

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-536-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, reunido no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI em São Luís (MA), traz um variado conjunto de artigos, marcados pela destacada qualidade acadêmica e pelo indubitável relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Além do invulgar apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates de elevada qualidade e pertinência, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COMO SISTEMA FUNDADO NA IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO;
2. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL: A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA;
3. OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA JURIDICIDADE DO AGIR E NÃO-AGIR DA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO IMPERATIVO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO;
4. PODER E A CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: AS FACES OCULTAS QUE RESISTEM AO DIREITO FUNDAMENTAL A PROBIDADE;
5. COMPARAÇÃO ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO PELO CADE E O PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO?;
6. LEI ANTICORRUPÇÃO: MUDANÇA DE PARADIGMA NAS CONTRATAÇÕES ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO;

7. CORRUPÇÃO E INEFICÁCIA DA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FAZENDO A CONEXÃO;
8. A FUNÇÃO DE CONTROLAR DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CARÁTER PEDAGÓGICO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA;
9. A CONDIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ANÁLISE SISTÊMICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A EDIÇÃO DA LEI 13.460/2017;
10. REVISÃO DE PREÇOS DE PROPOSTAS DESCLASSIFICADAS;
11. VERBA INDENIZATÓRIA: QUANDO O LEGAL É IMORAL E ENGORDA;
12. A ESCOLHA DO ÁRBITRO E DA CÂMARA ARBITRAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: (DES) NECESSIDADE DE LICITAR E A CONCRETIZAÇÃO DE UMA SELEÇÃO ADEQUADA E EFICIENTE;
13. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO MUNICÍPIO PELA INACESSIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS; e
14. RESPONSABILIDADE EXTRACONTATUAL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS DANOS CAUSADOS POR INDÍGENAS.

O conjunto de temáticas já evidencia uma firme marca de interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Por fim, queremos registrar os sinceros e efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e agradecer aos colegas de São Luís (MA) pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças típicas, as paisagens, a culinária e a hospitalidade da gente do Maranhão conquistaram a todos nós!

Esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas.

Fraternal abraço,

São Luís, novembro de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REVISÃO DE PREÇOS DE PROPOSTAS DESCLASSIFICADAS

REVIEW OF PRICES OF DECLASSIFIED PROPOSALS

Eduardo Stevanato Pereira de Souza ¹
João Victor Tavares Galil ²

Resumo

O princípio da indisponibilidade do interesse público exige da administração pública a realização de licitação para suas contratações. A complexidade e o rigor dos procedimentos licitatórios podem acarretar desclassificações de propostas por vícios de pequena envergadura. A Lei nº. 8.666/93 estabelece diversas alternativas para o saneamento de irregularidades, visando evitar o fracasso dos certames. Os administradores vêm aplicando tal ferramental jurídico, sobretudo o art. 48, §3º, da referida lei, de forma abusiva, permitindo a revisão ilegal de preços.

Palavras-chave: Licitação pública, Desclassificação, Alteração de preço, Erro na proposta, Concorrência pública

Abstract/Resumen/Résumé

The principle of the unavailability of the public interest requires the public administration to conduct a bidding for its contracting. The complexity and rigor of tendering procedures may lead to declassifications of bids for minor flaws. Law no. 8,666 / 93 establishes several alternatives for the improvement of irregularities, in order to avoid the failure of the events. The administrators have been applying such legal tools, especially the art. 48, paragraph 3, of said law, in an abusive manner, allowing the illegal revision of prices.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public bidding, Decommissioning, Price change, Error in proposal, Public competition

¹ Mestre em Direito Administrativo. Professor de Direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Mestrando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado Associado do escritório Pires e Pires Advogados.

1. Introdução

O instituto das licitações, disciplinado precipuamente pela Lei 8.666/93, é um dos mais complexos instrumentais do direito administrativo, implicando em um rigoroso procedimento para a escolha da melhor proposta para o contrato de interesse da Administração Pública.

De outro lado, a licitação se constitui no meio pelo qual a Administração Pública convoca todos aqueles que com ela desejam contratar, podendo o empresariado apresentar as suas propostas nos termos do edital que faz regra entre as partes.

