatório. Isto é, a constatação de que a formalidade em tela é completamente ociosa, sua observância ou inobservância nada agregam ao conteúdo das propostas nem ao *modus* de seu julgamento. Em casos assim, imaginar-se devida a desclassificação de uma proposta que tenha desatendido uma tal exigência formalística, para além de injurídico por atentar contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade, *revelaria conduta 'irresponsável', posto inconseqüente com o interesse público no conhecimento do maior número de propostas possíveis e proporcional potencialização do encontro da maior vantagem.*

A propósito, relembremos a Lei Federal de Processo Administrativo, Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (diploma normativo prestante ao disciplinamento geral de procedimentos na esfera da União Federal, inclusive, como regramento geral conformador do entendimento da legislação federal sobre licitações), art. 2°, Parágrafo único, XIII: "Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII — interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação."[34]

Similarmente a Lei Paulista de Procedimento Administrativo, Lei n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998 (de escopo semelhante a sua congênere federal), art. 4° e 5°, mormente o segundo que determina: *"A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige."*

De seu lado, a prática administrativa brasileira, enriquecida com a influência de *guidelines* para procedimentos licitatórios produzidas por instituições financeiras multilaterais, tem vivenciado o emprego da exegese aqui esposada. Dá exemplo, mais uma vez, o edital da fase de formulação e julgamento de propostas da Concorrência 41301212 da Companhia do Metropolitano de São Paulo, voltada à contratação das obras de construção da linha amarela do metrô da cidade de São Paulo, que explicitamente prevê a possibilidade de aproveitamento de propostas que apresentem vícios ou inconsistências perante as exigências editalícias de caráter *não substancial*.[35, 36]

da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam."

34 Em outra oportunidade, advoguei (e sigo advogando) o uso da Lei de Processo Federal como diploma normativo de integração para lacunas jurídicas quanto ao tema de processo administrativo perante os demais entes da federação. Ver meu "Os Regimes Jurídicos de Invalidação dos Atos Administrativos", Dissertação de Mestrado, PUC/SP, 2001, pp. 198-199.

35 Dispõem os itens editalícios 22.3 e 22.4 respectivamente (em tradução direta da versão em inglês; negritos acrescidos): *"O Ente Licitante poderá deixar de lado desvios de forma, desconformidades ou irregularidades menores em uma Proposta que não constitua desvio' substancial', e que não prejudique ou afete o esclarecimento relativo a qualquer Licitante como resultado da avaliação técnica e comercial (...)"*; *"Antes da avaliação detalhada, o Ente Licitante determinará se as Propostas estão completas e se respondem de forma 'substancial' às exigências editalícias. Para os fins dessa determinação, uma Proposta 'substancialmente de acordo' é aquela que*

Não se opõe a esse entendimento suposto direito dos demais licitantes ao rigoroso formalismo ou à vinculação ao edital.[37]

Tal direito existe, sim, mas de forma mediata; na verdade, *trata-se antes de direito à objetividade, ao tratamento isonômico, à impessoalidade na conduta dos agentes públicos, à ampla defesa, à comparação entre propostas por critérios objetivos etc.* Vira direito ao formalismo ou vinculação ao instrumento convocatório na medida que essas adstrições, *no caso concreto*, sirvam à proteção daqueles fins e para tanto não se revelem, *no caso concreto*, ociosas. Se o contrário se passa, se um requisito ou exigência ou formalidade editalícia revela-se, em face das peculiaridades do caso concreto, ocioso ou supérfluo para o resguardo dos referidos bens/valores jurídicos, não há como falar-se em vinculação ao edital ou imposição do estrito formalismo.

corresponde a todos os termos, condições e especificações do edital sem desvios, oposições, condições ou reservas substanciais. Um desvio, oposição, condição ou reserva material é aquele (i) que afeta de forma 'substancial' o escopo, qualidade ou desempenho do contrato; (ii) que limita de forma substancial, que seja inconsentâneo com as exigências editalícias, os direitos do Ente Licitante ou as obrigações do futuro contratado; ou (iii) cuja retificação afetaria injustamente a posição competitiva dos Licitantes que estão apresentando Propostas 'substancialmente' adequadas."

36 Comungando a mesma linha principiológica e exegética, as *guidelines* do Banco Interamericano de Desenvolvimento — BID — pontificou ao ensejo do edital para licitação de obras da BR-101 trecho Florianopólis/SC-Osório/RS, em certame implementado pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes — DNIT (Concorrência internacional, edital n. 0003/02-00): "*'Erros e omissões sanáveis': Os documentos de licitação deverão estabelecer uma diferença entre erros ou omissões sanáveis e não sanáveis, tanto para a etapa de pré-qualificação como para a de apresentação de ofertas. Não se deve desqualificar automaticamente um licitante que não tenha apresentado informação completa, quer por omissão involuntária, quer porque o requisito não estava claramente estabelecido nos documentos de licitação. Sempre que se trate de erros ou omissões de natureza sanável — geralmente omissões, relacionadas com a verificação de dados ou informação de tipo histórico —, deve a Entidade de Licitação permitir que o licitante, a curto prazo, proporcione a informação que falta ou corrija o erro sanável. Contudo, existem certos tipos de erros ou omissões básicas que, por sua gravidade, tradicionalmente são considerados insanáveis. Servem de exemplo: a falta de assinatura da proposta ou de apresentação de determinada garantia. Finalmente, também não se permite que a correção de erros ou omissões seja utilizada pelo proponente para alterar a substância da sua oferta ou para melhorá-la.*" (item 3.14 das regras gerais para licitação em anexo que acompanha o edital referido). Dois comentários cabem aqui quanto ao dispositivo de *guidelines* em atenção. Um, certamente a ausência de assinatura da proposta constitui vício *irrelevante*, se pelas circunstâncias em que apresentada a proposta e pela presença e atuação de representantes do licitante proponente *não resta dúvida sobre o compromisso do proponente com a oferta feita*. Dois, muito relevante a regra final de que o ensejo a escoima de vício presente em proposta não deve ocorrer se tal escoima representa alteração substancial dos termos da proposta — *nessa hipótese, estar-se-ia aproveitando a proposta por procedimento que estaria afrontando a isonomia do tratamento dos licitantes na competição*, o que obviamente não se compadece com a principiologia basilar da licitação.

