

O LIMITE DAS DILIGÊNCIAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO Nº 1211/21 DO TCU

THE LIMIT OF INQUIRIES IN THE NEW BIDDING LAW: AN ANALYSIS OF TCU'S RULING NO. 1211/21

Giuliano Balsini Merolli

Pós-Graduado em Licitações e Contratos Administrativos sob a Nova Lei de Licitações pela PUC/PR. Curitiba, PR, Brasil.
Bacharelado do 2º Período de Direito na Universidade Tuiuti do Paraná - UTP. Curitiba, PR, Brasil.

Resumo: O alcance da diligência para esclarecer ou complementar o processo é um conceito mal compreendido no âmbito das licitações realizadas pelo poder público. Devido a interpretação equivocada do dispositivo legal, não há padronização sobre sua utilização na Administração Pública. Com a promulgação da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (14.133/21), houve uma singela melhoria no entendimento. No entanto, em 2021 o plenário do Tribunal de Contas da União proferiu decisão polêmica, que vai além do que determina a legislação e contra a jurisprudência da própria entidade, inclinada na possibilidade de permitir que o licitante inclua novos documentos após a data limite de entrega, que tenham sido esquecidos ou não juntados por equívoco. O artigo analisou se o texto legal permitiria esta prática e, ainda, se o TCU teria competência para alterar o alcance da lei, concluindo que, com exceção de informações esclarecedoras e complementares aos documentos já apresentados, não é possível realizar a inclusão de documentação nova, ainda que não tenham sido juntados por equívoco do licitante, por afronta ao princípio da legalidade, se basear em critério subjetivo (equivoco), exceder a competência do TCU e trazer insegurança jurídica ao processo de contratação.

Palavras-chave: Nova lei de licitações. Jurisprudência. Diligência. TCU. Acórdão nº 1211/21.

Abstract: The reach of diligence to clarify or complement the procedure is a misunderstood concept in the scope of government bids. Due to the misunderstanding of the law, there is no standard for its use in the Public Administration. With the sanction of the Brazilian's New General Bidding and Public Contracts Law (14.133/21), there was a slight improvement in the understanding. However, in 2021, the collegiate of Brazil's Federal Court of Accounts uttered a controversial decision, that goes beyond what determines the law and against the jurisprudence of its own entity, inclined on the possibility to allow that the bidder may add new documents after the time limit, which were forgotten or not included by mistake. The article analyzed if the legal text would allow this rule and, yet, if the TCU would have jurisdiction to alter the reach of the law, concluding that, with exception of clarification and complementary information about the documents already presented, it is not possible to add new documents, even if it wasn't included by mistake of the bidder, as it goes against the principle of legality, it is based on subjective criteria (mistake), exceeds the TCU jurisdiction and brings legal insecurity to the contract procedure.

Keywords: New bidding law. Jurisprudence. Diligence. TCU. Ruling No. 1211/21.

1. INTRODUÇÃO

A contratação pública, salvo nos casos dispensados em lei, é sempre precedida de licitação, procedimento administrativo que tem como principais finalidades a busca pela melhor proposta, estimulando a competição entre os potenciais contratados, ao mesmo tempo em que deve oferecer iguais condições a todos os interessados e garantir a segurança jurídica na aplicação das regras impostas pelo edital de licitação. Todo este processo deve observar as normas e princípios que norteiam o dispêndio dos recursos públicos.

Cabe ressaltar que a definição de melhor proposta nem sempre se encaixa naquela que ofereceu o menor preço, mas é a combinação entre o melhor preço e o atendimento às exigências impostas, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A igualdade de condições, por sua vez, atinge a finalidade prevista pelo inciso XXI, Art. 37 da Constituição Federal, para garantir que todos os concorrentes sejam tratados de maneira igualitária, sem discriminação ou favorecimento, atuando de forma conjunta com os princípios legalidade e da eficiência, além da impessoalidade para afastar a figura do agente público e suas convicções, de qualquer interferência no procedimento, vez que o interesse público é absolutamente indisponível.

Pode-se dizer então que estas finalidades se alinham com o objetivo maior da licitação, que é satisfazer o interesse público. Impossível deixar de mencionar que o atingimento do interesse público, por si só, não é o balizador da licitação senão estiver estritamente afinado com os demais princípios que norteiam o procedimento. Embora o conceito possa parecer um tanto complexo, uma análise cuidadosa ressalta que o interesse público (fim) só é concretizado quando o procedimento segue as normas legais, abrangendo todo o arcabouço normativo que rege o processo de contratação (meio).

De outro lado, algumas decisões¹ sobre o tema afirmam que deveria haver certa primazia do fim sobre o meio, de modo que poderia se afastar a legalidade estrita em face da supremacia do interesse público. Sobre isso, acrescento que é indispensável promover o equilíbrio entre o processo e a finalidade, sem prevalência de um sobre o outro, caso contrário estaríamos lançando mão de todo o procedimento legal e passaríamos a assumir que atingir o resultado é a única coisa que interessa. Isso ecoaria a perspectiva de que os fins poderiam, de fato, justificar os meios, proporcionando uma desculpa perfeita para agentes públicos mal-intencionados - uma autorização injustificada para validar ações, mesmo que contrárias à lei.