A licitação se constitui em procedimento inteiramente vinculado à lei, que, desde logo se registra, não deve ser visto exclusivamente em razão do princípio da legalidade restrita, sob pena de decisões desarrazoadas em total desprestígio ao interesse público.

Em outras palavras, a licitação deve ser entendida no contexto sistemático do direito, implicando, portanto, no atendimento não só à letra da lei, como também aos seus princípios vetoriais, doutrina e jurisprudência, levando-se em consideração que a legislação traz em seu bojo uma série de nuances e contradições que somente poderão ser solvidas mediante o emprego de técnicas interpretativas, sustentadas em rígidos parâmetros da hermenêutica jurídica.

Por óbvio, não é nosso objetivo trazer à baila as diversas discussões acerca do instituto da licitação, mas, tão somente, examinar aspecto controverso do procedimento relativo ao exame da proposta comercial, na hipótese de desclassificação de todos os licitantes.

Enfatiza-se, por oportuno, que o tema em questão é de grande relevância para a Administração, posto que seus reflexos atingem sobremaneira o erário público, isso sem falar da necessária isonomia entre os licitantes partícipes que pode restar comprometida em face de decisão desprovida de razoabilidade.

2. Objetivo

Diante da introdução, tem-se que o presente trabalho tem como objetivo investigar o tratamento normativo dispensado pela Lei nº 8.666/93 aos casos de desclassificação de todas as propostas nas licitações da modalidade de concorrência pública.

3. Metodologia

A metodologia empregada no desenvolvimento do presente artigo se utiliza de constatações empíricas obtidas a partir das licitações públicas. Em virtude da multiplicidade de tratamentos dispensados pelas diferentes Administrações Públicas aos casos de desclassificadas da integralidade das propostas dos certames licitatórios, fez-se necessário investigar os motivos pelos quais tal situação vem acontecendo.

Na sequência, passou-se a pesquisar a legislação aplicável e o entendimento doutrinário sobre a referida hipótese. Além disso, desenvolveu-se um profundo estudo jurisprudencial. A análise de todos esses elementos possibilitou alcançar as conclusões expostas no presente artigo.

4. Desenvolvimento da pesquisa

4.1 A licitação no contexto do Estado Democrático de Direito

A instituição do Estado Democrático de Direito impõe o respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais, estabelecendo assim uma proteção jurídica a todos os indivíduos, nos termos do art. 1º de nossa Lei Fundamental.

Embora o Estado Democrático de Direito possa ser concebido como a subsunção de todos à vontade da lei e, portanto, à vontade do povo que a elabora por meio de seus representantes, é imprescindível registrar que, com isso, limitou-se a atuação estatal de sorte a tutelar o direito dos cidadãos, inclusive naquilo que diz respeito a eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado, tão comuns no regime absolutista.

Convém acentuar que o princípio do Estado Democrático de Direito submete o próprio Estado à Lei. Assim, não é sem motivo que nossa Lei Fundamental, em seu art. 5º, *caput*, estabeleceu que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Deveras, o princípio da impessoalidade é decorrente lógico do princípio da isonomia, impedindo a Administração de agir com qualquer tipo de favoritismo, até porque a sua finalidade deve ficar circunscrita à consecução do interesse público, e não a

interesses pessoais. Calha aqui lembrar a percuciente observação de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. (MELLO, 2016, p. 72)

Despiciendas maiores considerações para se concluir que toda a atividade administrativa do Poder Público deve estar permeada pelo princípio da isonomia, inclusive no que diz respeito ao procedimento licitatório, que às sabendas é um certame de propostas, impondo, pela sua própria natureza a igualdade entre todos os partícipes.

Melhor dizendo, o procedimento licitatório é uma das formas de concretização do princípio da isonomia. Calha aqui lembrar que a isonomia não impede o estabelecimento de *discrímens*. Ao contrário, é perfeitamente possível estabelecer discriminações, desde que observado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4.2 O berço constitucional da licitação

Com efeito, o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal disciplina que cabe à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Não é o caso aqui de trazer à baila a velha discussão sobre normas gerais e o seu conteúdo jurídico, haja vista que tal celeuma já foi exaustivamente discutida em outras obras e a sua discussão não contribuiria em nada com o estudo do presente objeto. Limitar-se-á a dizer que cabe à União legislar sobre normas gerais de licitação, assim consideradas aquelas de cunho principiológico, sem maiores detalhamentos e minúcias, bem como os demais dispositivos relativos às modalidades e tipos de licitação¹, podendo Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre normas específicas.