37 Ora, *formalismo* é expressão desnecessariamente adjetivada pelo qualificativo *rigoroso*. O uso das duas palavras assim juntas revela, quando menos, reprovável pleonasmo, ou, o que pior, uma leitura pedestre da legislação, senão, o que ainda pior, ecoa aquela velha máxima atribuída a Getúlio Vargas: *"Aos amigos, tudo; aos inimigos, o rigor da lei."*

Em termos principiológicos, quanto à compreensão da formalidade nos certames, não há porque conceber qualquer distinção entre a fase de julgamento das propostas e a fase de habilitação. Para esta, doutrina e jurisprudência, um tanto consensualmente, aceitam a contemporização do formalismo. Ora, seria absurdamente paradoxal falar-se em contemporização de formalidade em face dos vetores hermenêuticos e normativos da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade (persecução do mutável interesse público) na ampla competição quando em sede da fase de habilitação, e, depois, na fase seguinte (julgamento das propostas), diminuir-se a efetiva competição por causa de irregularidades formais sem qualquer repercussão prática, que não impedem o conhecimento do conteúdo da proposta ofertada, sua firmeza e a averiguação de sua exeqüibilidade.

Sem embargo, por óbvio, há limites, sim, para a contemporização com vícios formais — tratemos, então, de identificá-los.

IV.a) As propostas devem ser sérias, certas, fundadas e seguras e vícios que retirem da proposta quaisquer desses atributos são relevantes e importam em desclassificação da proposta

Eis a primeira e consensualizada regra em torno do crivo de validade das propostas em certames. Empregando os substantivos acima usados — *"seriedade, certeza, fundamentação e segurança"* — ou outros de conteúdo semântico congênere (*"firmeza, exeqüibilidade, objetividade, clareza etc."*), a doutrina mais aclamada entoa essa regra e esta alcançou já aquele patamar de acatamento pelo senso comum, que tornou seu enunciado inclusive um chavão repetido[38].

É uma máxima reconhecida já até pelo bom senso, antes mesmo do conhecimento jurídico especializado, que as propostas apresentadas em certames públicos devem construir-se de tal modo que se demonstrem:

> (i) *Sérias*, externando-se incontendivelmente o compromisso jurídico do proponente e dos que mais foram exigidos a com ele conjuntamente se comprometer[39] em relação ao conteúdo da proposta e sua regular execução em caso de vir a ser contratada;

38 Apenas ilustrando: Carlos Ari SUNDFELD (*Licitação e Contrato Administrativo*. Malheiros, 1994, p. 146) escreve: *"... a admissibilidade das propostas depende de sua concretude, firmeza, seriedade e da razoabilidade do preço."*; Lúcia Valle FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 6 ed., 2003, p. 483): *"A proposta, segundo Marcello Caetano, há de ser séria e firme."* e Marçal JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, 9 ed., 2002, p. 428): *"São requisitos genéricos a certeza, a seriedade e a exeqüibilidade da proposta."*

39 É cada vez mais freqüente a necessidade de assegurar a exeqüibilidade da contratação posta em certame justificar a exigência editalícia que o proponente apresente, com sua proposta, compromissos de fornecedores e/ou outros parceiros comerciais com sua potencial participação na execução contratual.

(ii) *Certas*, portanto claras, precisas, sem ambigüidades nem obscuridades que impeçam a compreensão exata do que é proposto e como é proposto;

(iii) *Fundadas*, na medida que reflitam cálculos, orçamentações, planejamentos, cronogramas conformados não apenas aos requisitos editalícios, mas também às práticas mercantis e técnicas correntes — conquanto, possam diante dessas inovar (como próprio da dinânica negocial), desde que sem risco à exeqüibilidade da execução contratual — e, assim, demonstrem-se *exeqüíveis* em termos satisfatórios em face do interesse público instrumentado pelo objeto da contratação licitada e também diante de interesses públicos gerais, como o sanitário, o ambiental, a economicidade etc.;

(iv) *Seguras*, com sua *exeqüibilidade* garantida, em acréscimo com os caracteres anteriores, por soluções de garantia jurídica, como seguros, fianças bancárias.

Claro que essa exposição dos requisitos básicos de admissibilidade de propostas em certames públicos ressente-se ainda de um tom generalista e abstrato. Poderíamos ainda gastar uma boas laudas, inclusive mantendo o tom genérico e abstrato, mas a sistematização acima já possibilita e fundamenta a enunciação de um parâmetro consistente — embora ainda genérico e abstrato — para reconhecermos quais vícios em propostas podem ensejar a convalidação destas ou, mais precisamente, a desconsideração do vício e o aproveitamento da proposta.

