

**RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO**

**ILMA. SRA. PRESIDENTE DA CPCFJL-SIAPE 1103150  
ANTONIA EMMANUELA ALVES VALENTINS DOS SANTOS**

Recebido em 12/11/15

Horário: 11:10 hs

Antonia E. V. dos Santos

Antonia Emmamuella A. V. dos Santos  
Presidente da CPCFJL / UFS  
SIAPE nº 1103150

**Concorrência Pública**

**Processo nº. 23113.012139/2015-19**

**Edital Nº. 004/2015**

**CONSTRUTORA CVA LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 18.545.890/0001-77, estabelecida na rua Jorge de Siqueira Campos 117 bairro Siqueira Campos Aracaju Sergipe neste ato por conduto de seu representante legal, que este subscreve-nos autos do procedimento licitatório, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, vem, com fulcro na alínea " a ", do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de (Vossa Excelência ou Vossa Senhoria), a fim de interpor recurso contra inabilitação

**Fundamento da desclassificação**

**I. A recorrente foi desclassificada pelo seguinte fato:**

(a) Não teria apresentado o BDI separado dos equipamentos

**II. Razões para o pedido de reforma:**

*A recorrente entende que o entendimento de não ter colocado e assim calculado o BDI dos equipamentos, colocando todos em uma única planilha não a necessidade de desclassificar uma planilha que de acordo com o laudo técnico so errou em não ter colocado e calculado o BDI separado.*



*Mesmo fazendo uma revisão o nosso preço continua sendo o preço, mas vantajoso para a instituição, que seria a diminuição do BDI de 25,22% para 10,00% só para os equipamentos*

*Doutrinas e jurisprudência há muito já consolidaram o entendimento de que não é aceitável a desclassificação de proposta, mas vantajosos por meras falhas formais passíveis de superação pela administração. Exemplo típico é a eventual falha em cálculos aritméticos podendo assim ser sanáveis assim sendo o caso a UFS realmente insista na tese de que a falta de não ter colocado o BDI de equipamento separadamente, o caso não seria de desclassificação e sim de retificação da planilha em virtude que mesmo retificando continuará sendo a proposta mais vantajosa para instituição (UFS)*

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e Contratos. Administrativos.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 175

**A Licitação, procedimento obrigatório, regra geral, para as contratações feitas pelo Poder Público, tem por objetivo assegurar que estas selecionarão sempre a melhor proposta com as melhores e mais vantajosas condições para a Administração, salvaguardando, também, o direito à concorrência igualitária entre os participantes do certame, a publicação dos atos, assegurando a transparência e probidade do mesmo, etc.**

**A obrigatoriedade de licitação é, inclusive, mandamento da Magna Carta, contido no inciso XXI do artigo 37, senão vejamos, in verbis:**

**“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**

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



**O procedimento Licitatório, em atendimento ao preceito constitucional, foi regulamentado através da Lei 8.666/1993, a qual fixa os critérios norteadores dos certames.**

**A ilustre jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro[1] explica que a licitação é o procedimento administrativo pelo qual o ente político possibilita a todos os interessados, uma vez sujeitos às condições estabelecidas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente com a celebração do contrato**

*Em virtude de os administradores agirem em nome do interesse público, e por estarem lidando com bens e direitos de titularidade alheia, os mesmos devem se submeter, indubitavelmente, aos princípios que regem a Administração Pública, quais sejam, da constitucionalidade, da legalidade e da transparência.*

*Ora, devem os administradores agirem de modo a possibilitarem a maior aplicação possível dos princípios norteadores da Administração Pública que se encontram no caput do artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, senão vejamos:*

*“Art. 37, CF/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(...)”*

*Quando se trata de licitações, percebe-se que há uma relação estreita e complementar dos mencionados princípios.*

*No aspecto do princípio da legalidade, deve-se explicitar que ao administrador é vedada a prevalência da sua vontade subjetiva, vez que é deve ser cumprir os ditames legais, obedecendo as regras impostas no procedimento e tudo mais que a lei determinar. O entendimento de Carvalho Filho acerca da observância do princípio da legalidade é no sentido de que:*

*“O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios objetivos”.*

*O ilustre professor Hely Lopes Meirelles, credita-se a expressão que melhor sintetiza o princípio da legalidade para a Administração:*

*“...enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei permite.”*

*Por seu turno, a moralidade exige do administrador uma postura condizente com os preceitos éticos, observando a honestidade e boa-fé ao lidar com o interesse público.*