Veja-se, ainda, que a última parte do inciso XXVII, do art. 37, disciplina tão somente as sociedades de economia mista e empresas públicas, remetendo o intérprete

¹ Maiores informações sobre competência para legislar sobre licitações e contratos administrativos podem ser encontradas no título “Licitação in Direito Administrativo” da obra coletiva coordenada por Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka. (PIRES, 2008, p. 285)

para o art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal, que obriga que tais entidades observem apenas aos princípios da Administração Pública, tendo em vista que ambas possuem natureza jurídica de direito privado².

Ressalta-se que a competência constitucional para legislar sobre licitações deve obedecer aos estritos termos do art. 37, inciso XXI, de nossa Lei Maior. Referido dispositivo obriga a Administração pública a contratar as obras, serviços, compras e alienações mediante a instauração de procedimento licitatório **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.

Ainda que fosse perfeitamente dispensável fazer qualquer menção ao princípio da isonomia, pela própria natureza da licitação, quis o legislador constitucional deixar claro que a licitação deve ser instaurada de modo a assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes.

Disso se conclui que a isonomia deve ser entendida como o principal vetor da licitação, constituindo-se em um princípio de mão dupla, assegurando a todos a igualdade de condições e permitindo que a Administração escolha a melhor proposta para o contrato de seu interesse.

4.3 Breves considerações sobre o instituto das licitações

Como se não bastasse o complexo procedimento instituído pela Lei 8.666/93, nos últimos anos o mundo jurídico foi assolado por uma profusão de legislações que, de uma maneira ou de outra, instituíram novas regras para o certame licitatório³.

² A Lei nº 13.303/16 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, disciplinou a licitação e o contrato administrativo no âmbito dessas entidades a partir do art. 28.

³ Lei 10.520/02 Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências; Lei Complementar 123/06, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Lei 12.232/10; Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração

De qualquer sorte, é correto dizer que a licitação é formada por duas fases distintas, a saber: fase interna e fase externa.

A fase interna é de caráter preparatório, formada por uma série de atos burocráticos. Sobreleva dizer que essa fase preparatória é extremamente importante, posto que se não realizada com a cautela e atenção devida poderá ensejar o fracasso do certame.

Em apertada síntese, a fase interna se constitui na autuação do processo, na definição do objeto com especificações mínimas que garantam a necessária qualidade, estimativa de seu custo, reserva de recursos orçamentários, elaboração do instrumento convocatório, exame do instrumento convocatório pela Assessoria Jurídica, autorização para licitar e, finalmente, a publicação do edital, nos moldes do art. 40 da Lei 8.666/93, que dá início à fase externa da Licitação.

Como se sabe, o edital de licitação, enquanto ato administrativo, carrega consigo a presunção de legalidade ou veracidade, ainda que *iuris tantum*, admitindo, portanto, prova em contrário⁴.

Logo, caso se entenda que o edital venha maculado por vício de ilegalidade, passível será a sua impugnação pelo licitante ou pelo cidadão, nos moldes do art. 41 da Lei 8.666/93, sem prejuízo da representação nos órgãos de controle externo, nos termos do art. 113 do mesmo diploma legal.

Cumpre-nos aqui assentar que cada vez mais os órgãos de classe são provocados, controlando e fiscalizando a Administração Pública no exercício da atividade licitatória, no exercício da cidadania, participando, assim, ativamente da vontade administrativa.

pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências; Lei 12.462/11 Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998.

⁴ No caso do pregão, por força do procedimento instituído pela Lei 10.520/02, as fases externas da licitação se invertem, ocorrendo primeiro a classificação e, posteriormente, a habilitação.

Sobejam razões para se afirmar que após a publicação do edital, os dois atos administrativos subsequentes, de *sine qua non* importância, são a habilitação e a classificação.

A fase de habilitação, de regramento vinculado, tem por objetivo verificar a capacidade e idoneidade da licitante para a celebração do futuro contrato. Para tanto, o legislador estabeleceu uma série de documentos que podem ser exigidos no edital, a saber: habilitação jurídica (art. 28); regularidade fiscal e trabalhista (art. 29); qualificação técnica (art. 30); e, por fim, qualificação econômico-financeira (art. 31).

