

**ATA DE JULGAMENTO DA FASE DE HABILITAÇÃO DA TOMADA DE PREÇOS Nº 02/2011 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE PÚBLICA (PROC. ADM. Nº 32/2011)**

Às 10h00min, do dia 23 de janeiro de 2011, reuniram-se, na Sala de Reuniões (Plenário) do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, situado no SRTVS Quadra 701, Centro Empresarial Assis Chateaubriand, Bloco II, Salas 301/314, Brasília-DF, os membros da Comissão de Licitação, Leandro da Silva Duarte e Maria Socorro Nunes de Souza, nomeados pela Portaria n.º 51/2011, de 29 de junho de 2011, sob a Presidência do primeiro nomeado, para proceder ao julgamento dos documentos de habilitação apresentados pelos licitantes na Tomada de Preços nº 02/2011, que tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de contabilidade pública.

Antes de verificar os documentos de habilitação dos participantes do certame, é importante ressaltar que a empresa ATA CONTABILIDADE E AUDITORIA LTDA não entregou a Declaração de Elaboração Independente de Proposta separada dos Envelopes nº 01, 02 e 03, conforme exigido no subitem 8.1 do Edital de Licitação.

- “8.1 A licitante deverá apresentar, separadamente dos Envelopes de nº 01, nº 02 e de nº 03, a Declaração de Elaboração Independente de Proposta, de que trata a Instrução Normativa nº 2, de 16 de setembro de 2009, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme modelo anexo ao Edital, **sob pena de desclassificação da proposta.**” (destaque acrescido).

Com o propósito de esclarecer ou complementar a instrução do processo de análise do referido certame, a Comissão declarou abertura de diligência, nos termos do art. 43, § 3º da Lei 8.666/93 e que foi transcrito no subitem 26.8 do Edital.

- “26.8 É facultada à Comissão ou Autoridade Superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar no ato da sessão pública.”

Diante o exposto, foi solicitado para a empresa Zênite Assessoria e Consultoria em Licitações suporte e informação sobre o referido tema. Sobre o parecer emitido, a Comissão Permanente de Licitação teceu as seguintes considerações:

- a) Primeiramente devemos destacar que os Editais lançados por este Conselho Regional de Medicina são elaborados a partir dos modelos de Editais da Advocacia Geral da União, cabendo a este Conselho apenas alterar os dados que forem pertinentes ao objeto licitado;

*102*  
*Aluno*

- b) A declaração solicitada no subitem 8.1 do Edital nada mais representa senão uma declaração exclusiva do licitante, não dependendo de nenhum fator externo ao interessado. O equívoco da licitante por incluir a referida declaração no envelope de habilitação não é motivo suficiente para o seu afastamento do certame. Trata-se de uma mera incompreensão do licitante e sua inabilitação configuraria excesso de formalismo.
- c) O excesso de formalismo não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações e, no caso de uma licitação como a presente, em que se está a julgar a TÉCNICA dos licitantes;
- d) É dever de o administrador observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da rejeição ao excesso de formalismo, além de outros igualmente relevantes; tudo dentro da pauta da Lei, mas sempre com o objetivo de ampliar ao máximo o caráter competitivo da licitação.

Após a diligência, que satisfatoriamente esclareceu no que pertine à Declaração de Elaboração Independente de Proposta, a Comissão Permanente de Licitação verificou os documentos de habilitação apresentados pelos participantes, e que por unanimidade de seus membros, deliberou:

I - HABILITAR as empresas ATA CONTABILIDADE E AUDITORIA LTDA, INSTITUTO MARDONEDES CAMELO DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS e PERÍCIA EMPRESA DE CONTABILIDADE S/S.

O Presidente solicitou a lavratura da presente, determinando que o presente julgamento seja publicado no Diário Oficial da União, a fim de dar conhecimento aos interessados, dando início ao prazo recursal.

Na hipótese de não ser interposto recurso, a abertura do Envelope nº 2 - "Proposta Técnica" será no dia 01/02/2012, às 10h00min.

Nada mais havendo a ser deliberado, o Presidente deu por encerrada a presente Sessão e feita a presente Ata, que lida e achada conforme, vai assinada pelos Membros da Comissão Permanente de Licitação.