Eis a máxima (que certamente não é original na tese que abraça): *vícios, i.é. desatendimentos a requisitos editalícios ou inconsistências outras, presentes em propostas apresentadas em certames públicos que não impeçam a verificação da seriedade, certeza, fundamento e segurança daquelas devem ser desconsiderados, aproveitando-se as propostas concernentes.*

Devemos dar mais concretude, densificação a essa regra. É ao que se dispõem os tópicos seguintes.

IV.b) A discrepância para com as especificações técnicas do objeto postas no edital e para com o momento econômico prescrito para orçamentação da proposta constitui vício relevante da proposta dessarte ofertada e impõe sua desclassificação

Se o vício da proposta consistir numa discrepância com *(a)* o escopo da contratação, resultando oferta de objeto distinto (com especificações técnicas distintas) ou *(b)* com o momento econômico determinado para servir como parâmetro à orçamentação da proposta, ofertando-se proposta que considera custos próprios de conjuntura econômica distinta daquela definida pelo instrumento convocatório, *não há contemporização possível.* As razões são um tanto óbvias:

i) pelo segundo vício, fica impedida a comparação entre propostas, logo, também resta impossibilitada a classificação entre elas, o que imprescindível para ultimação do julgamento das mesmas;

ii) a contemporização com o primeiro vício ainda importaria em afronta ao tratamento isonômico a que fazem jus os administrados que, embora interessados na contratação, não compareceram ao certame por constatar não atenderem aos requisitos editalícios ou terem objeto distinto (solução alternativa) para propor e não exatamente o mesmo objeto licitado;

iii) pelo primeiro vício, além do impedimento à comparação entre as propostas — pois, aquela viciada não estará ofertando o mesmo objeto que as demais —, em rigor, a proposta dessarte maculada oferta objeto não procurado, naquele certame, pelo ente licitante; aludido vício torna assim tal proposta imprestável, ainda que a mesma fosse a única ofertada.

Exemplo do primeiro vício encontra-se em proposta que, para um certame voltado à contratação da execução de obra pública, orçamenta serviços ou fornecimentos próprios de técnica de fundação distinta daquela especificada no Projeto Básico. Exemplo do segundo vício está em proposta que orça custos tributários, considerando alterações normativas ocorridas posteriormente à data definida como data-base para projeção dos custos e preços a serem insertos nas propostas[40].

IV.c) Se o vício só puder ser sanado mediante alteração do conteúdo da proposta por parte da Comissão de modo anti-isonômico — i.é., com tratamento subjetivo especialmente vantajoso para o licitante cuja proposta apresenta falha —, tem-se uma inconsistência relevante, o que impede a classificação da proposta

A necessidade imperiosa de se preservar a impessoalidade, o tratamento isonômico e a eqüidistância do órgão licitante em um certame impõe que a convalidação ou condescendência por parte da Comissão de Julgamento de Licitação quanto a vícios presentes em propostas *não se pode dar mediante ingresso daquela, Comissão de Licitação, na própria intimidade da proposta, substituindo-se ao proponente para, 'por escolhas subjetivas e por procedimentos não igualitariamente extensíveis aos demais licitantes', alterar dados, informações somente decidíveis pelo licitante.* Não é por outro motivo que decidiu o Tribunal de Contas da União:

> *"Ementa: Representação de empresa participante em licitação pública. Ilegalidade no julgamento, haja vista a posterior inclusão de informação que deveria constar, originariamente, na proposta de preços, infringindo-se*

40 Na ausência de definição explícita da data-base para formulação de propostas é de se considerar a da data aprazada para entrega das propostas.

o § 3º do art. 43 da Lei n. 8.666/93. Fixação de prazo para a anulação da concorrência."[41]

Não podem, portanto, ser relativizados ou relevados ou de qualquer forma perdoados aqueles vícios presentes nas propostas cujo conteúdo corresponda à decisão 'exclusiva' do licitante, componente dos dados que constituem o cerne (mormente o cerne econômico, em certames pelo menor preço) da proposta deixado pelo edital à decisão (livre empresa) do licitante *e que não possam ser supridos por dados ou informações objetivamente assacáveis do edital ou da prática comum de mercado e mediante procedimentos não igualitariamente extensíveis aos demais licitantes.*

Nesses casos — em que os vícios encontrados imiscuem-se no próprio *conteúdo* da proposta, de forma tal que a inconsistência não pode ser consertada, colmatada, suprida por solução isonômica —, entende-se bem que os aludidos vícios *não* podem ser retificados ou relevados:

> (a) quer pela Comissão de Julgamento de Licitação, *se* isso corresponder ao absurdo da mesma se substituir, *com escolhas subjetivas e arbitrárias*, ao proponente, alterando dados da proposta e assim tomando decisões que só ao proponente foi deixado tomar;
>
> (b) quer pelo proponente, pois isso significaria a possibilidade — que deveria ser estendida a todos — de retificarem dados relativos à essência econômica da proposta comercial *após descerradas e públicas ditas propostas.*