Ao cabo disso, importa dizer que os documentos sobreditos formam um rol exaustivo, em homenagem aos princípios da isonomia e da impessoalidade, evitando, assim, que a Administração exija documentos outros que tenham por objetivo dirigir a licitação, alijando empresas que não são simpáticas aos olhos do Administrador Público.

Ressalve-se, todavia, a possibilidade de se exigir documentos outros, quando intrínsecos à determinada atividade⁵, ou quando legislação específica assim determinar.

De outra parte, a fase de classificação ou julgamento das propostas propicia à Administração conhecer o objeto que está sendo ofertado pelo licitante e tudo o mais que com ele se relaciona.

Deveras, será na fase de classificação que a Administração vai verificar se o objeto ofertado pelo licitante partícipe atende às especificações do objeto da licitação, o seu preço, condições de pagamento, condições de entrega ou de execução do serviço e eventuais garantias dentre outros.

Cumpre-nos deixar claro, curialmente claro que comprar pelo menor preço não significa, sob nenhuma hipótese, desprestigiar a qualidade. Entretanto, volvemos a enfatizar que a fase preparatória, em especial naquilo que diz respeito à elaboração das especificações do objeto da licitação, é da maior relevância, com vistas a prestigiar o critério da qualidade.

Nesse contexto, deve a Administração especificar o objeto da licitação, dentro de um critério mínimo de qualidade, observadas regras específicas eventualmente

⁵ A exemplo dos atos normativos da ANVISA que devem ser exigidos por conta da atividade encontrar-se ligada à saúde pública, independentemente da legislação mencionar expressamente a possibilidade de se exigir a documentação nos procedimentos licitatórios.

incidentes, como, por exemplo, as normas da ABNT que, por sua vez serão aferidas quando da fase de classificação mediante a apresentação de laudos laboratoriais.

Finda a fase de classificação, o primeiro classificado deverá ser declarado vencedor do certame, encaminhando-se o processo para a autoridade superior para fins de homologação e adjudicação.

4.4 A desclassificação de todas as propostas

É sabido e consabido que a licitação implica na observância de um procedimento bastante rebuscado e demorado, ainda que hoje tenhamos o pregão que veio a acelerar consideravelmente o certame licitatório.

Entretanto, afora parte disso, alguns acontecimentos podem contribuir negativamente para a celeridade do procedimento, como é o caso da desclassificação de todos os licitantes.

Antes da edição da Lei 8.666/93, quando todos os licitantes restavam desclassificados, não havia alternativa para a Administração que não aquela de declarar fracassado o certame e instaurar um novo procedimento licitatório⁶.

Não é preciso dizer que tal hipótese – instaurar novo procedimento licitatório – resultava em uma perda de tempo irrecuperável. Com a edição da Lei nº. 8.666/93, uma plêiade de dispositivos foi introduzida no ordenamento jurídico para melhorar a regulação existente entre a Administração Pública e os seus contratados, dentre os quais, encontram-se dispositivos que permitem solucionar casos de desclassificação de propostas comerciais, por meio do conserto de seu vício, evitando a declaração de fracasso dos certames.

O art. 43, §3º, da Lei nº. 8.666/93, prevê a possibilidade da Comissão de Licitação ou da sua autoridade superior proceder diligência para esclarecer dúvidas ou até complementar a instrução do procedimento licitatório, justamente com a finalidade de evitar a inabilitação ou desclassificação de licitantes, por vícios sanáveis ou pequenas irregularidades ou incompatibilidades formais com as exigências editalícias:

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

⁶ (BRASIL, 1986)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

No mesmo sentido, não é raro encontrar nos editais de licitação pública normas que estabeleçam regras de saneamento de erros aritméticos, de somatória, de divergências entre o valor expresso em algarismo e o expresso por extenso, dentre outras. A ideia do saneamento de pequenos defeitos é tão importante para o certame, que, nesses casos, a Administração Pública atua *ex officio*, ou seja, restaura a proposta do licitante independentemente de sua provocação.