Respeitar o devido processo se mostra não só essencial, mas imperioso, sobretudo considerando o cenário histórico da política brasileira, que não demonstra ser o melhor cumpridor dos princípios éticos e morais implícitos na atividade administrativa do Estado.

¹ "(...) Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios." TCU. Acórdão 357/15 – Plenário; "a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)" TCU. Acórdão 1211/21 – Plenário)

É evidente que essa não é uma tarefa simples; ao contrário, exige empenho para alcançar o equilíbrio ideal entre a execução adequada do processo, em conformidade com seus princípios orientadores, e o propósito final de assegurar a melhor contratação **possível** – destaque este último aspecto.

Nesse contexto, o princípio da legalidade emerge como fator essencial para garantir a integridade do procedimento licitatório, servindo como um limitador do comportamento do agente público. Conforme explicado por Alexandre Mazza (2023, p. 52): *“os atos administrativos só podem ser praticados mediante autorização legal (...). Não basta não contradizer a lei. O ato administrativo deve ser expedido secundum legem.”*

Isto é, a lei é a fonte máxima do direito para a Administração Pública, a qual só se permite agir quando expressamente autorizada. Não se admite ao gestor público o comportamento contrário à legislação, tampouco lhe é conferida a interpretação extensiva.

Hely Lopes Meirelles (2013, p. 89) escreve com precisão quando afirma que *“na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”*

Então, como poderia uma nova norma surgir na Lei Geral de Licitações sem seguir o devido processo através das instituições competentes? Essa questão preliminar é crucial para compreender que a Lei age como um limitador do poder dos gestores públicos, restringindo-os a agir somente de acordo com o que a lei prescreve. Dentro desse contexto, é importante analisar minuciosamente o limite estabelecido pela legislação quando se trata da realização de diligências.

A realização de diligências nos processos licitatórios tem sido, por um longo período, um conceito nebuloso e mal compreendido, levando ao seu uso excessivo em certos casos e à sua escassez em outros.

O conceito de diligência, nesta matéria, não se resume à atenção prestada aos fatos, mas também busca **investigar** determinada questão para que sejam sanadas as eventuais dúvidas, evitando cometer irregularidades ou afastar licitante por falha irrelevante, ao mesmo tempo em que deve resguardar a isonomia entre os participantes, que é princípio fundamental.

Desta forma, pode-se dizer que nas licitações públicas a diligência surge como ato investigativo para **esclarecer** determinadas questões relativas ao conteúdo dos documentos apresentados, especialmente quando contiverem de maneira implícita o elemento faltante.

Evidente que no âmbito da contratação pública, a diligência está limitada – e vinculada, tão somente aos documentos que constam do processo, afinal, **não se pode suscitar dúvida sobre o que sequer compõe os autos.**

Assim estabelece o §3º, art. 43 da Lei nº 8.666/93:

§ 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.** (Destaquei)

Vejamos que a Lei nº 8.666/93 – a Lei Geral de Licitações, permite a realização da diligência entre os documentos que se encontram no processo, mas veda expressamente a inclusão posterior daqueles que foram inicialmente exigidos, os quais se não constarem na documentação entregue são causas para a desclassificação/inabilitação. Novamente o legislador busca garantir a isonomia, definindo que o prazo limite para apresentar os documentos é o da entrega dos envelopes, ou da entrega por meio eletrônico, quando for o caso.

No entanto, em análise a conduta de um pregoeiro, o Tribunal de Contas da União recentemente decidiu que a vedação à inclusão de documento novo não alcançaria aqueles documentos ausentes que teriam não teriam sido entregues no momento adequado por equívoco ou falha do licitante.

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. **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 e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que **a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha**, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (TCU. Acórdão 1211/2021 – Plenário. Relator Min. Walton Alencar Rodrigues) (Destaquei)

O relator vai além e defende que a vedação à inclusão de documento novo *“deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação”*.

Em suma, o teor do Acórdão nº 1211/2021, é contrário ao texto da Lei nº 8.666/93, demonstrando que, supostamente, haveria exceção à proibição de incluir documento novo após o prazo limite de entrega da proposta ou habilitação, mesmo que desconectado aos documentos apresentados.

De acordo com este entendimento, o licitante que deixou de apresentar a documentação exigida, como a ausência de comprovação de qualificação técnica, por exemplo, poderia, após o prazo limite, realizar a juntada de novos atestados para comprovar atender ao que o Edital

inicialmente exigiu, ainda que estes atestados tenham sido emitidos após a data de abertura da licitação, desde que se refiram à fato pré-existente.

Desde então o referido Acórdão vem sendo utilizado de maneira indiscriminada por licitantes e agentes públicos, como base para justificar qualquer falha nos documentos apresentados, como se houvesse sido descoberta alguma brecha na legislação que pudesse permitir a inclusão de documentos novos no processo.

No entanto, a jurisprudência majoritária do próprio Tribunal se encontra no sentido diametralmente oposto, sempre decidindo que o normativo legal não permite a inclusão posterior de documento que deveria ter constado da proposta/habilitação.