Por exemplo, se determinada Composição de Preço indica para um determinado insumo o custo de R$ 1,00 o Kg e o quantitativo de consumo de 100 Kg., e, contraditoriamente, a síntese do preço é feita em outra planilha, apontando-se R$ 1,32 o custo do Kg do insumo e 115 Kg como total de consumo, *tem-se aqui um vício irretificável e de vedada condescendência por parte da Comissão de Julgamento de Licitação.*

Assim se dá porquanto a hipótese da retificação dessa inconsistência *implicaria na alteração de dados cujo conteúdo é de 'exclusiva' decisão do proponente, 'pois dizem com a própria intimidade de sua proposta' (precificação de insumos e estimação de consumo). A definição de tais dados, portanto, diz respeito a um juízo subjetivo de exclusiva competência: do proponente.* Fosse a Comissão de Julgamento

41 TC-650.013/95-6; *in Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, NDJ, ano IX, n. 7, jul/1996, p. 343. E no voto do Min. Relator Fernando Gonçalves, restou averbado: "*O exame das justificativas apresentadas pelo Presidente da Telesc, levado a termo pela SECEX/SC, não deixa dúvidas de que a Comissão de Licitação daquela estatal, ao acatar o recurso da Caltech Telecomunicações Ltda., 'no qual havia informação que não constava originalmente da sua proposta de preços', alterando o julgamento inicial com base nesse dado, e declarando essa empresa como a nova vencedora do certame licitatório, 'eivou o processo de ilegalidade, pelo descumprimento do § 3º do art. 43 da Lei n. 8.666/93'.*" (Op. Cit., pp. 344-345).

de Licitação ou o proponente decidir-se por um dado constante da Composição de Preços ou de outro dado constante na Planilha sintética do preço, sob a aparência de retificar, *estaria em verdade substituindo-se ao proponente e escolhendo que dado* (diga-se que decisão quanto ao preço do item e ao quantitativo de seu uso) *inserir na proposta comercial deste.*

Tal procedimento, *em regra geral*, claramente é *incompatível* com a imparcialidade e a eqüidistância que devem pautar a atuação da Comissão de Julgamento de Licitação como requisito para resguardo da *isonomia*. E a obviedade disto, crê-se, dispensa citações ou maiores aprofundamentos teóricos, *conquanto peça mais esclarecimentos que adiante serão tentados.*

IV.d) A contemporização com o vício formal da proposta não pode ocorrer se importar em alteração "substancial" do conteúdo da proposta pelo Proponente

Doutro lado, considerando-se ainda um vício de tal ordem, também é impossível sua retificação por parte do proponente, visto que implicaria em oportunizar àquele a eventualidade de *alterar o conteúdo* de sua proposta quando *já descerrado o sigilo das propostas dos demais proponentes.* Fosse isso possível, por coerência ter-se-ia que ensejar a todo e qualquer proponente a possibilidade de, posteriormente à abertura das propostas comerciais, dar-se conta de que *"haveria em suas planilhas de insumo e cálculo, alguns custos e/ou quantitativos de consumo mal-calculados, supostos pequenos equívocos materiais"* e, de conseguinte, "retificá-los", alterando-os para o que seria "supostamente correto" e com certeza menor.

A hipótese assim renderia ao certame algo profundamente inusitado e incompatível com os procedimentos licitatórios que não prevêem uma fase de disputa às claras, com preços abertos, como no leilão[42] e no pregão[43]*: um segundo momento*

42 Previsto como modalidade de licitação pelo art. 22, V, § 5° da Lei n. 8.666/93, o leilão tem seu procedimento supletivamente normado pelas regras de direito comercial e processual pertinentes. Marçal JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9 ed., 2003, pp. 206-207) ensina: "No leilão, os interessados comparecem em data preestabelecida para o ato, formulando verbalmente suas propostas. Ou seja, a regra do leilão é a inexistência de sigilo quanto ao conteúdo das propostas. Muito pelo contrário, é da essência do leilão que tais propostas sejam públicas e de amplo conhecimento. Os proponentes ficam vinculados por sua proposta até que outra, mais elevada, seja formulada. A formulação de proposta mais elevada por outro licitante retira a eficácia da proposta menos elevada, autorizando o interessado a formular outra proposta (desde que mais elevada do que a última). Será considerada vencedora a proposta mais elevada."

43 Reza a Lei n. 10.520/02: "Art. 4° A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) VIII — no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;". Essa modalidade licitatória recebeu, entre nós, tratamento pioneiro na Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei n. 9.472/97, arts. 54, Parágrafo único a 57, regulamentado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), mediante Resolução n. 5, que aprovou o regulamento de contratações daquela autarquia. A respeito da disputa em aberto entre licitantes já após descerradas suas propostas, ver profícua

para formulação de propostas comerciais. No frigir dos ovos, lançaria uma pá de cal sobre a exigível seriedade e certeza das propostas comerciais, pois, se pudessem ser ao depois modificadas em seu conteúdo, a nenhum licitante ocorreria formular proposta definitiva em um primeiro momento, deixando para depois do conhecimento do resultado da classificação das propostas o encargo de negociar e precisar o *quantum* definitivo de sua proposta mediante o nada sutil subterfúgio da "retificação de dados" concernentes ao próprio *conteúdo econômico* da proposta comercial. Aí, todo o ensejo para os agravos à moralidade administrativa, mormente mediante conluio entre licitantes e pressão de uns sobre os outros.