<b>MEMBROS DA COMISSÃO</b>	<b>ASSINATURA</b>
LEANDRO DA SILVA DUARTE <b>Presidente</b>	<i>Leandro da Silva Duarte</i>
MARIA SOCORRO NUNES DE SOUZA <b>Equipe de Apoio</b>	<i>M. Nunes</i>

## **SUPOORTE E INFORMAÇÃO**

**PARA:** CRM - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO DISTRITO FEDERAL

**A/C:** MONICA CARVALHO CUNHA DA SILVA

**EMENTA: Licitação - Declaração Independente de Proposta - Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Direito de Preferência**

**Tem a presente a finalidade de atender solicitação de suporte e informação efetuada em 17/01/2012, às 14h57min:**

A presente consulta, tem o objetivo de orientação referente à seguinte situação: No edital de Tomada de Preços para serviços contábeis em curso neste Órgão, o item 8.1 prevê a seguinte condição: "A licitante deverá apresentar, separadamente dos Envelopes de nº 01, nº 02 e de nº 03, a Declaração de Elaboração Independente de Proposta, de que trata a Instrução Normativa nº 2, de 16 de setembro de 2009, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme modelo anexo ao Edital, sob pena de desclassificação da proposta."

E no item 7.2 temos o seguinte: Em nenhuma hipótese poderá ser alterado o teor das propostas apresentadas, seja quanto ao preço ou quaisquer outras condições que importem em modificações de seus termos originais, ressalvadas apenas as alterações absolutamente formais, destinadas a sanar evidentes erros materiais, sem nenhuma alteração do conteúdo e das condições referidas, desde que não venham a causar prejuízos às demais licitantes.

E ainda, o item 12.5, também deixa claro que serão desclassificadas as propostas que: 12.5.1 Não apresentarem a Declaração de Elaboração Independente de Proposta, de que trata a Instrução Normativa nº 2, de 16 de setembro de 2009, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme modelo anexo ao edital (grifo nosso).

Ocorre que, ao dar início à sessão, verificou-se que determinada empresa não apresentou separadamente a referida declaração conforme previsto no item 8.1, e ao contrário, inseriu-a no envelope de habilitação, juntamente com a documentação ali exigida, entretanto, não deixou de apresentar. Diante disso, questionamos se o ocorrido é motivo justificador para desclassificar a empresa deixando-a de fora do certame.

2) Em uma licitação de Tomada de Preços, do tipo técnica e preço, havendo a participação de microempresa considerada empatada nos termos da Lei Complementar n.º 123/2006, em que momento é realizado o desempate: na fase de avaliação de proposta de preço ou, na classificação final das propostas?

## **SUPOORTE E INFORMAÇÃO**

A Instrução Normativa nº 02/2009, da SLTI, estabeleceu a exigência de os

particulares apresentarem nas licitações a “Declaração de Elaboração Independente de Proposta”. Ao disciplinar a questão, estabeleceu que tal documento deve ser apresentado pelos licitantes no momento da abertura da sessão pública (art. 1º, § 1º).

A medida consiste, basicamente, em tornar obrigatória a apresentação de uma declaração, por parte dos licitantes, de que elaboraram suas propostas independentemente dos demais concorrentes. Isto é, que não houve a prática de conluio, o que é considerado crime, na forma dos artigos 90 e 95 da Lei nº 8.666/93.<sup>1</sup>

Nas modalidades de licitação da Lei nº 8.666/93, especialmente na tomada de preços e na concorrência, a abertura da sessão pública ocorre quando do início da sessão dirigida a colher os envelopes de habilitação e de proposta, que será seguida da abertura dos envelopes de habilitação contendo os documentos respectivos, para fins de julgamento. Portanto, será nesse instante que os particulares deverão ofertar a declaração citada.

Nesse sentido, o edital da licitação, modalidade tomada de preços, previu a exigência de tal declaração quando da sessão pública inicial da licitação, declaração essa que deveria ser entregue em separado dos demais envelopes (item 8.1).

Ocorre que na situação concreta, informa a Administração que uma das licitantes não apresentou a “Declaração de Elaboração Independente de Proposta” em separado dos demais envelopes, mas dentro do envelope dos documentos de habilitação.

O conteúdo do documento em questão nada mais representa senão uma declaração exclusiva do licitante, não dependendo de nenhum fator externo ao interessado.