*A impessoalidade e a igualdade são princípios que indicam que a Administração Pública não deve dispensar tratamento diferenciado aos administrados que estejam em igualdade de condições, ou seja, em mesma situação jurídica.*

*A seu turno, o princípio da publicidade preceitua a obrigatoriedade de ampla divulgação que deve girar em torno das licitações. Não obstante seja requisito indispensável à validade da licitação, também possibilita, inelutavelmente, melhores condições de contratação para a Administração Pública, já que há um maior alcance de interessados, gerando, por conseguinte, melhor competitividade e possibilidade de mais particulares concorrerem do certame licitatório, se for o caso. Carvalho Filho, coaduna com essa linha de inteligência acerca da necessidade de observância do princípio da publicidade dispondo que:*

*“Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.”*

#### **IV. A DISCIPLINA DAS LICITAÇÕES E O FORMALISMO**

O primeiro precedente talvez tenha sido o ROMS 6.198/RJ, julgado em 13 de dezembro de 1995, em que se afirmou que “Defeito menor na certidão, insuscetível de comprometer a certeza de que a empresa está registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, não pode impedir-lhe a participação na concorrência”

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

Logo após, houve o julgamento do MS nº 5.418/DF, em que se consignou que o princípio da vinculação ao edital não impedia “interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido

e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor, prejudiciais ao interesse público”

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

Que se reconhecia que “se editado o regulamento”<sup>8</sup> com extremo rigor, dificilmente surgiriam licitantes. Nada estará a impedir o abrandamento das exigências legais, suprindo, a Administração, certas exigências rebarbativas, em prol do interesse público”.

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

“Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade” repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados”.

24 Tendência similar tem sido adotada pelo C. TCU — o qual, aliás, também rejeitara anteriormente impugnação à mesma licitação para urnas eletrônicas (autos TC 011.764/ 1999-6), ainda que analisada a questão sob outro ângulo.

Apenas para indicar julgados mais recentes, pode-se lembrar a Decisão no 681/ 2000-Plenário (Rel. Mi Walton Alencar Rodrigues), em que se determinou a órgão fiscalizado “que se abstenha de desclassificar propostas de licitantes com base em critérios formais irrelevantes para a sua aferição e não tragam prejuízo aos demais licitantes ou à Administração”.

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

O STF acolheu o entendimento de que os dados omitidos não apresentavam caráter essencial para o julgamento das propostas, uma vez que o critério de julgamento previsto no edital era o valor da proposta comercial. No voto do Mi Sepúlveda Pertence, foi incorporado trecho

Na mesma data (9 de setembro de 1998), o STJ julgou o MS nº 5.361, em O tema voltou à consideração quando proferida a Decisão nº 1.065/2000-Plenário. Dentre outras questões, apontava-se a ausência do preenchimento de um campo específico no formulário padronizado de proposta comercial, O voto



do Mi Adylson Motta acolheu a informação dos órgãos técnicos do TCU, no sentido de que se tratava de defeito irrelevante.

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

Na Decisão nº 577/2001 (Rel. Mi Iram Saraiva), veio à tona questão indiretamente relacionada ao tema considerado. Um edital determinava que as planilhas de composição de custo tinham função meramente informativa. Um licitante impugnou essa fórmula, sustentando que as planilhas tinham de ser consideradas como elemento essencial para o julgamento. O órgão fiscalizado esclareceu que o critério de julgamento era o valor das propostas. As planilhas destinavam-se a eliminar dúvidas, em casos de controvérsia. Os órgãos técnicos do TCU respaldaram essa opção, destacando que eventual erro na planilha teria de ser assumido pelo licitante. Quando o erro elevasse o valor ofertado, o licitante teria uma proposta menos competitiva. Se o erro acarretasse a redução do valor, o licitante teria de arcar com as consequências. Esse entendimento foi acolhido pelo Plenário.

## SÍNTESE.

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

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

Nem sempre é simples determinar o limite entre o vício suprível e o defeito insanável. Até se pode supor que determinados entendimentos adotados em casos concretos, nos últimos tempos, tenham ultrapassado o limite do adequado, correspondendo a um excesso tão reprovável quanto aquele que prevalecia quando se determinava a exclusão do licitante em virtude de toda e qualquer discordância entre uma proposta e as determinações legais e



editais. Mas esse é o processo dialético de aperfeiçoamento jurídico, através do qual se superam inadequações ou defeitos dos diplomas legais.

