

LICITAÇÃO FORMAL E FORMALISMO

*Diogenes Gasparini**

Além de outros, a licitação é regida pelo princípio formal, que está consubstanciado no parágrafo único do art. 4º da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Dissertando sobre esse princípio, Hely Lopes Meirelles (*Licitação e contrato administrativo*, 12ª, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 26) expressa a seguinte inteligência: “Procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento”. O mesmo entendimento é manifestado por Toshio Mukai (*Licitações e contratos públicos*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 19) ao afirmar: “Outro princípio, que está entre os correlatos, é o do procedimento formal (parágrafo único do art. 4º da lei); significa que estaremos sempre perante um procedimento administrativo. Seja em que órgão ou entidade esteja sendo efetuada a licitação, a submissão aí ao direito público é inarredável”. O Tribunal de Contas da União, nessa mesma linha de entendimento, já acentuou que o princípio formal é inerente ao processo licitatório (Proc. TC-6.029/95-7).

Tal princípio e dito entendimento doutrinário e jurisprudencial não permitem que a Administração Pública se valha de formalismos desnecessários à licitação, à celebração e à execução do contrato. Com efeito, ensina Hely Lopes Meirelles (*Licitação cit.*, p. 27) que “o princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser ‘formalista’ a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou proposta”. Nesse sentido julgou o Tribunal de Contas da União. Com efeito, no Proc. TC-6.029/95-7 essa alta Corte de Contas deixou decretado: “... Na fase da habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo atendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração” (BLC nº 7, de 1996, p. 346).

Não é diferente a orientação dos Tribunais comuns. De fato, na vigência do Decreto-lei federal nº 2.300/86, em lição ainda válida ante a vigente Lei federal das

* Advogado. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Prof. da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - SP.

Licitações e Contratos da Administração Pública, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar a ApCv nº 225.567-1 decidiu que: “Licitação. Edital. Anulação. Exigência violadora do princípio da igualdade, restringindo o caráter competitivo do procedimento. Cláusula discriminatória. Arts. 37, XXI, da Constituição da República e 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 2.300/86. A regra geral na licitação é a participação do maior número possível de licitantes, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias” (JTJSP, vol. 172:109). O contido nas lições dos mestres e o decretado pela jurisprudência, tanto comum como de contas, deixam, a céu aberto, que o *princípio formal*, observável no procedimento licitatório, não se confunde com a *formalidade* nem com o *formalismo*. Formalidade ou, como quer Celso Antônio Bandeira de Mello, formalização, que a define como o “modo específico de apresentação da forma”, é a solenização requerida para a validade do ato ou procedimento administrativo. É o plus, o algo mais, da forma, cuja inobservância leva a ilegalidade ao ato ou procedimento, enquanto a desatendimento da forma leva a inexistência desses comportamentos.

Formalismo, como se vê dos transcritos julgados, é apenas uma exigência burocrática, sem a menor utilidade prática, destituída, portanto, de qualquer sentido lógico ou jurídico. Algumas vezes está entranhado no texto da lei, do regulamento ou do instrumento da convocação licitatória; outras decorre de equivocada interpretação que a autoridade julgadora ou o colegiado responsável pela licitação dá a certa regra legal ou editalícia. É o que comumente se passa nos processos de licitação, onde a Comissão de Julgamento por ignorância, medo de errar ou, as vezes, má-fê, retira da norma editalícia entendimento incompatível com os mais importantes princípios licitatórios e com a regra segundo a qual o direito deve ser interpretado inteligentemente, como já ensinava o clássico Carlos Maximiliano. De sorte que, a pretexto de observar o princípio formal, inerente à licitação, é comum o instrumento convocatório exigir, sob pena de inabilitação, que os documentos componentes da proposta sejam apresentados numa certa ordem, encadernados, com folhas de abertura e encerramento, e em duas vias. Outras vezes esse ato de convocação licitatória está correto no seu conteúdo e na redação de seus itens, mas lhe sobrevem certo entendimento incompatível como o bom senso e a finalidade prática desse procedimento, colocando em risco o princípio da competitividade que é da essência da licitação. É o que acontece quando a interpretação estende uma exigência própria de um certo documento, como é o prazo de validade, para todos os documentos de habilitação e inabilita o proponente titular de atestado de capacitação técnica desprovido desse prazo.