A alteração de proposta após descerrada a mesma é hipótese excepcional, dependente de *razoável* previsão legal.[44]

Por essas linhas, chega-se à seguinte constatação: *a contemporização do formalismo licitatório* (leia-se: vinculação ao instrumento convocatório) *não pode importar em livre alteração de conteúdo da proposta viciada, 'entendendo-se conteúdo como a caracterização do objeto ofertado e do significado econômico dessa proposta'*. Tal *livre* alteração, como visto, implicaria ou na intromissão da Comissão de Julgamento de Licitação na intimidade da proposta comercial (aquele núcleo da proposta dependente de decisão do proponente) ou no ensejo ao proponente de *reformular* sua proposta comercial quando descerradas as demais. Uma ou outra hipótese desdenharia princípios da licitação como *isonomia, vinculação ao instrumento editalício, seriedade e certeza da proposta e moralidade administrativa.* De permeio, estar-se-ia inclusive incorrendo em conduta qualificável como "ato de improbidade administrativa"[45].

exposição de Vera Scarpinella BUENO (Licitação na Modalidade Pregão, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 133-144).

44 Nesse sentido, certamente falando antes do advento das novidades do pregão, Carlos Ari SUNDFELD (*O Formalismo no Procedimento Licitatório, in* Revista da Procuradoria Geral da República, São Paulo, RT, n. 5, pp. 11-12): "*No sistema legal brasileiro vigora, salvo duas exceções expressas, a regra da imutabilidade das propostas financeiras no curso do procedimento licitatório. A época adequada para a elaboração da oferta é a que vai do chamamento ao certame (...) até a data da chamada abertura, quando se dá a inscrição do licitante com a entrega da proposta. Ultrapassado esse momento, ela não pode mais ser alterada. (...) como se disse, em duas solitárias hipóteses a lei adotou a regra oposta. A primeira é a das licitações de melhor técnica (...). Outro caso é o previsto no art. 48, parágrafo único.*" O antigo art. 48, Parágrafo único da Lei n. 8.666/93, tornou-se § 3º do mesmo artigo com o advento da Lei n. 9.648/98. O texto atual é o seguinte: "*Art. 48. (...) § 3º 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.*" Nesse caso, entretanto, é importante que o ente licitante identifique — restringindo o escopo da escoima — os aspectos que necessitam de retificação ou supressão na proposta, impedindo assim a apresentação de verdadeira *novas* propostas caso o aspecto objeto de retificação não tenha repercussão quanto ao conteúdo econômico da proposta original.

45 Lei n. 8.429/92, art. 10, VIII: "*Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio,*

IV.e) Vícios irrelevantes na proposta e que tornam impositiva sua classificação são aqueles que não denotam afastamento dos parâmetros de definição do objeto licitado e da conjuntura econômica de sua orçamentação, nem impedem a clareza, certeza, fundamentação e exeqüibilidade da proposta, ensejando sua supressão mediante procedimento objetivo, não arbitrário e isonômico (i.é., que pode ser igualitariamente extensível aos demais licitantes)

Já enunciamos essa regra: vício que não impossibilita a verificação da seriedade, certeza, fundamentação e segurança da proposta e que pode ser desconsiderado ou consertado com emprego de soluções objetivas, não arbitrárias e igualitariamente extensíveis a outros licitantes não prejudica a proposta comercial, devendo o órgão licitante considerá-la.

Daí a possibilidade, por exemplo, da Comissão de Julgamento de Licitação *retificar* cálculos presentes em planilhas de propostas e documentos concernentes. Exemplifique-se: onde em uma dada planilha de proposta está a conta 32 x 1,65 = 65, se não comparecer dúvida *razoável* — em face d'outros elementos da proposta — quanto ao número ("32" e "1,65") identificador dos fatores da conta em referência, a Comissão de Julgamento de Licitação pode retificar ou compreender esse item da planilha consoante as normas elementares de aritmética (32 x 1,65 = 52,8).

A possibilidade de retificação ou desconsideração dessa inconsistência é facilmente compreensível diante das razões anteriormente expostas: em tal hipótese, a correção do resultado da conta *não* significa nem a substituição do proponente pela Comissão de Julgamento de Licitação, nem a oportunidade do proponente reformular sua proposta. Muito ao contrário: significa apenas ler a conta *consoante prescreve a aritmética, cujas regras certamente não são abrangidas no conjunto de aspectos que cabe 'exclusivament'e ao proponente decidir ao formular sua proposta.*

De fato, cabe ao proponente decidir o *quantum* dos preços do escopo que oferta, bem como o *quantum* dos insumos que *estima* consumir a partir da descrição do objeto licitado posta no edital. Entretanto, decidido que um dado item tem custo unitário de R$ 1,65 e que estimado o consumo de 32 unidades para a consecução do escopo, *está fora do âmbito de decisão (portanto, de 'formulação da proposta') do proponente o resultado dessa conta.* Ao retificar-se o total da suposta conta de 65 para 52,8, ninguém está criando ou decidindo nada, nada se fez além de respeitar a regra aritmética.[46]

apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° desta Lei, e notadamente: (...) VIII — frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;"

46 *Mutatis mutandi*, é o que se vê já em prática. Assim, em editais do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo, autarquia vinculada à pasta de transportes do concernente Governo. Por exemplo, no edital lançado para licitação de contratos do Programa de Recuperação de Rodovias do Estado de São Paulo, Edital n. 01-02-CI, lê-se no item editalício 13.5: "*As propostas deverão ser apresentadas com preços unitários grafados em algarismo e por extenso, sem rasuras, emendas ou entrelinhas. 'Em caso de divergência entre ambos, a Comissão considerará os preços grafados por extenso'.*"

