

Lacerda e Andrade: TCU e documentação complementar nas licitações

20/07/2022

As questões relacionadas à documentação de habilitação do licitante possuem grande relevo no debate público. Em particular, maior controvérsia cinge-se na identificação da abrangência dos documentos complementares à proposta e à habilitação, que podem ser apresentados quando necessários para confirmar aqueles já apresentados, nos termos previstos no artigo 43, §3º da Lei 8666/93 e do artigo 26, §9º do Decreto 10.024/2019.



Nesse contexto, a Lei Geral de Licitações, artigo 43, §3º

da Lei 8.666/93, dispõe expressamente que *"é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta"*.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 26, §9º do Decreto 10.024/2019, que regula o pregão eletrônico, que os *"documentos à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances"*.

Há, portanto, possibilidade de inclusão de documentos que sirvam para esclarecer ou complementar informações de um documento já apresentado tempestivamente pelo licitante, quando este não for suficiente para comprovar o atendimento das condições fixadas no edital. Isso porque dentre as finalidades do certame licitatório encontram-se a contratação da proposta mais vantajosa para a administração e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/93.

Com estas premissas apontadas, analisamos o Acórdão 1211/2021, proferido pelo TCU, em sede de Representação (TC 018.651/2020-8). Na ocasião, verificou-se que a licitante vencedora não havia encaminhado momento prévio à abertura da sessão, o (1) balanço patrimonial e (2) a declaração de contratos firmados. No decorrer do certame, o procedimento adotado pelo

pregoeiro foi de abrir nova oportunidade para encaminhamento da documentação, após iniciada a fase de julgamento de propostas, razão pela qual houve a supramencionada representação.

É dizer, a celeuma no presente caso cinge-se no seguinte questionamento: Estaria o pregoeiro violando o artigo 42, §3º da Lei 8.666/93 e o artigo 26, §9º do Decreto 10.024/2019 ao abrir prazo para inserção de documento novo?

Ao analisar o caso, o ministro relator Walton Alencar Rodrigues, concluiu que a interpretação literal "*documentos já apresentados*" poderia levar à prática de atos dissociados do interesse público:

"Como visto, a interpretação do temo "[documentos] já apresentados" do artigo 26, §9º, do Decreto 10.024/2019 e da vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no artigo 43, parágrafo 3º, da Lei 8.666/1993 pode levar à prática de atos dissociados do interesse público, em que o procedimento licitatório (meio) prevalece e ganha maior importância que o resultado almejado, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (fim)."

Desse modo, foi fixado entendimento no Acórdão 1.211/2021 do TCU de que "*admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condições pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre os licitantes*" (Acórdão 1.211/2021 do TCU).

Na prática, observa-se que o ministro relator extrapolou o limite semântico da expressão "*[documentos] já apresentados*" por entender que para atingir o interesse público, a Lei não deveria ser interpretada de forma literal, sob pena de constituir um fim em si mesmo.

Interessante notar que tal entendimento não foi unânime, tendo a própria unidade técnica do TCU discordado amplamente da posição adotada:

"Com a máxima vênia, esta unidade técnica não abriga a posição da subunidade 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.

13. Chama-se atenção que a expressão no texto "sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica", não tem o condão, s.m.j., de extrapassar para os casos de ausência de documentos. Oras, como sanear erro ou falha em documento inexistente/ausente? Assim, não se pode franquear o pronunciamento da Subunidade neste item, salvo em caso de alteração semântica do art. 47 do Decreto 10.024, de 2019".

Com esses vetores em mente, evidente que se corre o risco de recair no que Lenio Streck leciona, em "Hermenêutica Jurídica e(m) crise", ao dispor que "*o intérprete sempre atribui sentido (sinngbung) ao texto*", nem de longe pode significar a possibilidade deste — o intérprete — poder "*dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*", atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência autônoma").



Assim, embora revestido de boas intenções, esse posicionamento, que transpassa a hermenêutica normativa, pode ocasionar temerárias consequências jurídicas à administração pública, inclusive, propiciar a insegurança jurídica.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jul-20/lacerdae-andrade-tcu-documentacao-complementar-licitacoes/>