



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

THALES RENAN PEREIRA SOARES

**A ADMISSÃO DE DOCUMENTOS NOVOS APÓS O INÍCIO DE PREGÕES
ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS
DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO FORMALISMO MODERADO**

FORTALEZA

2023

THALES RENAN PEREIRA SOARES

A ADMISSÃO DE DOCUMENTOS NOVOS APÓS O INÍCIO DE PREGÕES
ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS
DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO FORMALISMO MODERADO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S657a Soares, Thales Renan Pereira.
A ADMISSÃO DE DOCUMENTOS NOVOS APÓS O INÍCIO DE PREGÕES ELETRÔNICOS : UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO FORMALISMO MODERADO / Thales Renan Pereira Soares. – 2023.
62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Direito Administrativo. 2. Pregão Eletrônico. 3. Admissão de documentos novos. 4. Princípio da Vinculação ao Edital. 5. Princípio do Formalismo Moderado. I. Título.

CDD 340

THALES RENAN PEREIRA SOARES

A ADMISSÃO DE NOVOS DOCUMENTOS APÓS O INÍCIO DE PREGÕES
ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS
DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO FORMALISMO MODERADO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Administrativo.

APROVADA EM __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof.^a Dra. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Helaine Cristina Pinheiro Fernandes
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus pais, sem os quais nada disso teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus, à Nossa Senhora e aos meus Anjos da Guardas, que ao longo de toda a minha vida sempre estiveram ao meu lado, me protegendo de todos os males e me dando forças para superar todos os desafios que a vida me trouxe até o momento.

À minha mãe, Maria Glaucylene, uma mulher de notável força e bondade, expresso minha profunda gratidão por todo o amor, compreensão e incentivo que sempre me foram dedicados, seja nos momentos de celebração ou nos desafios cotidianos. Suas lições, cuidados, carinhos e preocupações moldaram quem sou, e esta vitória também é sua.

Ao meu pai, Tércio, por todo o apoio inestimável que me proporcionou ao longo da minha jornada. Obrigado por me ensinar não só que o conhecimento e a educação formam o patrimônio mais precioso de qualquer pessoa, mas também por obrigar-me a estudar nos finais de semana e durante as férias escolares. Hoje, colho os frutos desse zelo, e esta vitória também é sua.

Ao meu irmão, João Guilherme, por ser meu parceiro, meu verdadeiro amigo, minha vida não seriam tão felizes sem você.

À minha namorada, Livia Larissa, melhor amiga e companheira, que durante toda a produção deste trabalho, esteve ao meu lado, lidando com minhas reclamações diárias e orientando-me em direção aos meus sonhos. Obrigado meu amor, pois sem você, certamente, esta conquista não teria sido possível. Seu apoio diário é essencial para que eu alcance meus objetivos.

À minha tia Luciana, por sempre cuidar de mim e me tratar como se eu fosse seu filho. Seu carinho, afeto e ensinamentos foram essenciais para eu me tornar a pessoa que sou hoje.

À minha família, nas pessoas de minha avó materna, Vó Terezinha (*in memoriam*), e de meus avôs paternos, Vô Zé e Vô Tânia, que são peças-chave na minha formação.

Agradeço aos meus amigos: Matheus Borges, Victor Paulo e Hugo Pessoa, os primeiros companheiros que fiz na Faculdade de Direito, que estiveram ao meu lado de maneira próxima ao longo dos últimos cinco anos, compartilhando grandes memórias. Sem a presença de vocês, esta jornada não teria sido a mesma. Agradeço exponencialmente por toda a amizade compartilhada, espero um dia corresponder à altura a essas amizades. Podem contar comigo sempre, tanto nos momentos felizes quanto nos desafiadores.

A todos os amigos que a vida me deu ao longo desta longa caminhada, em especial Gabriel Amaral e Arthur Noronha. Obrigado por todos os vários bons momentos.

Vocês são pessoas extraordinárias e suas amizades são dádivas dentro da loucura que é o mundo.

Ao escritório Rocha, Araújo & Arrais Advogados Associados, do qual tenho orgulho de fazer parte há aproximadamente 3 (três) anos e no qual pude experimentar o Direito na prática, inclusive abrindo os olhos para esta apaixonante matéria que é o Direito Administrativo. Aqui, agradeço em especial seus sócios-diretores, Dr. Rocha Neto e Dr. Rodrigo Jereissati, por todas as oportunidades e a confiança em mim depositadas neste tempo.

Gostaria de estender meus agradecimentos aos brilhantes advogados e também sócios, Dr. Yuri Pamplona e Dr. Lei Negreiros, os quais tenho não apenas o prazer de agradecer pela companhia diária, mas também por uma vida inteira de ensinamentos e lições. Obrigado por todo o carinho e pelo conhecimento que generosamente compartilharam comigo, sendo ambos fundamentais para o êxito desta conquista.