Alguns outros exemplos ajudam a fixar a idéia que tentamos fixar e, ao mesmo tempo mostram que o mesmo exagero na aplicação do princípio formal também se passa com a proposta e seus anexos. Assim, não se tem como validamente desqualificar uma proposta porque seu autor só grafou o valor proposto em número, sem repeti-lo por extenso como exigia o instrumento convocatório. Será inválida a desclassificação de proposta apresentada pelo seu autor em apenas uma via, quando o edital determinava duas. Sem nenhum fundamento plausível e, portanto, ilegal, será a desclassificação

de proposta apresentada em folhas soltas, presas apenas por um clipe, quando a carta-convite exigia que fossem encadernadas. Sem propósito será a desqualificação de proposta quando o valor grafado em número for divergente do grafado por extenso, pois este há de ser o considerado. Despropositada e ilegal será a desclassificação de certa proposta, apresentada em folhas encimadas pelo nome da proponente digitalizado, quando o exigido pelo instrumento convocatório era papel timbrado por processo tradicional de impressão. Inválida será a desclassificação de proposta em que a soma dos valores dos itens componentes da planilha de custo não for igual ao lançado como valor global proposto pelo licitante, pois se deve corrigir o somatório.

Igualmente será inválida a desqualificação de proposta onde há divergência entre a soma dos valores de uma coluna da planilha de custos e o valor transportado para outra coluna. Inválida será a desqualificação porque o signatário da proposta a subscreveu sobre seu nome e cargo digitados e não sobre carimbo como exigia o instrumento convocatório. Assim também será a desqualificação de proposta cujo valor em reais esteja separado por vírgulas e não por pontos e vírgulas, como é o comum ao se grafar certo valor monetário, separando, desse modo, os reais dos centavos. Assim é, porque em todas essas hipóteses a Comissão de Licitação pode, sem privilegiar seus autores e sem desprezar os princípios formal e da vinculação ao instrumento convocatório, extrair a vontade do proponente, apreciando outros elementos da proposta e dos documentos de habilitação. Com efeito, em trabalho conjunto (*Temas polêmicos sobre licitação e contratos*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 39), Maria Sylvia Zanella Di Pietro preleciona: “Eventualmente, poderá ser invocado o princípio da razoabilidade para relevar pequenas irregularidades, que em nada impedem a Comissão de Licitação de avaliar o preenchimento dos requisitos para a habilitação ou classificação. Por vezes o desatendimento de determinada exigência supre-se por outros dados, constantes do envelope-documentação ou envelope-proposta, conforme o caso”. A mesma inteligência é professada pelo sempre citado HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 137). Com efeito, nessa passagem, esse notável administrativista assentou que: “A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstante com o caráter competitivo da licitação”.

Essas considerações acontecem em razão da inabilitação de proponente de importante licitação que se desenvolve na Administração Paulista, onde um dos itens do edital continha a seguinte redação: “Todos os documentos exigidos nos subitens acima deverão estar dentro de seus prazos de validade. Não constando dos documentos o prazo de validade serão aceitos, pela Comissão Especial de Licitação, documentos emitidos até 180 (cento e oitenta) dias imediatamente anteriores à data de apresentação

das propostas”. Os “itens acima” elencavam as exigências de habilitação dos proponentes com base nos arts. 28 *usque* 31 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A “Comissão Especial de Licitação”, responsável pela direção do certame e pelo recebimento, exame e julgamento de todos os documentos e procedimentos a ele relativos, com base nesse dispositivo editalício, inabilitou empresa que apresentara atestados de capacidade técnica sem data de validade e que não se enquadravam no prazo de 180 dias contados retroativamente da data de apresentação das propostas. A decisão desse colegiado, sobre ter causado muita discussão entre os proponentes, ensejou a interposição, pela empresa inabilitada, de recurso hierárquico nos termos do art. 109, I, *a*, desse diploma licitatório, e a impetração de mandado de segurança, que, via liminar, acabou por reconduzi-la ao procedimento licitatório, e nos fez pensar e escrever sobre essa ocorrência.