Em virtude disso, a apresentação de tal documento junto com os documentos de habilitação pode ser tomada como uma falha formal<sup>2</sup>, já que, para suprir a ausência, não é necessário nada além de uma declaração do interessado. Em outros termos, a falta do documento citado não cria um defeito absoluto na sua documentação que impeça a sua participação no certame. Ao contrário, o fato de depender unicamente de uma declaração do interessado torna possível suprir a sua falta com a emissão, na sessão respectiva, do documento citado. Logo, não dá motivo para o afastamento do licitante do certame.

Desse modo, pelas considerações supra, as quais consagram princípios como razoabilidade, proporcionalidade e formalismo moderado<sup>3</sup>, nada impede a Administração de requisitar do interessado que supra a ausência da declaração, firmando-a na sessão de abertura, quando da constatação da falta do documento. Igual conclusão pode ser estendida para o caso em que o documento é acondicionado em um dos envelopes, seja de habilitação ou de proposta. Nesse caso, cumprirá a Administração requisitar do interessado que, na sessão de abertura, supra a ausência da declaração, firmando-a outra em substituição daquela inserida no contexto dos envelopes.

Observe-se, portanto, que o equívoco da licitante não é motivo suficiente para o seu afastamento do certame, uma vez que pode ser solucionado no momento da análise pertinente, sem que disso resulte qualquer prejuízo aos princípios informadores da licitação.

Dito isso, relativamente ao segundo questionamento, salienta-se desde logo que não há consenso sobre a aplicação do direito de preferência instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações processadas pelo tipo técnica e preço.

Para Joel de Menezes Niebuhr, o direito de preferência não se aplica nas licitações do tipo melhor técnica, porém nada obsta sua aplicação nos certames realizados pelo tipo técnica e preço. Sobre o tema, veja-se trecho de artigo doutrinário publicado na Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC nº 157/MAR/2007, p. 233:

“O direito de preferência não se aplica em relação às licitações do tipo melhor técnica

O direito de preferência concedido em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte ora em comento não se aplica sobre as licitações que adotam o tipo melhor técnica.

Bem se vê, sobretudo em face do inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, que o direito de preferência outorgado em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte é exercido estritamente sob a perspectiva do preço. Tanto o é que o referido dispositivo alude ao direito de “apresentar proposta com preço inferior àquela considera vencedora do certame”.

Ocorre que, nas licitações do tipo melhor técnica, o preço não é o fator determinante ou preponderante para a Administração Pública. Nelas, o fator técnico é o fundamental. Por isso, a redução do preço por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte mais bem classificada, prescrita no inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, não é o bastante para declarar a proposta dela vencedora. Ele somente o seria se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada oferecesse também vantagens de ordem técnica, que fossem bastante para tornar a sua proposta técnica superior à da licitante mais bem classificada. No entanto, a Lei Complementar nº 123/06 não previu a possibilidade de melhora da proposta técnica, o que, diga-se de passagem, na maior parte dos casos, seria mesmo impossível de ser feito.

Insista-se que o inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 determina que o direito de preferência deve ser exercido por meio do oferecimento, por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte mais bem classificada, de proposta de preço inferior ao ofertado na proposta até então considerada vencedora do certame. Assim o sendo, por força do princípio da legalidade, como a Lei Complementar em comento não previu a melhora da proposta técnica, é de concluir que o direito de preferência preceituado nela restringe-se às licitações cujo preço seja fator preponderante para a definição do vencedor, excluindo aquelas do tipo melhor técnica.

Convém ressaltar que é possível aplicar o direito de preferência estatuído na Lei Complementar nº 123/06 nas licitações do tipo técnica e preço. Ocorre que nelas há uma nota técnica e uma nota de preço, que são ponderadas para a obtenção do resultado final. Nesse sentido, apesar das dificuldades procedimentais, comentadas adiante, a microempresa ou a empresa de pequeno porte poderia reduzir o seu

preço e, em vista disso, ainda que com a mesma técnica, passar a oferecer a proposta mais vantajosa à Administração.

(...)

Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço promovidas de acordo com a Lei nº 8.666/93

Nas licitações do tipo técnica e preço, a comissão de licitação deve realizar o julgamento normalmente, abrindo o envelope com a proposta técnica e o envelope com a proposta de preço, apurando-se a nota final de cada licitante, que é resultante da ponderação dos dois fatores, técnica e preço.