Ao Professor William Marques, referência de profissional, por ter aceitado me orientar no presente trabalho. Antes de poder sequer ser seu aluno, já o admirava não só por todo o seu trabalho na seara acadêmica, mas também pela gentileza e educação que lhe são características. Obrigado Professor, pela paciência e auxílio na reta final desta jornada.

À Professora Fernanda Cláudia, por gentilmente ter aceitado o convite para compor a banca, e ser um exemplo de profissional e de admiração unânime na Faculdade de Direito.

À Mestranda Helaine Fernandes, que também aceitou, prontamente, participar desta banca. Agradeço não apenas pela sua atenção, mas também pela consideração demonstrada ao aceitar fazer parte da minha defesa, mesmo diante de compromissos profissionais no dia da apresentação. Sua disposição em contribuir para este momento é verdadeiramente apreciada.

Por fim, ciente de minhas limitações de memória, agradeço a todos que torceram e torcem por mim e pelo meu sucesso, bem como por terem contribuído para que eu chegasse até aqui onde estou, encerrando mais um ciclo tão importante em minha vida.

“A Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa de suas próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua razão de existir”.

(Celso Antônio Bandeira de Mello)

“Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras.”

(Clóvis Bevilacqua)

RESUMO

Em virtude da recorrente ocorrência de equívocos por parte dos licitantes ao reunir sua documentação até a data designada para a abertura da sessão pública dos Pregões Eletrônicos, o presente trabalho tem por objetivo analisar a viabilidade de apresentar documentos novos para sanear a documentação da licitante, com base nos Princípios da Vinculação ao Edital e do Formalismo Moderado. Para tanto, é necessário verificar os conceitos básicos aplicáveis a essa modalidade específica de licitação pública, investigar a evolução legislativa relativa à admissão de documentos após o início desses procedimentos, avaliar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema e averiguar se, à luz dos referidos Princípios, é possível a recepção de documentos novos no curso da licitação. Realiza-se, então, uma pesquisa embasada na metodologia qualitativa, exploratória e descritiva, fundamentada na análise de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários. Diante disso, identifica-se que a legislação evoluiu, permitindo maior flexibilidade na admissão de documentos novos depois de iniciado o certame, aplicando o Princípio do Formalismo Moderado, que reconhece a importância da vinculação ao edital, sem, contudo, submeter o processo a um excessivo rigor formal que possa comprometer a consecução dos objetivos públicos almejados. Ao final, impõe-se a constatação de que é aceitável juntar documento novo após o início de Pregões Eletrônicos, desde que a lisura do certame não seja comprometida.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Pregão Eletrônico. Admissão de documentos novos. Princípio da Vinculação ao Edital. Princípio do Formalismo Moderado.

ABSTRACT

Due to the recurrent occurrence of mistakes on the part of bidders when compiling their documentation until the scheduled date for the opening of Electronic Auctions public sessions, this paper aims to analyze the feasibility of submitting new documents to rectify the bidder's documentation, based on the Principles of Adherence to the Edict and Moderate Formalism. To do so, it is necessary to examine the basic concepts applicable to this specific modality of public procurement, investigate the legislative evolution regarding the admission of documents after the commencement of these procedures, assess the jurisprudence of the Federal Court of Accounts on the subject, and ascertain whether, in light of these principles, the reception of new documents during the procurement process is possible. Thus, a research is conducted based on a qualitative, exploratory, and descriptive methodology, grounded in the analysis of legislative, jurisprudential, and doctrinal texts. In light of this, it is identified that legislation has evolved, allowing greater flexibility in admitting new documents after the commencement of the bidding process, applying the Principle of Moderate Formalism, which recognizes the importance of adherence to the edict without subjecting the process to excessive formal rigor that could compromise the achievement of the desired public objectives. In conclusion, it is evident that submitting new documents after the start of Electronic Auctions is acceptable, provided that the integrity of the bidding process is not compromised.