O que o TCU fez com este novo posicionamento foi afastar a jurisprudência até então pacificada, para alargar a interpretação da norma, criando uma enorme confusão e insegurança jurídica aos licitantes e à Administração Pública. Esta última que tem seus atos absolutamente vinculados apenas aos limites definidos na legislação. Contudo, é importante dizer que as decisões da entidade não têm o condão de modificar as leis e, embora desempenhe função relevante, seu entendimento está restrito a análise de irregularidade e ilegalidades praticadas, cuja decisão é de âmbito administrativo e se aplica unicamente para as partes do processo.

Devido à incerteza que recai sobre o tema, especialmente após o posicionamento do TCU, este artigo surge com o objetivo de fornecer informações essenciais para que o leitor possa fazer seu próprio julgamento do que, de fato, a lei estabelece como limite para a diligência.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um órgão responsável pelo controle externo da Administração Pública Federal. Suas competências são definidas pela Constituição Federal (Art. 71, VI e VIII), pela Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92) e pelo Regimento Interno da entidade.

Entre as principais competências do TCU estão:

- Fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos utilizados pela União, ou por esta repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios;
- Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade ou irregularidade, as sanções previstas em lei;
- Receber e examinar denúncias de irregularidades ou ilegalidades no trato dos recursos da União.

Ressalta-se que as atribuições do TCU recaem sobre os recursos da União, por ela aplicados ou repassados, portanto, não se aplica aos demais órgãos da Administração Pública direta ou indireta, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Ademais, a fiscalização que exerce o órgão de controle está indissociada da estrita observância ao princípio da legalidade, qual

rege os atos da Administração Pública, senão como realizar o controle da legalidade sem seguir a Lei?

Portanto, o julgamento do TCU acerca de ilegalidades cometidas deve se embasar nas normas de licitação estabelecidas pela legislação federal, não cabendo a este a atividade de criar novas regras, ou de estender a aplicação das regras propostas. É a União que detém a atribuição exclusiva para legislar sobre as normas gerais de licitação, inclusive que se aplicam aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, consoante o inciso XXVII, Art. 22 da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII - 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

O TCU, ao analisar o caso da inabilitação de licitante sem que fosse oportunizada a juntada de novos documentos que pudessem atestar a condição pretendida, requereu à Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério da Economia manifestação acerca da conveniência na alteração do sistema operacional para melhor atender a inclusão de documentos que trata o Decreto nº 10.024/19, que regulamenta o Pregão Eletrônico.

A SEGES, no entanto, divergiu do entendimento ventilado pelo TCU, afirmando que está não é a redação do Decreto nº 10.024/19 e que *"não se pode forçosamente elastecer a regra para alcançar documentos que não constam do processo."*² A Secretaria ainda argumenta que:

em caso da adoção da interpretação sugerida, o fornecedor não teria incentivo algum para avaliar os requisitos do edital e realizar cautelosamente a inserção dos documentos necessários à sua participação, tendo em vista que poderia incluir tais documentos faltantes posteriormente, tornando a regra posta absolutamente ineficaz

Apesar disso, a SEGES, como divisão responsável pela organização da central de compras e seus procedimentos, não detém a competência necessária para firmar entendimento sobre a disposição legal, ainda que tenha negado alterar a operacionalização do sistema para permitir uma fase de entrega posterior de documentos faltantes. Esta atribuição recai sobre a Advocacia-Geral da União.

² Manifestação da Seges: "Com a máxima vênia, esta unidade técnica não abriga a posição da subunidade do TCU. Isso porque o Decreto 10.024, de 2019, traz expressamente que o saneamento dos erros ou falhas recaem sobre o documento posto ou na proposta apresentada. Não se pode forçosamente elastecer a regra para alcançar documentos que não constam do processo"

2.2. A POSIÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Como citado anteriormente, cabe à União definir as regras gerais da licitação, ao passo que cabe à Advocacia-Geral da União fixar e unificar a interpretação das leis a serem seguidas pela Administração Pública Federal.³

Ao tomar conhecimento do Acórdão preferido pelo TCU, a AGU foi indagada sobre o tema, até que se pronunciou através do Parecer nº 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU⁴, no qual constam os seguintes trechos:

EMENTA:

I - **Resposta a questionamentos em razão do advento do Acórdão TCU no 1211/2021-Plenário**, o qual admite a inclusão, como documentos complementares, de documentação de habilitação que deveria ser encaminhada junto com a proposta, mas não o foi por erro do licitante.

II - **Manifestação concluindo pela aplicação do teor do Decreto no 10.024/19, admitindo-se a apresentação posterior de documentos apenas para complementar os exigidos e já apresentados**. Ausência de modificação a ser feita nos modelos. (...)

