

# GL Célio Leite

Consultoria em Direito Público

## STJ E TCU. CABE JUNTADA DE 'DOCUMENTO NOVO' POR DILIGÊNCIA EM LICITAÇÕES. VEDAÇÃO A FORMALISMOS QUE FEREM O SENTIDO DA LEI E PRINCÍPIOS DE LICITAC

...



**Celio Leite**

+ Siga

Sou advogado especialista em direito administrativo. Tenho pós-graduação em direito público pela PUC-RS e em direito bancário pela PUC-MG. MBA em Finanças pela Trevisan. Fui advogado da Eletrobras/Chesf por 21 anos.

Publicado em 24 de dez. de 2022

No Acórdão nº 1211/2021 – do seu Pleno, o Tribunal de Contas da União exarou decisão importante e que se tornou um 'decisum case' com o passar do tempo. Referido Acórdão sob a relatoria de Walton Alencar Rodrigues tratava do saneamento de defeitos ou falhas nos documentos de habilitação de licitantes.

Envolvia uma representação, com pedido incidental de medida cautelar para suspender pregão eletrônico, regido pelo Decreto nº 10.024/2019 e que tinha como objeto a "contratação de serviços técnicos especializados de

desenvolvimento/manutenção de sistemas e soluções de tecnologia da informação". Na sessão da disputa, o representante "alegou que o pregoeiro concedeu irregularmente, aos licitantes, nova oportunidade de envio da documentação de habilitação, após a abertura da sessão pública, o que beneficiou um único licitante, ao fim, declarado o vencedor do certame, e afrontou o disposto no Decreto 10.024/2019 e no edital de licitação."

Ao responder a Representação, dois aspectos foram destacados pelo citado Relator:

"(i) diferente do Decreto nº 5.450/05, no Decreto nº 10.024/2019, no cadastramento das propostas todos os participantes devem incluir seus documentos de habilitação; e (ii) o art. 47 do Decreto nº 10.024/2019 permite, tanto na fase de julgamento das propostas, quanto na habilitação, o pregoeiro sanar erros ou falhas que não alterem a substâncias das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes. O art. 17, inciso VI, do mesmo normativo, enfatiza existir um dever para o pregoeiro nesse sentido." Aqui maxima data vênia se equivocou parcialmente o Douto Relator. O decreto 5450/05 também continha previsão similar no parágrafo 3º do seu artigo 26 a legitimar que o Sr pregoeiro sanasse erros ou falhas que não alterassem a substância da proposta.

Aqui cabe lamentar que a mesma redação imprecisa, subjetiva e desprovida de técnica redacional esteja sendo repetida em diversos decretos que se sucedem no tempo. O que é de forma objetiva ""não alterar a substância da proposta""? Ninguém sabe e nem saberá de forma exata! Substância da proposta pra mim é uma coisa pra voce pode ser outra!

Voltando ao Acórdão, após o encerramento da fase de lances e iniciado o julgamento das propostas, houve suspensão da sessão.

Quando da retomada, o pregoeiro:

*"(...)iniciou o chat 'para uma nova oportunidade para envio da documentação, no prazo de 30 minutos', informando que seriam convocadas todas as empresas" (...)*  
*"Quatro empresas enviaram documentos, uma delas, que foi posteriormente declarada vencedora, dentro do prazo estabelecido; e as demais com atrasos de até 51 minutos. Às 14:05:14 do mesmo dia, o pregoeiro suspendeu a sessão para análise da nova documentação de habilitação anexada, marcando a reabertura para o dia seguinte."*

O problema, com o que na ocasião concordou o Relator, foi a falta de fundamentação para essa abertura de oportunidade para o reenvio de documentos (art. 8º, inciso XII, alínea “h”, e o art. 47, parágrafo único, do Decreto 10.024/2019). E concluiu: “A ausência da fundamentação, além de contrariar o Decreto 10.024/2019 e a regra editalícia expressa, impossibilitou aos licitantes analisarem as razões do ato, tendo em vista que o pregoeiro não declinou quais seriam os erros e falhas passíveis de saneamento, dentro da margem de correção possibilitada pelos normativos incidentes. Destaco ainda que a fundamentação dos atos administrativos é requisito essencial para a respectiva validade.”

O procedimento adotado pelo Sr pregoeiro, pelo qual o mesmo convocou todos os licitantes no momento do julgamento da proposta para reenvio de documentos de habilitação não encontra previsão legal e ao tratar de forma igual os desiguais fere princípios e postulados básicos de direito. Mesmo no regime atinente ao Decreto nº 10.024/19 quando é encerrada a etapa de lances se passa à negociação da proposta com o primeiro colocado. E, nos moldes do art. 39, “Encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º e no § 9º do art. 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observado o disposto no Capítulo X.”

Ou seja, é avaliada a documentação de habilitação ou proposta apenas do primeiro colocado. E, nesse caso, identificado algum vício passível de saneamento, oportuniza-se a eventual diligência para erro formal ou inócuo juridicamente.