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

Essa alternativa não exclui, inclusive, a imputação dos efeitos do equívoco ao próprio licitante. Se a irregularidade for hábil a produzir consequências exclusivamente na órbita pessoal do licitante, então será descabido a Administração interferir sobre a questão. Não cabe à Administração fiscalizar a organização interna do licitante, revisar cálculos ou projeções que traduzem expectativas de resultado, determinar regras sobre remuneração dos empregados e diretores do licitante e assim por diante. Isso se traduz em manifestação de autonomia empresarial insuscetível de disciplina externa.

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

“A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexecutabilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexecutável é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito se valer de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal) ”.<sup>9</sup>

#### **AUSÊNCIA DE EFEITOS PELA ESTIMATIVA INCORRETA DO BDI.**

34. As considerações acima conduzem, de modo inarredável, à conclusão da irrelevância dos eventuais erros cometidos por um licitante acerca da estimativa de BDI, no caso específico da Concorrência

A omissão de despesas essenciais ou a inclusão de despesas inexistentes não provocaria qualquer efeito jurídico, no caso concreto. Seria possível sancionar o licitante por equívocos na composição do BDI. Caberia refazer o valor global ofertado pelo interessado, sob fundamento que mesmo refazendo o valor continua o valor, mas vantajoso para administração.

Um exemplo permite compreender mais adequadamente o raciocínio. Suponha-se que um licitante tivesse omitido a previsão acerca da incidência de um certo tributo existente à época da licitação. Imagine-se que o equívoco consistisse em supor que o ISS não incidiria sobre os serviços correspondentes. Portanto, o valor ofertado pelo licitante seria insuficiente para cobrir determinada despesa indireta. Seria possível a Administração refazer o valor global ofertado pelo particular, para incluir a despesa? Seria cabível que o licitante, após contratado, pleiteasse a modificação do valor do contrato, produzindo-se compensação pelo montante da carga tributária não prevista no BDI?

A resposta para ambas as indagações é positiva. Quando muito, poder-se-ia aplicar o disposto nos arts. 44, § 30, e 48, *caput*, da Lei de Licitações. Se fosse verificado que a proposta formulada pelo licitante seria insuficiente para cobrir seu custo, a solução seria a desclassificação por inexecuibilidade (alternativa de que discorda, ressalte-se, o signatário).

O princípio geral consiste em que o licitante arca com os efeitos de seus equívocos. Se estimar valor insuficiente para cobertura de seus custos, o resultado será o prejuízo. Se estimar valor excessivo, correrá o risco de derrota no certame, visto que outros licitantes poderão formular propostas mais competitivas.

Portanto, a previsão de valores superiores aos corretos, constante em planilha de BDI, nunca poderia autorizar a Administração a desclassificar uma proposta — ao menos, numa situação tal como a ora examinada, tomando em vista a disciplina adotada no ato convocatório. Nem caberia à Administração imputar à proposta qualquer defeito ou vício, apto a produzir algum efeito jurídico. Quando muito, poder-se-ia supor que essa teria sido uma das alternativas buscadas pelo licitante para promover a “diluição de custos” determinada explicitamente no próprio edital. Em todos os casos, o fundamental era o valor global da proposta (a partir dos preços unitários), o qual seria considerado como o critério de julgamento. As informações constantes da planilha poderiam ser relevantes para outros fins, tal como modificações contratuais (por exemplo).

Tanto bastaria, portanto, e *data venha*, para afastar as críticas apontadas no relatório examinado. A pura e simples discordância entre um dado constante de





planilha apresentada pelo licitante e as regras jurídicas é insuficiente para produzir algum efeito jurídico específico e peculiar. O princípio da instrumentalidade das formas retira do defeito o cunho de autonomia e suficiência para acarretar sanção ao licitante

**CONCLUSÃO:**

***Por fato o exposto, pede a recorrente seja o presente recurso recebido e processado na forma da lei, para que seja, ao final, provido, reformando-se a decisão recorrida para efeito de considerar-se admissível a proposta da ora recorrente, que devera, por conseguinte, ser classificada em primeiro lugar***

***Neste Termos,  
pede deferimento***

***Aracaju (SE), 13 de Novembro de 2015***

***Atenciosamente***

**CONSTRUTOR CVA LTDA**

**ITALO XAVIER DE ASSIS  
( PROCURADOR )**