Para que os órgãos da Administração Pública tenham segurança no exercício de suas atribuições e notadamente na aplicação desse Decreto, ainda que de forma distinta da posição do TCU no Acórdão 1211/2021, é importante registrar que, além da ausência de efeito vinculante desse Acórdão, como dito acima, não se pode olvidar que a Advocacia-Geral da União também possui competência constitucional para orientar a aplicação das normas. 62. Nos termos do art. 131 da Constituição, a assessoria jurídica do Poder Executivo incumbe à Advocacia-Geral da União[17]. Cabe ainda à Advocacia-Geral da União, no exercício de seu mister, unificar a interpretação da legislação federal a ser seguida pela Administração federal, conforme art. 4º, X, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993[18]. 63. **Assim, com o devido respeito à posição distinta da Corte de Contas, recomenda-se que o Decreto seja respeitado na forma sugerida na presente manifestação.**

4. **CONCLUSÃO 64. Ante o exposto, opina-se para que se mantenha a observância das normas do Decreto nº 10.024, de 2019, que estabelecem a necessidade de apresentação de documentação de habilitação juntamente com a proposta e que não permitem apresentação posterior de documento** não apresentado, razão pela qual não se vê necessidade de alterar os modelos de instrumentos convocatórios, ressalvada ulterior alteração do Decreto. (Destaquei)

Diante da pretensa modificação legal aventada pelo TCU, a AGU avaliou a necessidade de se alterar a redação do Decreto nº 10.024/19, oportunidade em que decidiu pela manutenção

³ Lei Complementar nº 73/93: Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal

⁴ Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1RqTXN2TcqXi0jhxzfzLOGPvuzFafn8bzG/view>. Acesso em 13 de set. 2023.

integral do normativo, sustentando a impossibilidade da juntada posterior de documentos que deveriam compor a proposta ou a habilitação.

A questão, contudo, não se restringe ao referido Decreto, mas aplica-se às demais normas que regem os processos licitatórios e que versam sobre a possibilidade de se realizar diligência, com vedação a inclusão de documento novo, a exemplo da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.133/21, também mencionadas pelo TCU.

2.3. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Em 1º de abril de 2021 foi publicado o novo normativo geral que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos, a Lei nº 14.133/21.

Esta legislação substitui, a partir de 31 de dezembro de 2023⁵, as Leis nº 8.666/93 (lei geral), 10.520/02 (pregão) e quase a totalidade da Lei nº 12.462/11 (RDC), de certa forma as unificando, mantendo algumas medidas e criando outras, sem grandes inovações.

Além de incorporar regras das leis do pregão e do RDC, a Lei nº 14.133/21 positiva entendimentos firmados pela jurisprudência, como faz por exemplo na inclusão da regra no §2º do Art. 67 que limita os quantitativos para comprovação de aptidão técnica em 50% das parcelas de maior relevância a serem executadas, seguindo as orientações do TCU nos Acórdãos do plenário nº 1052/12, 827/14, 244/15.

Da mesma forma que a Lei consolida o entendimento já pacificado na jurisprudência do TCU, incluindo no Art. 67, §10, que os atestados que referenciem obras executadas em regime de consórcio devem ser considerados para o licitante na proporção de sua participação, a exemplo do que já recomendavam os Acórdãos do plenário nº 229/07, 2036/08, 2255/08, 2993/09, 2572/10, 3131/11, 2898/12 e 867/15.

No entanto, a Lei não inova no que se refere ao alcance da diligência, mantendo a vedação para a substituição ou a apresentação de novos documentos após a entrega, consoante a jurisprudência vista nos Acórdãos nº 2652/07, 440/08, 1612/10, 2630/11, 918/14, 1783/17 e 3141/19 (TCU – Plenário).

2.4. A DILIGÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

O art. 64 da nova Lei de licitações, assim como o art. 43 da Lei nº 8.666/93, trouxe a possibilidade de se realizar diligência para complementação de informações, permitindo a apresentação de novos documentos em **apenas duas situações**:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

⁵ O art. 193 da Lei nº 14.133/21 inicialmente previa a revogação das demais legislações no interregno de 2 (dois) anos de sua publicação, isto é, em 1º de abril de 2023. Este prazo foi alterado para 30 de dezembro de 2023 pela Lei Complementar nº 198/2023.

I - complementação de informações **acerca dos documentos já apresentados** pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos **cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.**

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas **que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica**, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação. (Destaquei)

O que a Lei nº 14.133/21 permite então, é a apresentação de novos documentos, em sede de diligência, para **complementar alguma informação que se refira exclusivamente aos documentos já apresentados**, ou para atualizar a validade de documento que tenha expirado.

Este destaque é muito importante. O legislador teve o cuidado de acrescentar que os novos documentos devem, obrigatoriamente, guardar relação com aqueles já apresentados. Portanto, segundo a norma legal, **“não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos”** que não sirvam como complemento de algum documento que já conste do processo.

Ainda no mesmo dispositivo legal é relevante fazer uma distinção entre o texto normativo e a interpretação conferida pelo TCU no que se refere a prévia existência dos fatos. Em análise ao que dispõe o inciso I, Art. 64 da Lei nº 14.133/21, o Tribunal entendeu que não haveria vedação para juntar novos documentos, esquecidos no momento adequado, desde que representem fatos existentes à época da entrega dos documentos de habilitação, como demonstra trecho do voto do Min. Relator Walton Alencar Rodrigues no Acórdão nº 1211/21:

Cito ainda o disposto no art. 64 da nova Lei de Licitações (Lei 14.133 de 1º de abril de 2021) , que revogará a Lei 8.666/1993 após decorridos 2 anos da sua publicação oficial: (...)