Vale citar, a título de exemplo, o edital de concorrência pública nº 11/2015, expedido pela Secretaria de Administração do Município de Lages, no qual há expressa previsão de saneamento de erros de proposta, com objetivo de evitar a desclassificação inoportuna de licitantes:

18. DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS: (...)

18.3 O(s) erro(s) de soma ou de multiplicação, em consequência o valor total proposto, eventualmente configurado(s) na(s) proposta(s) de preço(s) do(s) Licitante(s), será(ao) devidamente corrigido(s), não se constituindo, de forma alguma, como motivo para desclassificação da proposta;

Outra hipótese extremamente importante para evitar a declaração de fracasso nas licitações está regulada no art. 48, §3º, da Lei nº. 8.666/93, a qual, destaca-se, foi introduzida posteriormente através da Lei nº. 9.648/98. Com esta alteração, o legislador implementou uma das ferramentas mais importantes para restauração e aproveitamento de certames licitatórios:

Art. 48. Serão desclassificadas: (...)

§ 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 úteis.

Nota-se que a inteligência do dispositivo legal em questão permite que não só na hipótese de desclassificação de todos os licitantes, como também na hipótese de inabilitação de todos os licitantes, a Administração possa conceder o prazo de oito dias úteis para apresentação de novas propostas ou documentos, conforme o caso, escoimadas as irregularidades originariamente apresentadas.

Com esta exposição, acredita-se que restou demonstrada a importância do tema para o ordenamento jurídico, tanto é assim que uma série de alterações legislativas foram implementadas para tentar ao máximo salvar os procedimentos licitatórios, evitando as declarações de fracasso.

A importância dada ao tema pelo legislador não é vil, porque é evidente que os efeitos maléficos de uma declaração de fracasso não se restringem ao desperdício de tempo, afetando gravemente também: (a) o progresso das atividades administrativas; (b) os custos da máquina estatal (servidores, reedição dos atos convocatórios, custos administrativos de realização do procedimento, etc); (c) a população, que permanecerá sem gozar da utilidade ou comodidade que seria proporcionada pela contratação; e (d) o erário.

Com relação a este último aspecto – “erário” – dedicar-se-á algumas linhas explicativas. A doutrina dispensou enorme atenção em justificar a importância da regra que prevê a precedência da fase de habilitação em relação a de classificação nas licitações da modalidade de concorrência pública. Dentre tantas explicações extremamente pertinentes, expressar-se-á apenas uma, pela sua força e para não desviar do foco do presente estudo. Trata-se da importância de se evitar que aventureiros – empresas sem capacitação para estudar e precificar o objeto licitado – ofertem preços nos certames.

Empresas que não estudam os projetos ou não possuem capacitação técnica, tecnologia ou mão-de-obra qualificada e experiente geralmente erram na elaboração de suas propostas comerciais. Quando erram para menos e ofertam preços extremamente atrativos, os riscos ao erário aumentam exponencialmente, uma vez que a soma dos fatores: (i) desconhecimento e (ii) preço extremamente baixo, fatalmente redundam no descumprimento contratual pela sua inexecução. A consequência disso é o desperdício do dinheiro público.

É claro que tal lógica não é perfeita, ou seja, é certo que a fase de habilitação evita que grande parte dos aventureiros chegue à fase de preços, mas, por vezes, um ou outro acaba passando e, nestes casos, a fase de classificação também se presta para identificar tais situações quando o objeto a ser precificado exige do licitante certa qualificação, como, por exemplo, é o caso dos certamente para contratação de obras de engenharia.

É neste contexto que aparecem casos de equívocos na composição de serviços, falta de precificação de itens de proposta, precificação extremamente baixa para serviços

custosos, precificação extremamente alta para serviços de baixo custo, dentre outras hipóteses de desclassificação.

Acontece que, dentro dessas hipóteses de desclassificação, nem todas são vícios de propostas, ou seja, erros do licitante. Os casos de preço alto, destaca-se, não podem ser considerados como vícios de proposta. São, na verdade, demonstrações de ineficiência do proponente na execução dos serviços licitados.