Certamente, se perguntasse aos acostumados às lides da licitação sobre a legalidade dessa decisão, ter-se-ia, fatalmente, duas respostas: uma pela legalidade, pois todos os envolvidos num procedimento dessa natureza estão vinculados, rigidamente, aos termos do instrumento convocatório e da proposta; outra pela ilegalidade, pois esse princípio não tem esse alcance, na medida em que sua interpretação não é simples ato mecânico de aplicação da norma jurídica, como se atrás dessa regra estivesse uma máquina e não um ser humano, dotado de inteligência e bom senso na aplicação do Direito. Os defensores da primeira corrente ainda poderiam alegar a seu favor a incidência do princípio formal, inerente a essa espécie de procedimento administrativo. Da enquete feita, com certeza, acabaria vencedora a primeira das teses, pois é muito fácil sustentar, no caso, a aplicabilidade dos princípios formal e da vinculação ao instrumento convocatório. Em segunda instância administrativa, onde se supõe esteja um julgador mais acostumado à aplicação do Direito, essa tese não poderá prevalecer, pois o Direito deve ser interpretado, segundo Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 6ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1957, p. 210), de modo a se preferir a “exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela, sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo”. (...) “É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las. Portanto a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a conclusão física ou moralmente impossível”.

Ao que se sabe, os mencionados atestados de capacitação técnica, apresentados na quantidade exigida pelo edital, ainda que esse número pudesse ser discutido, realmente, não continham prazo de validade e estavam assinados há mais de cento e oitenta dias. Portanto, segundo a “Comissão Especial de Licitação” responsável pelo certame onde tais fatos se passaram, não satisfaziam a prescrição consignada no indigitado item do edital, que submetida todos os documentos a ditos prazos. Por essa

razão, não outra qualquer, a proponente titular desses atestados acabou por ser inabilitada, com as conseqüências e o desenvolvimento processual que se seguiram e que já mencionamos. Induvidosamente, não agiu bem o Colegiado Julgador do certame em que tais fatos aconteceram, nem a autoridade superior filiou-se à melhor interpretação ao confirmar a inabilitação da proponente titular desses atestados. Com efeito, um exame, ainda que a vô de pássaro, permite distinguir entre os documentos arrolados nos “itens acima” com o fito de comprovar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, os que devem ter prazo de validade dos que não precisam ter tal prazo, tanto quanto possibilita a distinção dos que precisam ter data próxima da indicada para a apresentação dos envelopes de habilitação e propostas, dos que dispensam tal peculiaridade. O prazo de validade para aqueles é da essência do documento e indispensável para a prática de um certo ato, não sendo assim para estes, que, via de regra, valem ainda que expedidos há muito tempo.

Uma certidão negativa de tributos municipais, uma certidão de regularidade para com o Fisco Federal, uma certidão negativa de falência, um atestado de idoneidade moral, uma certidão negativa de antecedentes criminais, um atestado de matrícula em determinada universidade, um atestado de higidez médica, uma certidão negativa de títulos protestados e um atestado residencial são documentos que valem por certo prazo. Com efeito, o que foi certificado, atestado ou declarado, com o passar de curto espaço de tempo pode sofrer alterações e se essas certificações, atestações ou declarações forem indispensáveis à garantia ou certeza de um dado negócio, só podem ser aceitas com o prazo de validade em vigor. Se esse não existir só podem ser acolhidos dentro de um prazo razoável, fixado pela parte que tem o dever de exigí-las. Assim, nenhuma valia tem uma certidão tributária expedida há mais de um ano ou um atestado de matrícula escolar datado 1995, pois as situações, certificadas, atestadas ou declaradas, com o passar do tempo, seguramente, sofreram modificações. Com efeito, o cidadão pode, agora, estar devendo para a Fazenda Pública e o aluno pode não estar matriculado, porque concluiu ou abandonou o Curso. Porque essas modificações podem acontecer, exige-se para tais certidões, atestados ou declarações um prazo de validade razoável, dentro do qual produzem os respectivos efeitos, presumindo-se a inalterabilidade do certificado, atestado ou declarado durante essa vigência. Esse prazo de validade pode integrar o próprio texto da certidão, atestado ou declaração, ou decorrer de uma norma legal ou editalícia. A Carteira Nacional de Habilitação, a Licença de Pesca, o Alvará de Porte de Arma, a Licença ou Alvará de Construção e o Licenciamento de Veículos são, entre outros, documentos dotados de prazo de validade e apenas enquanto em vigor tal prazo, produzem os devidos efeitos, especialmente, para a validade e segurança do negócio a ser realizado.