O dispositivo reproduz a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993; porém, **deixa salvaguarda 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. (...)

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.** (Destaquei)

A interpretação, no entanto, falha ao não observar que as condições estabelecidas no texto do Art. 64, I, não são independentes, mas conectadas pelo vocábulo “e”, que indica a união das ideias. Isto é, admite-se a complementação de informações sobre os documentos já apresentados e desde que necessária para apurar fatos existências à época da abertura da licitação, como se vê na redação da lei:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

Em um exemplo bastante simples, vejamos que se eu defino que para fazer uma torta é necessário ter farinha e ovos, não estou dando a possibilidade de optar por farinha ou ovos. Ambos estão conectados na oração, portanto, só se atinge a finalidade (fazer a torta) com os dois ingredientes. Por outro lado, se eu defino que para fazer a torta preciso de maçãs ou bananas, é possível optar por um dos itens para atingir a finalidade.

Com base neste exemplo pode-se afirmar que, com exceção da atualização da validade de certidões, a inclusão de novos documentos em diligência é permitida apenas quando presentes os dois pressupostos: a) complementação dos documentos já apresentados; b) desde que necessária para apurar fato pré-existente.

Passando a um exemplo prático:

Determinado licitante apresenta atestado de capacidade técnica que demonstra o serviço exigido, mas ligeiramente diferente do solicitado. Suponhamos que o Edital tenha solicitado a prova de qualificação técnica em determinado serviço com quantitativo de “x” metros quadrados, mas o quantitativo do atestado está descrito em metros cúbicos. Portanto, antes de proferir o julgamento, o agente público deve proceder à diligência para esclarecer qual é o quantitativo em metros quadrados efetivamente executado. Ou ainda com ausência de informações, mas que presentes de maneira implícita: O edital exigiu a comprovação do número de pontos de internet instalados, mas o atestado apresentado apenas informa a instalação da rede como um todo, sem detalhar o número de pontos.

Nestes casos a diligência não é somente perfeitamente possível, como absolutamente necessária. Afinal, como abordado anteriormente, a diligência nada mais é do que uma espécie de investigação dos fatos para cercar-se da segurança necessária de que o atestado apresentado comprova a experiência anterior em serviço compatível com o que se pretende contratar.

Em linha com o que dispõe o inciso I do art. 64, onde serão aceitos documentos novos para **complementar informações acerca daqueles já apresentados**.

É evidente que é responsabilidade do licitante assegurar que os documentos fornecidos estejam em conformidade com as diretrizes estabelecidas. A oportunidade de conduzir diligências não autoriza de forma alguma a apresentação indiscriminada de documentação incompleta. Mesmo que seja viável efetuar adendos à documentação, é crucial reconhecer que o processo licitatório mantém sua natureza formal, repleto de regulamentos precisos que devem ser observados por todos os envolvidos.

Ao definir o que é licitação, o Tribunal de Contas da União (2010, p. 32) reforça a característica de um procedimento formal:

Licitação é procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

A incumbência de solicitar os documentos que não foram submetidos não recai sobre o agente público, nem deveria. Em vez disso, a responsabilidade reside na garantia da execução das normas preestabelecidas em conformidade com a legislação. O compromisso de atender aos requisitos é exclusivamente do interessado.

Outro ponto, muito menos complexo é o que estabelece o inciso II do mesmo artigo. Permitindo a substituição de documentos **“cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas”**, o que na maioria dos casos pode ser feito pelo próprio agente público. Este trecho deixa assente que os documentos devem estar válidos na data de recebimento das propostas, fixada como o limite temporal de entrega da documentação, permitindo apenas a atualização das certidões cuja validade tenha expirado após esta data.

Ainda no art. 64, o disposto no parágrafo primeiro concede à comissão de licitação a permissão para **“sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica”**.

Mas o que isso significa? O que seria alterar a substância dos documentos?

Conforme a definição do termo, substância pode ser compreendida como aquilo que é fundamental. Se considerarmos substância como algo fundamental, então é possível perceber que ao se referir a documentos, o termo "substância" engloba tanto a sua existência quanto o seu conteúdo. Além disso, a utilidade do documento é o que confere a ele validade jurídica.

Assim, quando ocorre uma deficiência na substância de um documento, podemos afirmar que houve um erro substancial. Segundo o Código Civil, os contratos jurídicos são passíveis de anulação quando decorrem de um erro substancial⁶. Esse erro é definido como aquele que afeta a natureza do contrato, o objetivo principal da declaração ou alguma das características essenciais a ele relacionadas

No âmbito jurídico, em especial das contratações públicas, é possível elencar três tipos de erros: a) formal; b) material; c) substancial.

O primeiro se refere às falhas que não comprometem a aferição da qualificação do licitante, ou da compreensão do conteúdo de sua proposta, podendo ser sanado. O segundo, é uma falha de fácil constatação e que sua correção não altera o conteúdo do documento, como a falta de uma assinatura, ou erro de multiplicação na proposta.

Já o terceiro, é um erro que não permite a completa análise e compreensão da proposta ou documentação, como é o caso da ausência de determinado documento essencial. Esta falha, de acordo com o §1º, art.64 da Lei nº 14.133/21, **não permite correção**.