Este conceito é de fundamental importância para a adequada análise sobre a correta aplicação do art. 48, §3º, da Lei nº. 8.666/93. Apesar da clareza de seu texto, alguns administradores públicos, operadores de direito e juízes vêm interpretando que, em caso de desclassificação de todas as propostas comerciais, a Administração poderia aplicar o artigo 48, §3º, da Lei nº. 8.666/93, para conceder às licitantes oportunidade de corrigir vícios, alterar preços altos e “reprecificar” as propostas. A título de exemplo, vale transcrever um trecho do julgado da lavra do Exmo Desembargador Edson Ferreira da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*O agravante alega desvio de finalidade, dado que **primeiro foi determinada a correção dos vícios** apontados nas propostas, **mas depois foi determinada a apresentação de novas propostas, quando já conhecida a estratégia comercial adotada pelos licitantes** e considerando que alguns deles deveriam ter sido desclassificados; que a decisão agravada não está fundamentada; **que o disposto no artigo 48, § 3º, da Lei nº 8666/1993 não permite a apresentação de novas propostas, não subordinadas ou não vinculadas às anteriores;** tampouco permite seja aplicado para sanar aspecto material passível de correção; (...) (TJSP. Agravo de instrumento em mandado de segurança. Processo nº 2169302-37.2016.8.26.0000. Décima Segunda Turma Rel. Desembargador Edson Ferreira. Julgado em: 23/08/2016. DJ 23/08/2016)*

Depois de expor os motivos do agravo de instrumento, decide:

*Em princípio, **a possibilidade de apresentação de novas propostas, quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, tem amparo no artigo 48, § 3º, da Lei nº 8666/1993, no interesse público da Administração em aproveitar a licitação em curso e em selecionar proposta mais vantajosa,** considerando que os licitantes não estão subordinados ou vinculados às propostas anteriores, tendo todos igual oportunidade, a agravante inclusive, de apresentar melhor proposta e aumentar suas chances de êxito. (Idem, ibidem)*

A decisão, a nosso ver, amplia o permissivo normativo ao entender que os licitantes não estariam subordinados ou vinculados às propostas anteriores. Esta interpretação, não só autorizaria a redução de preços altos - que poderiam desclassificar

a proposta por ultrapassarem os limites individuais de preços definidos pelo edital – como também habilitaria que licitantes despreparados para precificação e execução do objeto licitado copiassem os preços daqueles outros que efetivamente estudaram os projetos e se equiparam para execução perfeita do contrato.

Em outras palavras, interpretações desse tipo acabam flexibilizando proteções fundamentais trazidas pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, colocando em risco, dentre outros valores, o erário.

Em nosso sentir, a exegese do §3º, do art. 48, da Lei nº. 8.666/93, resulta na conclusão de que todo e qualquer **vício** de proposta comercial que veio a ensejar a desclassificação de todos os licitantes, pode ser objeto da aplicação do dispositivo em comento. Por óbvio que os itens que não padecem de **vício** não são afetados pelos efeitos da norma, quais sejam, todos os preços propostos, inclusive os altos, mesmo que ensejadores de desclassificação.

Com efeito, não se trata de conceder ao licitante uma nova oportunidade para apresentar novo preço, mas apenas e tão somente de oportunizar que o mesmo conserte os erros de sua proposta, como, por exemplo, uma composição incorreta de serviço, um equívoco no coeficiente de um serviço, etc.

Admitir a reformulação do preço constante da proposta comercial é indiretamente o mesmo que conceder aos demais licitantes o benefício de copiarem o preço do primeiro colocado, já que conheceram a sua estratégica comercial, e concederem um desconto extraordinário para ganharem o certame. A manipulação do preço do certame, através desse expediente só coloca em risco o erário e a execução do contrato.

Registra-se, por oportuno, que a presente crítica não é isolada, pelo contrário, está acompanhada das mais importantes vozes do direito administrativo brasileiro. Sobre o tema, CARLOS ARI SUNDFELD aponta o dever da Administração contratante em assegurar que o ajuste das propostas esteja circunscrito apenas aos vícios nelas presentes, sem modificar o restante de seu conteúdo:

*O antigo art. 48, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, tornou-se § 3º do mesmo artigo com o advento da Lei nº 9.648/98. (...). 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 verdadeiras novas propostas, caso o aspecto de retificação não tenha repercussão quanto ao conteúdo econômico da proposta original.** (SUNDFELD, p. 12)*