No mesmo Acórdão o Relator - com bastante técnica e acurácia - criticou a interpretação literal do termo “[documentos] já apresentados” do art. 26, §9º, do Decreto 10.024/2019 e da vedação à inclusão de documento “que deveria constar originariamente da proposta”, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, entendendo de forma diversa da jurisprudência do TCU da época. Como colocou, o procedimento licitatório dever ter por norte assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração, sendo observado os princípios de direito e sendo vedado formalismos exacerbados.

E continuou o Relator:

*“Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento “que deveria constar originariamente da proposta”, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no*

*momento da licitação. **Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).*** (negritos de ora)

A Lei nº 14.133/21 em seu art. 64 disciplinou o tema nos seguintes termos:

**"(...)deixa salva a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame."** (destacamos)

E arrematou seu técnico entendimento:

**"Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, entendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado. Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação."**

O acordo supra foi um precedente importante - e que se seguiu por outros julgados em anos posteriores - a defender os interesses primários e secundários da Administração Pública em análises envolvendo saneamento de defeitos na documentação apresentada por licitantes.

Em suma hodiernamente o TCU, STJ e a boa doutrina já entendem de forma majoritária que aspectos eminentemente formais, ou materiais que não prejudiquem a finalidade da condição imposta, não podem prejudicar a seleção da



princípio da ampla competitividade.

Justamente por isso, em determinadas circunstâncias, entende-se possível a inclusão de "documento novo", desde que tenha como objetivo esclarecer condição que o licitante já dispunha, materialmente, à época. Ou seja, deve ser permitida a diligência a sanar falta de documento - independente do motivo (mesmo desleixo) - que meramente ateste condição preexistente ou meramente declaratória do estado/qualificação do licitante. Ora, "mesmo a distração de um licitante" não tem o condão de impedir que a administração firme o contrato mais vantajoso e econômico!

No que tange a 'não apresentação de atestados as seguintes premissas têm sido firmadas com segurança: (a) quando o licitante até então executava os serviços licitados para a Administração. Pois nestes casos a Administração já conhece a capacidade técnica pertinente; ou (b) quando questionado a respeito da ausência do documento posteriormente à fase de lances, o licitante prontamente o apresenta e comprova serviço já executado no passado, nos moldes exigidos no edital. Tanto num exemplo, como no outro, aferida a capacidade técnica conforme exigência estabelecida no ato convocatório, entende-se não ser razoável renunciar à melhor proposta, mormente se a diferença de preço para entre as licitantes for considerável. Neste sentido não pode o Sr Pregoeiro "dispor de bens públicos", in casu, pecúnia a ser paga de forma mais cara a licitante que apresentou proposta menos vantajosa economicamente.

É possível identificar claramente uma evolução nos entendimentos jurisprudenciais no que diz respeito ao tópico do saneamento de proposta/habilitação. Concluímos com esteio nos melhores julgados pretorianos, princípios de direito, Cortes de Contas e doutrina que não é razoável uma vedação genérica e prévia a uma juntada posterior de documento.

O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação. Neste caso haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia e igualdade de tratamento tendo em vista que o documento juntado ou 'documento novo' adveio e foi constituído após a sessão de licitação.



Gostei



Comentar



Compartilhe

21

Neste sentido deve a Comissão de Licitação ou o Pregoeiro permitir diligência que redunde na produção ou juntada de documento que meramente reflita uma situação preexistente à sessão de licitação, não havendo, in casu que se falar em ilegalidade ou irregularidade.

Por fim juntamos outro julgado do TCU, qual seja, o Acórdão nº 1.758/2003-Plenário que entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu a juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante através de diligência promovida com base no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93. Segundo o TCU tal juntada de documento posterior não seria uma irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame. O apego excessivo à letra da lei pode acarretar equívocos jurídicos exatamente porque não refletem o 'animus' do legislador.

## O ENTENDIMENTO DA BOA DOUTRINA E STJ

Nesse sentido leciona Marçal Justem Filho:

***“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.”*** (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais). (Negritos de ora)

Esclarecedor e oportuno, a propósito do tema, o seguinte acórdão do STJ:

*“No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contra-prova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais”* (STJ, **REsp 5.418/DF**, 1ª Seção, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 25.03.1998, DJe 01.06.1998).

Concluimos que o Poder Judiciário e as Cortes de Contas se inclinam em reconhecer que o procedimento licitatório é formal e não formalista! Recair em formalismo exacerbado que desvirtue a finalidade do torneio licitatório é contrassenso tão

grandioso que custa acreditar que tenha levado tanto tempo para se chegar ao entendimento elencado supra.

### Licitação, contrato/concessão

5.030 seguidores

+ Assinar

Entre para ver ou add a comment

### Outros artigos deste autor

Lei n. 14.133/2021. Fase de saneamento. Possibilidad...

7 de jan. de 2024

Lei n. 14.133/2021. Aspectos básicos do leilão.

4 de jan. de 2024

Lei n. 14.133/2021. Da concorrência. Aspecto:

4 de jan. de 2024

Ver todos



Controles de visitantes

Diretrizes da Comunidade

Idioma