⁶ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139, I: Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

A tabela a seguir, produzida pelo professor Victor Aguiar Jardim de Amorim (2022), exemplifica melhor este entendimento.

TIPO	ENQUADRAMENTO	É POSSÍVEL O SANEAMENTO?
Erro formal	Quando um documento é produzido de forma diversa da exigida. Ex.: proposta em padrão diverso do modelo exigido no edital, mas que apresenta todas as informações essenciais.	Sim. Por uma questão de instrumentalidade das formas, o documento poderá ser considerado válido quando, embora produzido de forma diferente da exigida, atingir a finalidade pretendida.
Erro material	Quando há falha de conteúdo na informação, havendo evidente desacordo entre a vontade e o que de fato foi expressado no documento. Ex.: Erro de cálculo na totalização do valor da proposta; grafia incorreta; erro na sequência de numeração das páginas dos documentos.	Sim. Uma vez que retrata a inexatidão material, refletindo uma situação ou algo que obviamente não ocorreu, o erro material admite correção. Logo, o saneamento não acarretaria alteração quanto à substância do documento.
Erro substancial	Quando se refere à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139 do Código Civil). A omissão ou falha substancial prejudica o conteúdo essencial do documento, inviabilizando seu adequado entendimento. Ex.: Não apresentação de documentação de habilitação no prazo previsto no edital; indicação de produto com especificações incompatíveis com as exigidas.	Não, uma vez que se trata de vício insanável, posto que relacionado à substância do documento. A eventual correção acarretaria na substituição de informações essenciais ou, ainda, na inclusão posterior de documento que não se refira a mera complementação ou esclarecimento.

Fonte: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. A realização de diligências e a (im)possibilidade de juntada posterior de documento nas licitações públicas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6760, 4 jan. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72375>

Em linha com o que dispõe o parágrafo primeiro, art. 64 da Lei nº 14.133/21, erros substanciais não estão passíveis de correção, ensejando na inabilitação do licitante que o cometeu.

Acompanha este entendimento o professor e advogado da União, Ronny Charles Lopes de Torres (2021):

Nessa feita, por exemplo, se os documentos de habilitação técnica foram juntados, mas há dúvida sobre o seu conteúdo, a diligência pode admitir a juntada de novo documento. **Contudo, caso a empresa não tenha juntado os respectivos documentos, não cabe diligência para tal finalidade. Ao menos, foi essa a regra estabelecida pelo legislador.** Por outro lado, falhas formais ou materiais nos documentos (erro de digitação, no cnpj, ou no nome da empresa, por exemplo) podem ser saneados pelo agente de contratação, pregoeiro ou comissão de contratação. (Destaquei)

O próprio Tribunal de Contas da União possui vasta jurisprudência no sentido de que, mesmo em diligência, não se permite incluir documentos que deveriam constar da proposta/habilitação e não foram apresentados no momento adequado.

É irregular a habilitação de licitante com base em documentos enviados após o início da sessão. (Acórdão de Relação nº 1628/2021 – 2ª Câmara)

a inclusão pela empresa Fox Produções Ltda., em momento posterior ao do envio da proposta e da documentação de habilitação, do atestado de capacidade técnica emitido pela empresa Mais Soluções Gráficas **contrariou os artigos 43, §3º, da Lei 8.666/1993, e 4º, inciso XVI, da Lei 10.520/2002**, bem como o item 8.22, do edital do pregão 47/2018;" (Acórdão 3141/2019 – Plenário)

a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por diligência, **sem que essa pesquisa se constitua inserção de documento novo ou afronta à isonomia**. (Acórdão 918/2014) (Destaquei)

Inobstante, à primeira vista pode parecer que a recusa em permitir a inclusão de documento novo afrontaria os princípios da razoabilidade e do interesse público.

Contudo, isso não se verifica quando o atendimento à estas premissas, significaria atropelar os demais princípios, como o da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia, do julgamento objetivo e da segurança jurídica. A observância aos princípios deve ser feita em conjunto, de modo que se complementam.

Até mesmo o princípio da supremacia do interesse público, tido como suposto supra princípio, não pode afastar os demais. Apenas se atende ao interesse público quando todo o processo segue as regras prescritas, sob a luz dos demais princípios. Assim leciona o professor Marçal Justen Filho (1998, p. 469):

A supremacia e a indisponibilidade do interesse público não afastam a prevalência superior dos princípios da legalidade, da moralidade, da isonomia etc. Portanto, não basta invocar o interesse público para fazer prevalecer a opinião dos agentes públicos.

Ainda na obra, Marçal Justen Filho expõe que, devido a fluidez conceitual do termo indeterminado de "*interesse público*", a sua utilização geralmente legítima "*arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais*" e ainda dificulta o controle jurisdicional dos atos praticados pelo poder público.

A interpretação conferida pelo TCU no recente Acórdão pretende conferir ao agente público discricionariedade que não o cabe.

2.5. O RISCO DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA

A) Violação do princípio da legalidade

O risco mais proeminente é a afronta ao princípio da legalidade, quando se afasta a norma expressa em detrimento de uma interpretação extensiva que não condiz com o texto proposto, aprovado e sancionado.