Similarmente lícita é a desconsideração de inconsistência formal de proposta residente no mero equívoco de digitação de uma unidade de grandeza *definida pelo edital*. Ilustre-se: imagine-se que em um certame para contratação da obra de um prédio, o respectivo edital traga em anexo modelo de Planilha de Composição de Preços, listando os itens de insumo para a execução do escopo. No item de insumo referente à argamassa, o edital prescreveria o uso da unidade metro *cúbico*. Todavia, uma dada proposta, sem errar nos valores de preço e estimativa de consumo, equivocadamente, por erro de digitação ou descuido qualquer, teria indicado na coluna de unidades métricas o símbolo do metro *linear*. Em tal hipótese, a inconsistência aventada também é plenamente retificável ou relevável. E assim o fazendo, a Comissão de Julgamento de Licitação não estará se substituindo ao proponente, nem, muito menos, estar-lhe-á oportunizando reformular sua proposta.

A razão é simples: também nesse caso, o aspecto da proposta comercial em que reside a inconsistência *não* é dependente de decisão exclusiva do proponente; *ao contrário*, já foi anteriormente decidido pelo edital (a unidade só poderia ser "metro cúbico") e inclusive se trata de prática usual, regra técnica de funcionamento do mercado quanto ao fornecimento desse insumo. Portanto, *não* constitui dado cuja especificação dependia ou depende de escolha do proponente. Donde que desconsiderar a inconsistência imaginada *não* significa nenhuma inovação dentro da proposta, nada se coloca aí que signifique intromissão da Comissão de Licitação no conteúdo decisório *exclusivo* do proponente ou reavaliação desse mesmo conteúdo pelo próprio proponente.

Voltemos agora a atenção para um exemplo de vício em proposta comercial, que a um primeiro súbito de vista pode (e assim se dá comumente) ser julgado como relevante, substancial e imponível da desclassificação da oferta. A alusão é a exemplo já aventado: hipótese de falta de orçamentação dalgum item de custo em uma planilha de decomposição de preços editaliciamente exigida para verificação da consistência do orçamento global de uma obra.

Mesmo quanto a tal vício, entretanto, pode-se muito bem imaginar-se hipóteses em que o mesmo mereceria a pecha de 'irrelevante e incapaz' de ensejar a desclassificação da proposta do licitante.

Basta imaginar que tal teria acontecido com o item "parafusos" em uma dada proposta de obra pública. Conquanto não se imagine um prédio sem parafusos, certamente a representatividade de um tal item na orçamentação geral da obra dificilmente ultrapassará a casa do milésimo percentual. Seria *razoável, proporcional e compatível com as finalidades públicas do certame desclassificar tal proposta?*

A resposta sobressai mais fundamentada se antes respondermos a outra pergunta: *haveria uma ou mais soluções que conseguissem ao mesmo tempo aproveitar essa hipotética proposta e não resvalar em tratamento arbitrário nem anti-isonômico por parte do ente licitante?*

Sim. São concebíveis, ao menos, quatro soluções que, *objetivas* (sem intervenção de opções subjetivas dos membros da Comissão de Licitação), *não arbitrárias* (fundadas em dados não aleatórios) e *isonômicas* (podem ser extensíveis igualitariamente a quaisquer outros licitantes cujas propostas apresentem idêntico vício):

i) pode-se suprir a falha da proposta com recurso aos valores presentes no orçamento do órgão licitante, segundo informado em anexo editalício (o que constitui informação imprescindível para o instrumento editalício, conforme Lei n. 8.666/93, art. 40, § 2°[47];

ii) pode-se fazer uso dos quantitativos e preços *mais altos* apresentados entre as propostas consideradas válidas;

iii) considerar o valor mais alto encontrado em um diligenciamento ao mercado — pela via prevista na Lei n. 8.666/93, art. 43, § 3° (fazendo-se uma exegese contemporizada da vedação presente na parte final do dispositivo) — cuidadosamente documentado;

iv) considerar o custo do item não orçado abrangido no BDI (valor de custos indiretos, tributos e lucro orçados pelo licitante), o que, todavia, deve ser acompanhado de detida verificação da exeqüibilidade da proposta resultante com a assunção desse custo pela previsão de lucro do licitante.

Todas essas soluções obviamente não podem ser impostas ao proponente da proposta que se mostrou falha. Este pode preferir vê-la desclassificada a se comprometer por um preço que não considera adequado. Mas é certo que todas elas atendem aos princípio e fins fundantes do instituto da licitação: ensejam mais competitividade e, portanto, aumentam as chances do encontro de uma proposta o mais vantajosa para a Administração licitante e fazem-no sem que seja quebrado o tratamento isonômico, impessoal e objetivo de todos os licitantes[48].