O direito de preferência preconizado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 somente deve ser exercido se houver empate na nota final, repita-se, resultante da ponderação entre os fatores técnica e preço. Veja-se que o § 1º do art. 44 da referida Lei Complementar prescreve que se entende “por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada”. Ou seja, o parâmetro para identificar o empate é a proposta como um todo. E, nas licitações do tipo técnica e preço, a proposta como um todo resulta da conjunção da técnica e do preço. Quer dizer que isoladamente o preço não é o parâmetro para identificar o pretense empate nas licitações do tipo técnica e preço.

Pois bem, se houver microempresas ou empresas de pequeno porte cujas notas finais, resultantes da técnica e do preço, não sejam superiores a 10% da melhor nota final, a que tiver oferecido a melhor proposta fará jus ao direito de preferência.

Nesse sentido, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para exercer o direito de preferência. Essa intimação pode ser realizada diretamente, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que fizer jus ao direito de preferência estiver presente na sessão. Em caso contrário, se ela não estiver presente, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência. Repita-se que a Lei Complementar nº 123/06 não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Cumprido salientar que o direito de preferência outorgado à microempresa ou empresa de pequeno porte enseja a ela a melhora apenas da parte da proposta relativa ao preço; ela não poderá alterar a parte da proposta relativa à técnica. Nesse sentido, o inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 é claro e peremptório ao enunciar que o direito de preferência é exercido com a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

Dessa forma, a licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, que faz jus ao direito de preferência, tem a oportunidade apenas de reduzir o seu preço. No

entanto, para que ela seja a vencedora, é necessário, com base no novo preço apresentado por ela, refazer o cálculo do fator preço de todos os demais licitantes e, depois disso, a ponderação entre os fatores preço e técnica novamente. A licitante microempresa ou empresa de pequeno porte somente é a vencedora se, com o novo preço apresentado por ela, a nota final dela for superior à da empresa inicialmente apontada como vencedora.

Se isso não ocorrer, a comissão de licitação deve verificar se há outras microempresas ou empresas de pequeno porte que também tenham oferecido propostas não superiores a 10% da proposta mais bem classificada apresentada por licitante que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte. Se houver, a comissão de licitação deve garantir a elas, de acordo com a ordem inicial de classificação, o direito de preferência, que se exerce da mesma forma.

Ao final, exercido ou não o direito de preferência, a comissão de licitação deve intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes à sessão, ou por meio de publicação na Imprensa Oficial, oportunizando a eles a interposição de recursos”.

Com respeito às ponderações do autor, a Zênite, a princípio, se inclina em sentido diverso, ou seja, o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 somente deve ser aplicado nas licitações processadas pelo tipo menor preço.

A primeira razão que sustenta esse posicionamento se funda na própria previsão legal. Ora, a Lei Complementar nº 123/2006 é totalmente omissa quanto à aplicação do direito de preferência aos certames que empregam outros tipos de julgamento que não o de menor preço.

Todavia, poderia se argumentar no sentido de apesar de não haver disposição literal, também não há impedimento e, além disso, a própria sistemática da Lei Complementar nº 123/2006 comportaria a aplicação do direito de preferência nas licitações processadas pelo tipo técnica e preço.

Para a Zênite, esse argumento não deve prosperar. Isso porque, não nos parece que seja compatível a sistemática legal definida para a fruição do direito de preferência com a forma de julgamento delineada pela Lei de Licitações para o tipo técnica e preço.

A Lei Complementar nº 123/2006 define em seu art. 44, §§ 1º e 2º:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º. Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço”.

Com base nesses dispositivos, vê-se claramente que poderão se valer do direito de

preferência as licitantes enquadradas na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, cujas propostas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) ou 5% (cinco por cento), conforme a modalidade de licitação, superiores à proposta mais bem classificada apresentada por empresa excluída desse conceito.

Pois bem, nas licitações processadas pelo tipo técnica e preço, ao final do julgamento, a proposta mais bem classificada é aquela que obtém a maior nota final, resultante da ponderação conjugada de dois fatores: nota técnica e preço.

Se a melhor proposta possui a maior nota, logo as demais propostas serão aquelas com notas inferiores, formando-se a classificação em ordem decrescente. Com base nisso, sendo a ordem de classificação decrescente, é possível afirmar que nenhuma outra proposta será superior à melhor classificada, seja em 10% (dez por cento), em 5% (cinco por cento) ou qualquer outro percentual.

Portanto, para a Zênite, o critério para aplicação do direito de preferência se revela incompatível com o tipo de julgamento técnica e preço.