Nesse contexto, a legalidade atua como a fundação da interpretação jurídica. Isto é, não se pode desprezá-la ou todo o sistema colapsa.

Dentro do processo licitatório ainda há o princípio da vinculação ao edital, previsto pelo Art. 5º da Lei nº 14.133/21, que significa a rigorosa observância ao que dispõe o edital da licitação (que deve estar dentro da lei), tornando-se uma espécie de lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes.

O próprio Tribunal de Contas da União (2010, p. 28) define que o princípio da legalidade é a vinculação dos licitantes e da Administração as normas e princípios em vigor:

Princípio da legalidade: Nos procedimentos de licitacao, esse principio vincula os licitantes e a Administracao Publica as regras estabelecidas nas normas e principios em vigor.

Sob este prisma, a lei rege a matéria que dá origem ao edital, ao passo que este, escoimado de ilegalidades, é o regramento da licitação. Desta forma, não há como descumprir a regra imposta, como por exemplo deixar de apresentar a documentação exigida sem incorrer em ilegalidade.

Não bastasse, permitir a realização da diligência para inclusão posterior de novos documentos torna também letra morta o que dispõe o inciso IV, Art. 155 da Lei nº 14.133/21:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: (...)

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

Ora, se o licitante que deixa de entregar a documentação exigida é responsabilizado, inclusive com sanção de impedimento de licitar por até 3 (três) anos (Art. 156, §4º), não há como admitir exceção à regra.

Sabe-se que a documentação exigida não é desconhecida do licitante, pois firma o Art. 65 que "*As condições de habilitação serão definidas no edital*", assim como o inciso I do Art. 63 estabelece que a Administração pode exigir do licitante declaração de que atende aos requisitos de habilitação.

Portanto, a Lei não só limita o alcance da diligência para com os documentos que foram apresentados no processo, mas deixa assente que as condições de habilitação são previamente estabelecidas, de forma objetiva e conhecida, e penaliza o licitante que deixa de entregar documentação exigida.

Essa determinação visa coibir uma prática muito comum em licitações eletrônicas, que é a manipulação do resultado. Vejamos que nas licitações eletrônicas, via de regra, ocorre primeiro a etapa de lances para só então avaliar a documentação daquele licitante melhor classificado, quando se percebe que este não apresentou os documentos exigidos, hipótese em que é considerado inabilitado.

Desta forma, o licitante participou da disputa de preços e estimulou artificialmente a competitividade entre os participantes, que podem ter ofertado lances menores e inexequíveis na ânsia de vencer a disputa de um concorrente que sequer detinha as

qualificações mínimas necessárias para se habilitar. Desviando um pouco do assunto, essa é uma das razões que o modo de disputa aberto não se encaixa para licitações de obras e serviços de engenharia, sendo a oferta de preços inexequíveis dados no “calor do momento” a principal causa para obras inacabadas.

B) Critério subjetivo e quebra da isonomia

Verifica-se que a base para a juntada posterior de documento é a situação decorrente de equívoco ou falha do licitante, conforme o critério subjetivo estabelecido pelo TCU para sustentar seu entendimento. Contudo, não há como afirmar que o documento não foi juntado por falha, ou por motivo proposital. Explico.

É um conceito básico que ao participar da licitação, todos os licitantes devem reunir as condições necessárias para a habilitação. Não é por acaso que o inciso I do Art. 63 incluiu a declaração de que o licitante atende aos requisitos impostos.

No entanto, após a etapa de competição de preços (a menos que ocorra uma inversão de fases), o agente público passa a avaliar a documentação do licitante mais bem colocado. Neste momento, pode surgir a constatação de que algum documento necessário não foi apresentado, o que resulta em um pedido para que o licitante inclua esse documento em um prazo determinado. Denota-se que esse licitante poderia ter participado da disputa mesmo sem satisfazer os requisitos de habilitação, baseando-se na compreensão, conforme delineado pelo TCU, de que os documentos em falta poderiam ser providenciados posteriormente.

Nesse cenário, até o término da fase competitiva e o prazo estipulado para a submissão do documento ausente, esse licitante estaria concedido com um prazo adicional para providenciar tal documentação. Essa estratégia compromete a integridade competitiva da licitação e mina a igualdade de oportunidades entre os demais concorrentes, que devem aderir às exigências determinadas no momento de participar da disputa.

Em outras palavras, considerando um intervalo hipotético de sete dias entre a fase de competição e o prazo para apresentar o documento solicitado, o licitante que “esqueceu” de incluir a documentação está sendo favorecido com um período extra para se adequar aos requisitos estabelecidos anteriormente. Essa situação pode emergir, por exemplo, quando não é possível obter uma certidão negativa para participação no processo. Ao invés de entregar a documentação irregular, a empresa pode participar sem o documento, na confiança de que terá mais alguns dias para resolver as pendências, alegando que não o juntou por equívoco, o que na verdade foi proposital.

Entretanto, é importante esclarecer que tal extensão de prazo não tem fundamentação legal, a menos que a empresa esteja amparada pelo tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/06 para microempresas e empresas de pequeno porte. Se o tratamento especial destinado a microempresas e empresas de pequeno porte se torna aplicável a todos os participantes, a razão fundamental para a existência desse benefício deixa de ser válida.