No mesmo sentido, posicionam-se Sidney Bittencourt e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sustentando, respectivamente, a necessidade de limitação da revisão das propostas aos vícios identificados, sob pena de se configurar burla à licitação:

Nesse ponto aflora nova situação que tem causado embaraços às comissões de licitação: a permissão que a lei oferece contempla a possibilidade de alteração de outro aspecto da proposta que não seja aquele causador do defeito? É inconteste que não. A norma apenas assegura aos licitantes escoimar, isto é, 'livrar de defeitos' as propostas. Somente lhes é permitido afastar das propostas a causa de sua desclassificação, nada além disso. (BITTENCOURT, 2002, p. 263-264)

Há que se observar que o art. 48, §3º, deve ser interpretado em seus estritos limites: ele não permite a substituição integral de uma proposta por outra; ele apenas permite que o vício que levou à inaceitabilidade seja corrigido naquele ponto específico. A mesma exigência se faz independentemente de ser um só o proponente ou serem vários. De outra forma, estariam sendo burlados os prejuízos da licitação. (DI PIETRO, 2005, p. 232)

O Tribunal Regional Federal 4ª Região também já decidiu nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. À vista do art. 48, da Lei nº 8.666/93, com a redação da Lei nº 8.883/94 e a remuneração da Lei nº 9.648/98, sendo desclassificadas todas as propostas, a Administração pode autorizar a apresentação de outras escoimadas dos vícios determinantes da desclassificação, quais sejam o descumprimento das exigências do ato convocatório da licitação ou a pretensão de preços excessivos ou manifestamente inexequíveis, mas isso não significa, em absoluto, faculdade de apresentação de proposta inteiramente nova, que vá além da correção dos aludidos defeitos.” (TRF4. Apelação em Mandado de Segurança. Processo: 199970000305854/PR. Quarta Turma. Rel. Juiz Valdemar Capeletti. Julgado em: 07/03/2002. DJ 27/03/2002).

Criar, artificialmente, uma nova oportunidade para os licitantes resulta, sem sombra de dúvidas, na frontal contrariedade às regras originais do certame. Cria-se, assim, nova oportunidade de precificação e nova disputa, agora circunscrita a um número restrito de participantes (os habilitados) e tendo como elemento determinante o conhecimento dos números e estratégias dos competidores.

Admitir essa possibilidade é, sem sobra de dúvidas, inobservar a isonomia, vez que se trata de oportunidade nova e diversa da originalmente posta à disputa.

Não se pode perder de vista que a licitação não é um procedimento em si mesmo, mas um procedimento vocacionado para a celebração do contrato administrativo, em que o legislador optou por preservar o esforço dos licitantes e da própria Administração, permitindo que sejam corrigidos pequenos defeitos que são passíveis de serem corrigidos.

Nesse sentido, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO decidiu, considerando que os erros materiais são perfeitamente passíveis de correção, sem que essa correção traga qualquer prejuízo para o certame:

(...) 34. **O erro material é tido como o erro de fácil constatação, cuja detecção dispensa análise aprofundada, havendo flagrante desacordo entre a vontade da parte e aquilo o que foi manifestado no documento. Exige a correção da proposta, uma vez que retrata a inexatidão material, ou seja, reflete uma situação ou algo que obviamente não ocorreu.**

35. *Conforme se verifica, as falhas em comento disseram respeito, comprovadamente, à atualidade do valor do ticket-alimentação e ao cálculo do SAT, neste caso, tendo havido erro em operação matemática. Em princípio, são erros facilmente perceptíveis de preenchimento da planilha, sendo que a correção deles não caracterizaria alteração do teor da proposta.*

36. *Ressalta-se que ambos os erros apontados na proposta da representante dizem respeito a obrigações da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas, que advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação. **Além disso, um dos erros, uma vez corrigido, minoraria o valor da proposta.** Quanto ao outro, a representante comprometeu-se a assumir os custos, reduzindo o percentual da margem de lucro.*

37. **Pelo que se verifica, a correção dos erros não macularia a essência da proposta, não se vislumbrando prejuízos ao atendimento do interesse público. Não se figura válido dizer que esse tipo de correção prejudicaria o êxito do processo licitatório ou retardamento desmedido do início da prestação dos serviços, pelo contrário, em um processo em que houve apenas duas concorrentes, faria com que se buscasse a proposta mais vantajosa, ponderados os critérios de técnica e preço, gerando economia de mais de R\$ 1,8 milhão.**

38. *Nesse sentido, versa o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93: (...)*

40. *Sobre o assunto, o Voto do Acórdão 4.621/2009-2C é esclarecedor, inclusive, contendo exemplo aplicável à situação analisada, **em que houve erro de preenchimento de planilha, cuja correção não acarretou aumento da proposta, uma vez que coberta por diminuição na margem de lucro da empresa.***

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

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

Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o porcentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa

margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.