Além dessas razões, a Zênite também entende que a própria finalidade da Lei Complementar nº 123/2006 tenha sido alcançar as licitações realizadas pelo tipo mais comum, qual seja o menor preço.

A própria sistemática da Lei Complementar nº 123/2006 denuncia essa intenção ao desconsiderar qualquer previsão expressa para tipos de licitação que não o de menor preço. Além disso, admitir a alteração do fator preço sem reflexos no aspecto técnico da proposta, nas licitações pelo tipo técnica e preço, pode significar a própria inexecutabilidade da oferta.

Por essas razões, concluímos pela impossibilidade de aplicação do direito de preferência nas licitações processadas por tipos diferentes do menor preço, mas não sem gravar a ausência de uniformidade em relação ao assunto e destacar entendimento em sentido contrário relativo ao tipo técnica e preço, conforme inicialmente apontado.


Quanto aos demais benefícios conferidos pela Lei Complementar nº 123/2006, não se vê óbice em sua aplicação, mesmo nas licitações do tipo técnica e preço. E, pelo fato de a Lei ser de aplicação imediata, basta a regulamentação dos benefícios no ato convocatório.

Todavia, como antes informado, a questão não é pacífica. Assim, com o intuito de contribuir, recomenda-se a leitura da matéria publicada na Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC nº 198, ago/2010, p. 763, sob o título "O direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 e o tipo técnica e preço", na seção Doutrina/Parecer/Comentários, por Renato Geraldo Mendes, Araune Cordeiro de Abreu Duarte da Silva e Larissa Mayer Pontes, que segue anexa. Nesse texto, são apresentados os argumentos que fundamentam a conclusão da possibilidade de aplicação do direito de preferência nas licitações processadas sob o tipo "técnica e preço", bem como o procedimento a ser aplicado para tanto.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Zênite, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pela Administração. Em caso de dúvida, estamos à disposição para

esclarecimentos.

Cordialmente,

  
Érica Miranda dos Santos Requi  
OAB/PR 54.482

  
Suzana Maria Rossetti  
OAB/PR 40.650

Envie seus comentários, sugestões e críticas sobre este atendimento. Para isso, escreva para o e-mail [suportezenite@zenite.com.br](mailto:suportezenite@zenite.com.br) e informe o código: 199Jan2012. Contamos com seu contato para aperfeiçoar nossos serviços e servir sempre melhor!

## NOTAS E REFERÊNCIAS

<sup>1</sup>“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:[...]

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: [...]”

<sup>2</sup>Sobre o tema, convém transcrever o texto publicado na Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, n. 48, fev/98, p. 139:

“Qual a diferença entre falhas formais e materiais e suas conseqüências jurídicas?”

### REPOSTA

Falhas são defeitos que uma coisa ou objeto possui.

Falhas formais são aquelas decorrentes de atos impróprios, ilegais, praticados pela Administração ou por parte de quem com ela se relaciona, mas que não afetem ou digam respeito ao seu conteúdo, isto é, como o próprio nome diz, são de mera forma. Não maculam a essência do ato praticado ou da manifestação realizada. Podem, dependendo da situação, ser relevadas. Uma falha formal identificada na documentação ou proposta dos licitantes, por exemplo, não significa que o licitante deva ser inabilitado ou a sua proposta desclassificada.

A exemplo disso temos a Decisão nº 757/97, exarada pelo Tribunal de Contas da União, a saber:

"8.1 conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, sem que a falha identificada, entretanto, de natureza formal, tenha invalidado o procedimento licitatório questionado neste processo". (a referida decisão encontra-se publicada nesta edição do ILC, seção Tribunal de Contas)

Já as falhas materiais, ao contrário das de natureza formal, dizem respeito ao conteúdo do ato, isto é, relacionam-se com a sua essência e substância.

Enquanto a falha formal pode ser sanada, a material não, pois se constitui em defeito insanável.

Uma falha formal cometida pela Administração ou pelo licitante pode ser corrigida ou relevada, sem que o ato ou manifestação devam ser anulados ou tidos por ilegais. Já, se a falha é material, o ato ou manifestação são inválidos, não podendo ser relevados, pois dizem respeito à essência, à natureza do próprio objeto.