C) Insegurança Jurídica

Face a interpretação para além da lei conferida pelo TCU no Acórdão 1211/21, recai sobre a Administração Pública Federal e, por consequência, aos interessados em contratar com a Administração, a insegurança de que as normas jurídicas que regem o processo podem ser desrespeitadas.

Além disso, através das modificações trazidas pela Lei nº 13.655/18, a LINDB prevê que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas”, consoante o que dispõe o Art. 30. Princípio que foi incluído na Lei nº 14.133/21 como norteador do processo licitatório.

Vale ressaltar que no que se refere à realização da diligência, a Lei nº 14.133/21 não admite a adoção do procedimento para inclusão de documentos que porventura tenham sido esquecidos pelo licitante. Por outro lado, o TCU ao interpretar o dispositivo compreendeu que esta prática não seria contrária a lei.

Vemos, então, que ao se analisar o caso concreto, o gestor público se depara com duas linhas de decisão. Uma que se apega na legalidade do ato, ao fazê-lo conforme a lei. Outra que tem base no órgão de controle dos atos da Administração Pública Federal, mas que faz interpretação equivocada do texto normativo.

Resta aferido que encontraria amparo o gestor público ao negar a inclusão de documentos novos após a data limite de entrega, de mesmo modo que estaria amparado quando permite. Incumbindo-o de discricionariedade que não o cabe, podendo manipular o processo quando assim bem entender. A situação muito se assemelha ao que Maquiavel (2019) já narrava ao se referir sobre a atuação dos governantes em que seriam concedidos aos amigos, os favores, aos inimigos, a lei.

D) Possibilidade de fraude

Como visto anteriormente, no entendimento do TCU, a insuficiência na documentação do licitante melhor classificado poderia ser suprida posteriormente, por meio de diligência. Neste caso, ao se deparar com a situação, o segundo colocado pode entrar em contato com a empresa melhor classificada e oferecer alguma vantagem indevida para que não entregue a documentação solicitada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, conclui-se que a Lei nº 14.133/21 não deixou margem para interpretação extensiva do Art. 64. Isso significa que só é permitida a inclusão de novos documentos durante o procedimento de diligência se eles servirem para complementar ou esclarecer os documentos já apresentados e se estiverem relacionados a fatos que ocorreram anteriormente ou, ainda, para atualizar certidões que expiraram depois do prazo limite de entrega.

Outrossim, a possibilidade de saneamento de falhas também não abrange documento novo, pois não pode alterar a substância ou a validade jurídica dos documentos, restringindo-se aos erros formais e materiais.

Essa distorção do texto normativo invade o princípio da legalidade, que baliza todos os atos do poder público, estando estritamente vinculados ao que a lei os permite fazer. Não obstante, ao estabelecer os critérios de habilitação, o edital torna-se a lei interna da licitação, que não pode ser descumprido por força do princípio da vinculação ao edital.

Por fim, resta assente que a interpretação conferida pelo TCU não se vincula à Lei nº 14.133/21 e sua aplicação, uma vez que não é de competência do Tribunal de Contas fixar a interpretação de Lei Federal, o que é atribuição da Advocacia-Geral da União.

Tampouco é razoável estabelecer critério subjetivo, como a ocorrência de “equivoco ou falha” (sinônimos) na ausência de documentação exigida. Não cabe ao agente público supor por quais motivos os documentos necessários não foram entregues ao passo que resta apenas o cumprimento da lei, sem a manifestação de opinião pessoal.

Ainda neste tema, segundo o jurista Lenio Streck (2008), cabe ao intérprete atribuir sentido ao texto, mas isso nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e o sentido do texto estivessem separados.

É inegável, portanto, que há casos em que o sentido do texto carece de interpretação mais acurada, com ação mais ativa do intérprete. Já outros casos, como este em discussão, têm o sentido bastante definido pelo legislador e não demandam maiores esforços do intérprete para compreender a lógica por trás do normativo. Hipótese esta última em que o intérprete só dispense empenho se a intenção é conferir sentido distinto do que o legislador definiu, pretendendo ultrapassar suas competências legais para criar alcance diverso do que a lei instituiu.

Resta concluir que há vedação expressa, prevista pelo Art. 64 da Nova Lei de Licitações, para inclusão de **novos documentos** em momento posterior a data limite marcada para apresentação da habilitação que não guardem relação direta com àqueles já apresentados, não havendo que se falar em flexibilização da norma, ainda que decorrente de interpretação criada pelo Tribunal de Contas da União.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. A realização de diligências e a (im)possibilidade de juntada posterior de documento nas licitações públicas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6760, 4 jan. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72375>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4ª edição. DF. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 5ª ed. – São Paulo; Dialética, 1998.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 13ª edição. Editora Saraiva, 2023.

MACCHIAVELLI, Niccolò, 1496-1527. **O Príncipe**: Com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia; tradução de Mário e Celestino da Silva – 1. Reimpr. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30a ed., SP: Malheiros. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 52, jan-jun/2008, p 127-162.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações públicas comentadas**. 12ª ed. São Paulo: Ius Podivum, 2021.