47 "Art. 40. (...) § 2° Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: (...); II — orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;". Sobre a relevância e impositividade da presença de tais dados no edital, magistra Floriano de Azevedo MARQUES NETO: ("*O Edital: Exigências Possíveis e Necessárias para Licitar*", *in* Estudos Sobre a Lei de Licitações e Contratos, São Paulo, Forense Universitária, 1995, p. 121): *"(...) a recusa em fornecer as planilhas de orçamentos que dispõe numa dada licitação reflete uma visão estrábica do que seja a atividade administrativa. Trai, em suma, uma irresistível tendência a entender a coisa pública a partir das lentes do segredo de Estado, da informação exclusiva. (...) Negligenciar custos, esconder dados relevantes para o certame — a experiência mostra — somente interessa àqueles que podem ter acesso a essas preciosas informações."*.

48 Tais valores — isonomia, impessoalidade, objetividade — pautam a própria construção do edital e, por conseguinte, devem os mesmos serem observados em soluções que contemporizem o formalismo em certames públicos. As palavras de Antonio Roque CITADINI (*Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 34-35) bem indicam a curial relevância daqueles bens/valores jurídicos para o certame: *"(...) o edital deve caracterizar o mais detalhadamente possível o objeto pretendido, e também os critérios que serão levados em consideração para mensurar os fatores de qualidade, técnica e rendimento, visando cercear o subjetivismo que leva a favorecimentos na disputa. O julgamento deverá basear-se em critérios claros, perfeitamente justificáveis, não permitindo interpretações sem sustentação lógica. Se a Administração reputou necessário promover uma disputa licitatória para a seleção de um serviço,*

Verdade que a operação de tais soluções deve ainda considerar as diferenças de suas repercussões a depender dos distintos tipos de licitação e, com especial relevância, distintos regimes de execução. Exemplarmente, a relevância da orçamentação de um item de custo em uma proposta para um contrato por preços unitários, a princípio, sobressai maior que para uma empreitada por preço global. Na primeira, a estipulação de um valor para um custo não orçado necessariamente provoca alteração do preço final ofertado, enquanto tal não ocorre obrigatoriamente em se tratando de proposta para empreitada por preço global.

Essas distinções, entretanto, não afastam a validade e utilidade das soluções *supra* cogitadas, apenas indicam a necessidade de ponderação e cautela na sua aplicação, devendo a Administração licitante atentar para todas as implicações de uma falha na proposta e os impactos possíveis advindos da correção ou desconsideração dessa mesma falha no contexto dos peculiaridades de regime do certame e do contrato em causa no caso concreto. Não é novidade: *razoabilidade, proporcionalidade e finalidade* são princípios operáveis diante do *caso concreto* e, logo, do colorido fático-jurídico próprio e característico dele.

Os fundamentos principiológicos da exegese esposada já encontram seguro estofo jurisprudencial. Paradigmático nesse sentido, o seguinte aresto:

> *"DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. 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. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.*
>
> *"O 'Edital' no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o 'objeto da licitação', discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é 'absoluto', de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público*

aquisição ou obra, não poderá decidir tal disputa de forma subjetiva, absolutamente discricionária ou com justificativa obscura. Quando a Administração licita, ela o faz porque pode julgar e escolher o vencedor de forma lógica e por critérios objetivos." Bem se nota que as soluções supra cogitadas, todas elas atendem aos requisitos de clareza, objetividade e razoabilidade reclamados pelo ilustre Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. o procedimento licitatório e um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei; ultimada (ou ultrapassada) uma fase, "preclusa" fica a anterior, sendo defeso, a Administração, exigir, na (fase) subseqüente, documentos ou providências pertinentes àquela já superada. (...) 'O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes'. segurança concedida. voto vencido"[49]

Em aval a essas assertivas, revelando adotar critério semelhante ao *supra* exposto (o que notável sobretudo pelos exemplos apontados em que justificável a ressalva do rigor formal), o ensinamento de Marçal JUSTEN FILHO:

> *"Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência — mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. (...) No entanto, não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. (...)*
> *"Suponha-se que o edital exige que as páginas das propostas contenham numeração, em algarismos arábicos, grafada no pé da página, do lado direito. Seria descabido desclassificar a proposta que contivesse numeração em algarismos romanos ou em que a numeração estivesse digitada no alto da página. O defeito irrelevante não pode acarretar a desclassificação, superando-se o rigor extremado do edital (...)."* (p. 428)
>
> *"Vale referir, ainda outra vez, a importante decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento (...). O edital exigia que as propostas consignassem valores em algarismos e por extenso. Um dos licitantes apresentou proposta onde o valor constava apenas em algarismos e grafada segundo padrão estrangeiro (com vírgulas e não pontos para indicar os milhares). A proposta foi classificada como vencedora em um primeiro momento. Após e atendendo a recurso, a Comissão desclassificou-a. O STJ concedeu o mandado para restabelecer a classificação original. Reputou que a redação da proposta, ainda que descoincidente com a exigência do edital, não acarretava dúvida acerca do montante ofertado."* (p. 429)[50]

Diogenes GASPARINI, sempre atento à prática jurídica, é de igual entendimento:

49 STJ, MS 5.418/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, maioria, DJ 01.06.1998, p. 00024, negrito acrescido.

50 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 9 ed., 2002, pp. 428-429.