Tendo em vista a existência de falha material, o Tribunal de Contas da União, em sua Decisão de nº 756/97, proferiu a seguinte decisão:

"8.1 conhecer da presente Representação, formulada nos termos do § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93 para, no mérito, considerá-la procedente, ante a constatação de que a firma R. K. Comércio, Manutenção de Equipamentos para Escritório Ltda. não atua no ramo de atividade pertinente ao objeto do Convite nº 16/97, do qual sagrou-se vencedora, constituindo infringência ao § 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93;

8.2 determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da Lei, consistentes na anulação do Convite nº 16/97 e do contrato dele decorrente, nos termos do art. 49, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93, admitindo-se sua subsistência pelo prazo necessário à realização de novo certame licitatório, fixando-se-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para que dê ciência ao Tribunal das providências adotadas; (a íntegra desta decisão poderá ser vista neste ILC)".

A diferença entre falhas formal e material não é fácil de ser percebida em termos teóricos, notadamente para os que não estão familiarizados com essas figuras jurídicas. Assim, um exemplo poderá ajudar a aclarar o problema. Uma situação típica de falha material é a ausência de um documento exigido pelo edital e não incluído pelo licitante no seu envelope. Exemplo: o edital exigia a prova de regularidade para com a Previdência Social, e o licitante não a apresentou com os demais documentos. Por outro lado, um caso típico de falha formal é a ausência de rubricas em todas as folhas que materializam a proposta, apesar de essa estar devidamente assinada. Outro exemplo: o edital exigia que fosse indicado o nº do CGC da empresa num campo determinado da proposta (tipo padrão) e o licitante incluiu-o em campo diverso do determinado.

Assim, a distinção e a identificação da natureza da falha são fundamentais para o adequado tratamento das situações concretas que surgem diariamente. Sob o ponto de vista legal, a aplicação do contido no art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, pode e deve ser mitigada em face da observância das advertências acima expostas."

<sup>3</sup>O princípio do formalismo, inerente à licitação enquanto processo administrativo concorrencial, já vem sofrendo atenuações para que haja consonância com a busca da proposta mais vantajosa e com o princípio da razoabilidade. A tendência doutrinária e jurisprudencial é a de abrandar o rigor excessivo com que alguns administradores interpretam os comandos do instrumento convocatório. Com efeito, há situações em

que o cego atendimento ao princípio do formalismo configura, em verdade, um rigorismo exacerbado. Nesse caso, a pretexto de observar a letra fria do art. 41, a Administração acaba por adotar medidas desarrazoadas, sem levar em conta as demais normas do sistema jurídico, notadamente o princípio da razoabilidade.

Na lição de Lucas Rocha Furtado:

“Conforme já observamos, a submissão da Administração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa, no entanto, obrigar o administrador a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias.

Verificamos que as regras constantes do edital podem (e eventualmente devem) ser interpretadas com a flexibilidade necessária à melhor realização do interesse público. Esse aspecto parece-nos essencial. É evidente que todas as regras relativas a licitações e contratos administrativos — e isso vale para o direito administrativo todo — são elaboradas tendo em vista a plena realização do interesse público. Daí é de concluir que, se a interpretação literal das regras fixadas no edital e no contrato que dele surgirá levarem a uma solução que prejudique o interesse público, devem-se buscar outros métodos de interpretação que melhor realizem esse que deve ser o fim maior da atuação administrativa — o interesse público.

Não agir com excesso de formalismo ou não se ater a interpretações literais não significa, no entanto, violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ao contrário, deve o administrador usar seu poder discricionário — nunca arbitrário — e sua capacidade de interpretação para buscar melhores soluções para a Administração Pública” (grifamos). (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.)

Nesse sentido, convém transcrever a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIOS. VINCULAÇÃO AO EDITAL. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE.

Certo que a Administração, em tema de licitação, está vinculada às normas e condições estabelecidas no edital (Lei n. 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita, não deve, contudo (em homenagem ao princípio da razoabilidade), prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público que, no caso, afere-se pela proposta mais vantajosa.

Pequeno atraso (cerca de dez minutos) na entrega da documentação relativa à habilitação do licitante não constitui justo motivo para sua exclusão do certame licitatório, eis que ainda não encerrada a reunião para esse fim convocada.” (TRF da 1ª Região, AMS nº 1999.010.00.39059-2-DF, 6ª Turma, Rel. Juiz DANIEL PAES RIBEIRO, DJ 09.06.2001.)