Diferentemente ocorre com os documentos, certidões, atestados ou declarações, que independem de qualquer prazo de validade. Uma vez editados, valem indefinidamente, salvo nulidade, cassação, caducidade ou morte de seu titular, pois presume-se

que o certificado, atestado ou declarado não sofrerá alteração a curto espaço de tempo. Assim são, a exemplo de outros, a Cédula de Identidade, o Cartão de Inscrição do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda, o Balanço das Sociedades Comerciais e a inscrição ou registro na entidade profissional competente (OAB, CREA, CRM). A ninguém é dado exigir que a Cédula de Identidade, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, e o Cartão de Inscrição do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda tenham data de validade ou que tenham sido expedidos a, no máximo, seis meses, por exemplo. Assim também são os atestados de idoneidade técnica ou, como quer a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, *qualificação técnica*, definida como o domínio, por alguém, de conhecimentos e habilidades práticas e teóricas indispensáveis à execução de um dado objeto, ou seja, uma obra, um serviço ou, ainda, um fornecimento. Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 7ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 327), depois de alertar sobre a grande amplitude de significados que essa expressão tem, afirma que qualificação técnica, em termos sumários, “consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Para Hely Lopes Meirelles (*Licitação* cit., p. 130) “é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação”.

Esse conjunto de conhecimentos teóricos e práticos é adquirido ao longo do tempo, em razão da experiência, estudos e aprimoramento de técnicas e, uma vez incorporado ao patrimônio profissional da pessoa ou da empresa não se perde, não se desgasta. Por essa razão, certificada, declarada ou atestada a qualificação técnica de alguém, por pessoas físicas ou jurídicas, estas públicas, privadas ou governamentais, que se valeram dos assim qualificados na execução de uma obra, serviço ou fornecimento de que tinham interesse, não há que ser renovada de tempos em tempos, pois vale indefinidamente. Mesmo que o documento que a veicula tenha sido expedido em data distante da prevista a título de referencial, como é o caso da indicada para entrega dos envelopes de documentos e propostas em dado procedimento licitatório, valem para os fins de direito a que se destinava. Portanto, não tem sentido lógico, nem jurídico, inabilitar proponente porque as certidões, os atestados ou as declarações, comprovadoras de sua aptidão técnica para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, estão datadas de algum tempo. Nesse sentido foram, entre outras, as razões do voto do eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator da Decisão nº 0130-10/97-P do Tribunal de Contas da União, publicada no DOU de 15.04.97, p. 7.437, que, por oportunas, merecem ser transcritas. Assim: “No caso em comento, não tenho dúvidas que a conclusão a que chegou a digna Diretora da Segunda Divisão Técnica não merece reparos. De fato, como ficou cabalmente demonstrado nos autos, a Certidão de Acervo Técnico, emitida pelo CREA, como documento atestador da experiência técnica adquirida pelo profissional, refere-se a ‘fato pretérito, cujos efeitos prolongam-se no tempo até que seu beneficiário, pessoa natural, torne-se incapaz civilmente ou tenha falecido’ (fls. 10). Logo, uma eventual

prescrição de edital, no sentido de que tal documento, para que tenha validade no certame, deve ter sua emissão consignada a partir de determinada data, parece-me abusiva, desnecessária”.

Não bastassem as razões já aduzidas para fulminar a tese sustentada, no caso, pela “Comissão Especial de Licitação”, cabe asseverar que a doutrina tem entendido ser ilegítimo qualquer item editalício que exija ou estabeleça prazo de validade para os documentos comprovadores da aptidão técnica para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Com efeito, assevera Carlos Pinto Coelho Motta (*Eficácia nas licitações & contratos*, 7ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 189), em nota de pé de página, que: “Segundo orientação do TCU, é vedado o estabelecimento de prazo de vigência para certidões e atestados para comprovar aptidão de desempenho, bem como a qualificação de cada membro da equipe técnica responsável pelo trabalho”. Essa vedação também foi determinada pela nossa mais alta Corte de Contas. Com efeito, no Resumo da Decisão Plenária nº TC-0130-10/97 do Tribunal de Contas da União, pelo voto condutor do douto Ministro Fernando Gonçalves, restou expressamente decretado que “... é vedado o estabelecimento de prazo de vigência para as certidões e atestados que visem a comprovação de aptidão para o desempenho de atividades compatíveis com o objeto da licitação” (DOU de 15.04.97, p. 7.437).