> Não se tem como aceitar a proposta incompleta em suas partes "essenciais" (...). Essa será, sempre, rejeitada. Pode-se dizer, então, como os demais estudiosos, que a proposta que não atender aos termos e condições do edital ou carta-convite é inaceitável e deve ser desclassificada. "Não obstante esse rigoroso procedimento, há que se compreender que só a inobservância do edital ou carta-convite no que for 'essencial' ou a omissão de proposta no que for 'substancial' ou no que trouxer prejuízos à entidade licitante, ou aos proponentes, enseja a desclassificação. De sorte que erros de soma, inversão de colunas, número de vias, imperfeição de linguagem, forma das cópias (xerox em lugar de certidão) e outros dessa natureza não devem servir de motivo para tanto."[51]

Depreende-se dos excertos transcritos que a relativização do rigor formal na aplicação do edital faz-se sempre em hipóteses de vícios que, considerados irrelevantes, sua retificação ou condescendência *não importa*:

> (a) na Comissão de Julgamento de Licitação se substituir ao proponente, alterando livremente — subjetiva, arbitrária e anti-isonomicamente — dados da proposta e assim tomando decisões que só ao proponente foi deixado tomar;
>
> (b) nem importa na livre alteração do conteúdo da proposta comercial pelo proponente, pois isso significaria a possibilidade — que deveria ser estendida a todos — de retificarem dados relativos à essência econômica da proposta comercial *após descerradas e públicas ditas propostas.*

Em outra mão, se a retificação do vício presente em uma proposta comercial importa em uma dessas referidas hipóteses, *certamente não* se poderá considerá-lo irrelevante, *nem muito menos* retificável por quem quer seja.

V — Conclusões

As formas impõem-se quando a serviço, no caso concreto, de um valor/fim jurídico apreciado como relevante pelo Direito. O descumprimento de uma formalidade importa na anulação ou ausência de eficácia do ato apenas se tal vício houver frustrado o atingimento do fim a que serve o requisito formal em causa.

Vigentes e bastante operados quanto ao juízo de habilitação em licitações públicas, os princípios jurídicos da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade, bem como o da competitividade, não deixam de incidir quando o certame adentra na fase de julgamento das propostas apresentadas ao seu ensejo.

51 *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 5 ed., 2000, p. 476; negrito acrescido.

O descumprimento de exigências editalícias pela documentação apresentada na fase de habilitação ou por propostas em certames públicos somente justifica a inabilitação do licitante ou a desclassificação da proposta se for relevante. Tal relevo comparece quando:

> i) o vício formal frustrar a efetiva comprovação de aptidão jurídica, técnica, fiscal ou financeira do licitante, o que importa em sua inabilitação;
>
> ii) o vício formal impedir o conhecimento com clareza e segurança do conteúdo da proposta, ou infirmar sua seriedade ou sua exeqüibilidade.

O desrespeito a alguma exigência editalícia por parte de uma proposta também é de inviável condescendência quando revele (a) oferta de objeto distinto daquele editaliciamente descrito ou (b) com orçamentação formulada com vistas a momento econômico distinto daquele prescrito pelo instrumento convocatório.

Mesmo destino deve ser observado também quando o desatendimento ao edital por parte da proposta somente puder ser sanado mediante alteração subjetiva, arbitrária e anti-isonômica da mesma por parte da Comissão de Licitação ou pelo próprio proponente.

A contrario sensu, quando ausentes essas hipóteses, tem-se configurada situação em que obrigatória a contemporização com o desatendimento ao edital, seja na fase habilitatória, seja na ocasião do julgamento das propostas.

E deve ser considerada como regra procedimental inafastável: comparecendo dúvida quanto à correção de documentação habilitatória ou higidez da proposta em certames — e a ausência de dúvida exige fundamentada demonstração nas razões do julgamento da Comissão de Licitação —, não se pode admitir a inabilitação de licitante ou a desclassificação de proposta sem que tenha a Comissão de Licitação diligenciado o quanto ao seu alcance na busca de elementos que ensejem a habilitação de um licitante e/ou o aproveitamento de uma proposta. O art. 43, § 3° da Lei n. 8.666/93 não enuncia uma faculdade, mas, sim, um dever[52] *e a saída de um licitante de um certame e/ou o não aproveitamento de uma proposta devem ser vistos como perda* — muitas vezes necessária, outras tantas evitável, *mas sempre lastimável*, pois sempre preferível ter mais um licitante potencialmente apto a executar o escopo licitado e potencial ofertante da proposta mais vantajosa.

A exegese esposada não afronta à isonomia, pois as soluções indicadas podem e devem ser igualitária, objetiva e impessoalmente adotadas. Tampouco agride o direito de quaisquer licitantes à vinculação ao instrumento convocatório: de um lado, o princípio em referência remete, não a uma adstrição à letra do edital, mas, à *norma* editalícia, a qual somente surge como fruto da *interpretação sistematicamente contextualizada, razoável, proporcional e finalisticamente compromissada*; de outro bordo, uma vez tal direito ser de caráter *mediato*, somente resta ferido e merece prevalecer ali onde a condescendência com o vício formal ou com o descumprimento

52 Conforme nota de rodapé n. 26 supra.

do edital vulnere o direito ao tratamento isonômico, à impessoalidade na conduta dos agentes públicos, à ampla defesa e à comparação entre propostas por critérios objetivos.

Ou isso ou, para usar impagável imagem de Adílson Abreu DALLARI, acabar-se-á fazendo das licitações paródias tragicômicas das gincanas ginasianas, nas quais ganha — não aquele que oferta a melhor proposta — mas, sim, que melhor cumpre a letra do edital. Enfim, todo o ridículo, toda a estultice e toda a desídia com o interesse público em se transformar os ritos, as formas, as formalidades em valores em si.