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

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado. Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo férias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.

Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico. Rememoro ainda que a obrigação da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação.

41. No mesmo sentido, o Acórdão 2.371/2009-P determinou a certa entidade que se abstinisse de considerar erros ou omissões no preenchimento da planilha de custos e formação de preços como critério de desclassificação de licitantes, por contrariar o artigo 3º da Lei 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 2.104/2004, 1.791/2006 e 1.179/2008, todos Plenário, e Acórdão 4.621/2009, da 2ª Câmara).

42. No Relatório que acompanha a Decisão 577/2001-P, delineia-se a hipótese fática ora apresentada, em que, constatado o erro, a licitante propõe-se a corrigi-lo, arcando com os custos necessários para manter sua proposta global:

Evidentemente espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, e se houver? Só há duas alternativas, cuja validade cabe discutir:

1ª) acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

2ª) desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador. (Acórdão nº 187/2014-Plenário, rel. Ministro Valmir Campelo, julgamento de 05.02.2014, destacou-se).

As citações demonstram que ao mesmo tempo em que a Administração Pública deve, por imperativo legal, tentar salvar o procedimento licitatório, não pode se

desprender dos limites estabelecidos pelo princípio da legalidade, sob pena de frustrar o objeto do próprio instituto da licitação, que é, ao fim e ao cabo, a proteção do erário.

5. Conclusão

Hodiernamente, discute-se cada vez mais sobre o controle dos gastos públicos, a atuação dos administradores públicos, a falta de infraestrutura e de serviços públicos aos cidadãos, de forma que temas como licitação e contratos administrativos tendem a rejuvenescer nestes momentos, malgrado ano de edição de sua legislação regulamentadora.

Juntamente com as discussões surgem as cobranças para que o Estado ofereça ao cidadão a devida contrapartida do tributo recolhido, tornando compreensível a opção legislativa de implementar ferramentas normativas para que haja o maior aproveitamento possível dos atos realizados pela administração, sobretudo daqueles que têm por objetivo a contratação de obras e serviços em prol da população.

Também é compreensível o afã dos administradores públicos em utilizar tais ferramentas jurídicas para não desperdiçar o curto tempo de seus mandatos, nem colocar em risco suas contas, por usar a máquina estatal de forma improba, com a realização de licitações que restam fracassadas.

No entanto, no Estado de Direito, independentemente da finalidade ser boa ou má, o administrador público está adstrito à lei, de forma que o respeito aos meios é essencial ao alcance do fim e à preservação da segurança jurídica.

Não se quer dizer com isso que as importantes ferramentas legislativas para restaurar a legitimidade de propostas nos âmbitos dos certames licitatórios não devem ser utilizadas, pelo contrário, afirma-se que seu uso é obrigatório. Ao mesmo tempo, isso não significa que a sua aplicação prescindia de limites. Na verdade, conclui-se que tais ferramentas, como tudo no direito administrativo e no Estado de Direito, só podem ser usadas dentro do estrito limite da lei, sob pena de ruptura do princípio estruturante do direito público que é o da indisponibilidade do interesse público.

Bibliografia

BITTENCOURT, S. **Licitação Passo a Passo**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2002.

BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm. **Decreto-lei nº 2.300**, 1986. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. **Lei 8.666 - Presidência da República**, 1993. Acesso em: 26 junho 2017.

BRASIL. http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. **Lei n. 13.303 - Lei das empresas estatais**, 2016. Acesso em: 31 julho 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo**. 33^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PIRES, A. C. M. **Licitação in Direito Administrativo**. 1^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, C. A. O formalismo no procedimento licitatório. **Revista da Procuradoria Geral da República**, São Paulo, n. 5. Revista dos Tribunais.