Keywords: Administrative Law. Electronic Auction. Admission of new documents. Principle of Adherence to the Edict. Principle of Moderate Formalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. CONCEITOS BÁSICOS DO PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA.....	15
2.1. Contexto Histórico do Pregão.....	15
2.2. Conceito da modalidade Pregão.....	16
2.3. Definição do Pregão na forma Eletrônica	19
2.4. Etapas de um Pregão Eletrônico	20
2.5. Disciplina legal dos Pregões Eletrônicos.....	23
2.6. Princípios Administrativos Aplicáveis aos Pregões Eletrônicos	24
2.6.1. Princípio da Vinculação ao Edital	25
2.6.2. Princípio do Formalismo moderado	27
2.6.3. Princípio da Legalidade.....	29
3. DA POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE DOCUMENTOS APÓS O INÍCIO DE LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	32
3.1. Antes da edição da Lei nº. 14.133/21.....	32
3.2. Mudanças introduzidas pela Lei nº. 14.133/2021.....	37
3.3. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União	39
4. DA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO FORMALISMO MODERADO	46
4.1. Recepção de documentos novos à luz do Princípio da Vinculação ao Edital.....	46
4.2. Admissão de documentos novos conforme o Princípio do Formalismo Moderado... 	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
6. REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

É cediço que o Pregão Eletrônico, no Brasil, ocupa uma posição proeminente no cenário das contratações públicas. Esta modalidade de licitação, ancorada na tecnologia, destaca-se em relação às demais, na medida que ao mesmo tempo que reduz o tempo gasto nos processos de contratação, incita a competição entre fornecedores de todo o país, desburocratiza o procedimento aquisitivo, e permite um maior controle gerencial dos recursos públicos¹. Não é por acaso que é atualmente a mais utilizada².

Ocorre que embora a introdução da tecnologia nesta modalidade fomente a eficiência, a competitividade e a transparência dos procedimentos licitatórios, a participação humana ainda desempenha um papel significativo, o que abre espaço para possíveis equívocos.

Nesse contexto, é comum observar casos nos quais um licitante, por motivos diversos, deixa de incluir no sistema, até a abertura da sessão pública, algum documento essencial, previamente requerido pelo edital.

Diante desse cenário, surge uma questão crucial: como proceder ao se deparar com um licitante que não apresentou os seus documentos de acordo com as diretrizes do edital até a data de abertura do certame? Deve o Agente de Contratação conceder ao participante a oportunidade de sanar tal erro, mesmo que implique na juntada de documento novo, ou é mais apropriado inabilitá-lo/desclassificá-lo?

Historicamente, os Pregoeiros eram incumbidos a proibir a inclusão posterior de documentos ou informações que deveriam constar originariamente da proposta, sendo autorizados a realizar diligências apenas para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme estabelece o § 3º do art. 43 da Lei nº. 8.666/93³.

Em 2019, foi consagrada no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de relevar o descumprimento de exigências previstas no edital tidas como meramente formais, por meio da promulgação do Decreto Federal nº. 10.024/19⁴, artigo 27, ratificando o que a doutrina e a jurisprudência da época já reconheciam como legítimo.⁵

¹ OLIVEIRA, Priscila E. F. de. **Pregão Eletrônico: Inovações e Tendências nas Licitações Públicas**. Maceió: Edufal. 2007. p. 28.

² BRASIL. **Portal da Transparência, 2023**. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

³ BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

⁴ BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de

A partir 2021, as hipóteses em que se admite o saneamento de falhas na documentação de habilitação e nas propostas foram ampliadas. Inicialmente, esse alargamento ocorreu com a publicação da Nova Lei de Licitações Públicas, a Lei nº. 14.133/21⁶. Isso porque o referido dispositivo legal, que futuramente irá revogar a Lei nº. 8.666/1993, fixa, em seu Art. 64, que a apresentação de “documento novo” é legal, desde que as condições estabelecidas nos incisos I e II do referido artigo sejam atendidas.

Posteriormente, com base nos vereditos do Tribunal de Contas da União. Como é o caso, por exemplo, do Acórdão nº. 1.211/2021-Plenário, que aprovou a admissão de “documento novo” que venha a atestar uma condição pré-existente à abertura da sessão pública, uma vez que tal prática não violaria os princípios da isonomia e igualdade.

Na atualidade, entretanto, não há um consenso entre os Pregoeiros de todo o Brasil acerca desse tema. Apesar do estabelecido no artigo 64 da Lei nº 14.133/2021 e na jurisprudência uníssona do Tribunal de Contas, ainda é comum deparar-se com Agentes de Contratação rigorosos que, com fulcro na Lei nº. 8.666/93, não aceitam, em sede de diligências, a juntada de documento novo, independentemente de sua finalidade.

Frente a esse impasse, é indiscutível que persiste a incerteza quanto à conduta que deve, efetivamente, prevalecer na esfera administrativa dos Pregões Eletrônicos.

Nessa perspectiva, com o propósito de elucidar a problemática em análise, torna-se imprescindível a investigação desta questão sob a ótica dos princípios basilares que norteiam essa modalidade específica de licitação pública, destacando-se, sobretudo, o Princípio da Vinculação ao Edital e o Princípio do Formalismo Moderado.