A Comissão de Licitação tem, nos termos do inciso XVI do art. 6º da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, como atividades precípuas, o recebimento, exame e julgamento de todos os documentos e procedimentos relativos aos certames licitatórios. No desempenho dessas atividades esse colegiado é, como preleciona Hely Lopes Meirelles (*Licitação cit.*, p. 78), independente nas suas decisões, mas não é discricionário no seu julgamento, pois está vinculada ao critério estabelecido no edital e aos elementos objetivos das propostas que constituam vantagem ou desvantagem para a Administração Pública licitante. Se não pode ser discricionário, menos ainda pode ser arbitrário. Arbitraria é a decisão administrativa ilegal, que, portanto, contraria a lei, tomada essa palavra em sentido amplo. Desse modo, é arbitrária e, destarte, ilegal, a decisão da Comissão de Licitação que habilita ou inabilita proponente em desconformidade com o instrumento convocatório, tanto quanto é assim a que considera vencedora a licitante, autora de proposta que não é a de menor preço, quando este for o tipo de licitação ou o critério de julgamento prescrito pelo ato de convocação de interessados à licitação.

Também será arbitrária a decisão que inabilita proponente em razão de formalismos inúteis, impertinentes ou irrelevantes para garantir a execução do futuro contrato ou para caracterizar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, como vêm decidindo os nossos mais altos pretórios, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, essa Corte de Justiça ao julgar

o MS nº 5.779-DF (DJ de 26.10.98) decretou, em Acórdão relatado pelo Ministro José Delgado, que: "...2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo da repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal". Em suma: as decisões arbitrárias da Comissão de Licitação, como a que inabilitou a proponente no caso ora analisado, não podem ser convalidadas, pois não encontram guarida no Estado Democrático de Direito, como é o nosso. Em v. Acórdão prolatado no Mandado de Segurança nº 5.287-DF, relatado pelo Ministro José Delgado, o Superior Tribunal de Justiça, deixou assentada essa inteligência. Com efeito, de sua ementa extraímos que: "Não há como prestigiar, em regime democrático, solução administrativa que acena para imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta como desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da verdade" (Internet, www.cjf.gov.br).

É absolutamente fora de qualquer dúvida ou entredúvida como diria Celso Antônio Bandeira de Mello, que, no caso, a "Comissão Especial de Licitação", responsável pela condução e julgamento de todos os documentos e procedimentos do certame que vimos analisando, interpretou extensivamente, com demasiada largueza, o disposto no item do edital desse certame licitatório, que estabelecia: "Todos os documentos exigidos nos subitens acima deverão estar dentro de seus prazos de validade. Não existindo dos documentos o prazo de validade serão aceitos, pela Comissão Especial de Licitação, documentos emitidos até 180 (cento e oitenta) dias imediatamente anteriores à data de apresentação das propostas". Esse colegiado aplicou essa regra a todos os documentos, sem distingui-los em função da indispensabilidade ou dispensabilidade do prazo de validade. Portanto, todos os documentos, ainda que de natureza diversa, receberam o mesmo tratamento. De sorte que, os destituídos desse prazo também foram recusados, mesmo que sua natureza não o exigisse e seus titulares, por conseguinte, restaram inabilitados. Em assim agindo, é notório, que esse colegiado comportou-se ilegalmente. A interpretação esposada pela "Comissão Especial de Licitação" para inabilitar a proponente titular dos malfadados atestados técnicos, por certo, não observou ditas regras, passando, assim, ao largo de uma interpretação inteligente desse item do edital da licitação que nos entretém. Com efeito, ao igualar todos os documentos, mesmo sabendo-os de natureza diversa, em função do prazo de validade, deixou de lado o sentido conducente ao resultado mais razoável e correspondente às necessidades públicas.

Dita interpretação, sobre mais, equipara situações diferentes, documentos de natureza e conteúdo diversos, e em assim fazendo desatende, às claras, o princípio da igualdade ou isonomia, enunciado no art. 5º, *caput*, e inc. I, da Constituição Federal, e repetido no art. 3º da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Não se diga, com o fito de contraditar tal assertiva, que esse princípio só é aplicável às

peças físicas e jurídicas, pois estas são as que podem ter seus direitos ofendidos, afrontados ou violados, dado que será pura perda de tempo. Os mencionados documentos referem-se a pessoas, no caso, jurídicas, e os efeitos da equiparação por via indireta as alcançam, inegavelmente. Sofrem, portanto, as conseqüências da inconstitucional aplicação desse princípio. Destarte, queira ou não, a “Comissão Especial de Licitação”, responsável pela direção e julgamento de todos os documentos e procedimentos do certame ensejador destas considerações, violou o princípio da igualdade, valendo-se, ademais, de exegese literal, a pior dentre todas as citadas e discutidas pelos autores. Ignorou, ainda, elementar regra de interpretação ao restringir o direito subjetivo do proponente de participar do processo licitatório. Se a regra restringe direito, sua interpretação deve ser estrita, assim como devem ser interpretados estritamente os dispositivos que estabelecem formalidades em geral e os fixadoras de condições para a prática de um ato jurídico ou para a interposição de recurso judiciário, ensina CARLOS MAXIMILIANO (ob. cit., p. 256).

A interpretação do referido item editalício que vimos discutindo, praticada pela “Comissão Especial de Licitação”, acabou por levar a um resultado contrário ao determinado pelo princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, e preconizado abertamente pela doutrina. O art. 30 dessa lei, no que respeita ao elenco de documentos que podem ser exigidos para a comprovação da qualificação técnica dos licitantes, é detalhista, pois era desejo do legislador impedir que a Administração Pública criasse dificuldades inúteis, sem qualquer interesse, à execução do contrato, com o fito de restringir a participação de interessados nos certames por ela instaurados. Ao comentar esse preceptivo, Antonio Roque Citadini (*Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 258) apóia essa orientação ao asseverar que: “A legislação trata de forma mais detalhada a matéria no que diz respeito à qualificação técnica dos participantes da licitação, procurando limitar as possibilidades de o administrador criar obstáculos objetivando reduzir o universo de participantes e ferir a própria essência da competitividade. Pela lei – até por respeito às normas constitucionais – o gestor público deve garantir a mais ampla participação na disputa licitatória, reduzindo as exigências técnicas àquelas absolutamente indispensáveis para a execução do objeto licitado”. Isso, certamente, não ocorreu com a interpretação extensiva dada pela Comissão Especial de Licitação à esse item do instrumento convocatório da licitação que vimos comentando. De fato, ao entender que os documentos de qualificação técnica apresentados pela proponente não tinham prazo de validade e que não era possível enquadrá-los no prazo de cento e oitenta dias, pois foram assinados em data muito distante desse limite, acabou por diminuir o número de participantes, circunstância que deve ser, ao máximo, evitada pela Administração Pública. Esse é o entendimento sufragado pelos nossos Tribunais. Com efeito, a exemplo de outros, assim foi julgada a ApCv nº 225.567-1 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (JTJSP 172: 109), cuja ementa do v. Acórdão, no que interessa ao caso sub exame, está assim redigida: “...A regra geral na

licitação é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos,...”. O que dizer da interpretação de dispositivo editalício comum que, no caso, reduziu o número de participantes ao certame licitatório de interesse da Administração Pública licitante?

A “Comissão Especial de Licitação”, responsável pelo certame instaurado pelo edital, cujo item vimos analisando, fundou a decisão em motivo inexistente, pois não era da essência dos documentos, certidões, atestados, declarações, apresentados pela proponente inabilitada, o prazo de validade. Alegar como motivo da inabilitação a falta, nesses documentos, do prazo de validade, quando esse prazo não é da sua natureza, nem é exigido por lei, é o mesmo que citar motivo inexistente. Destarte, se não existiu o motivo alegado, não pode subsistir o ato administrativo que nele se funda, pois inválido, cabendo à Administração Pública, provocada ou *spont propria*, promover sua retirada do ordenamento jurídico. Daí a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 354) ao versar sobre os pressupostos de validade do ato administrativo. Com efeito, acentua: “Além disso, em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido”.

Não pode, também por essa razão, prevalecer a inabilitação da desditada proponente, devendo a autoridade competente, ainda que não provocada, desfazer a ilegalidade com a anulação parcial desse ato. No caso, houve provocação com a interposição do Recurso Hierárquico. Essa invalidação mais se impõe, pois é a própria “Comissão Especial de Licitação”, no despacho de inabilitação, quem assegura, com todas as letras, que os atestados continham demonstração de que a licitante desempenhou atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação. Observe-se, que nada mais era exigido, nesse particular, pelo edital do certame, pois, expressamente, mencionava: “2 (dois) atestados de capacidade técnica, emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, comprovando o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação”, afinado, desse modo, com regra de mesmo teor, consignada no inc. II do art. 30 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Resta evidente, por qualquer que seja o ângulo que a inabilitação que vimos debatendo acabe por ser analisada, a conclusão é uma só: o princípio formal, inerente à licitação, não é salvaguarda da inabilitação de proponente, nem da desqualificação de proposta, em razão do atendimento de formalismos inúteis e inconseqüentes.