Ressalte-se que o Princípio da Vinculação ao Edital, baluarte do processo licitatório, determina que os Pregoeiros devem aderir estritamente às normas dos editais, rechaçando os participantes que transgridam as cláusulas deste instrumento. Por outro lado, o Princípio do Formalismo Moderado reconhece a importância da observância das normas estabelecidas, sem, contudo, submeter o processo a um excessivo rigor formal que possa comprometer a consecução dos objetivos públicos almejados.

engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10024.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 389.

⁶ BRASIL. **Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm?msckid=a2affafbc311ecb43ce3ea64118184>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

Até que ponto, então, a apresentação de documentos novos após o início de Pregões Eletrônicos é admissível à luz dos Princípios da Vinculação ao Edital e do Formalismo Moderado? Pode-se conciliar essa prática com os ditames de um edital, mesmo na ausência de previsão expressa?

Assim, o presente trabalho tem como escopo analisar, sob a ótica dos Princípios da Vinculação ao Edital e do Formalismo Moderado, a pertinência da admissão de novos documentos após a abertura da sessão pública de Pregões Eletrônicos. Isto é, partindo de um estudo jurisprudencial e doutrinário, sem olvidar ainda as buscas na legislação vigente, o que se propõe é compreender os limites éticos e legais dessa prática, considerando seu impacto direto na observância rigorosa ao edital e na vedação aos excessos de formalismo.

No azo, será avaliada não só a vontade do legislador no momento da edição da legislação pertinente ao assunto, como também decisões judiciais relacionadas a essa matéria. Afora isso, será utilizada a pesquisa documental, de forma a analisar os documentos existentes que tratem sobre a viabilidade de tal prática.

Importante destacar que as conclusões a serem obtidas no presente trabalho podem vir a gerar, para além do desenvolvimento dos conhecimentos acadêmicos acerca do saneamento de documentos após o início de Pregões Eletrônicos, resultados práticos. É que, a depender do desfecho verificado, pode-se dar ensejo a questionamentos, pela via judicial, acerca do tema em discussão, bem como oferecer subsídios para a implementação de práticas mais justas e conformes com a legalidade no âmbito administrativo destes procedimentos licitatórios.

Para tanto, a fim de tornar a leitura compreensível, o desenvolvimento é dividido em 4 (quatro) capítulos, a serem apresentados a seguir.

No primeiro capítulo, são estudados os conceitos básicos pertinentes à modalidade de licitação conhecida como pregão, na forma eletrônica, abrangendo também as etapas que constituem este procedimento licitatório. Ao mesmo tempo, far-se-á um apanhado geral dos Princípios que regem a Administração Pública, com enfoque particular nos princípios da Vinculação ao Edital e do Formalismo Moderado.

Posteriormente, no segundo capítulo, a pesquisa se concentra na análise da viabilidade legal da admissão de documentos novos após a abertura da sessão pública, considerando as disposições contidas na Lei nº. 8.666/93 e no Decreto Federal nº. 10.024/19, bem como as mudanças introduzidas pela Lei nº. 14.133/21.

No mesmo capítulo, é feito um cotejo jurisprudencial, examinando a maneira como o Poder Judiciário, notadamente o Tribunal de Contas da União, tem abordado, ao

longo dos anos, as questões relacionadas à aceitação de documentos novos e ao rigor formal, levando em consideração principalmente os julgados mais recentes.

Por fim, no terceiro capítulo, em consonância com os conhecimentos obtidos nas seções precedentes, procede-se à análise da viabilidade da admissão de novos documentos após a abertura da sessão pública, à luz dos princípios da Vinculação ao Edital e do Formalismo Moderado.

No presente trabalho, é empregado o método de pesquisa descritivo com o propósito de examinar a viabilidade de se admitir documentos novos após o início de Pregões Eletrônicos, utilizando a Lei e a Jurisprudência pátria como fonte primária de pesquisa e doutrinas elaboradas pelos principais especialistas da área como fontes secundárias. Adota-se, portanto, a metodologia qualitativa, exploratória e descritiva.

2. CONCEITOS BÁSICOS DO PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA

Neste tópico serão abordados aspectos de relevância, sobre os Pregões, na forma eletrônica, como: contexto histórico, conceitos, base legal, etapas e princípios atinentes à modalidade, conforme mostram os subitens a seguir.

2.1. Contexto Histórico do Pregão

Antes de tratar propriamente do Pregão Eletrônico, é importante que se faça uma breve apresentação do histórico desta modalidade de procedimento licitatório no Brasil.

Embora essa modalidade seja, atualmente, a mais utilizada, o Pregão não surgiu no sistema brasileiro em 1993, com a promulgação da primeira Lei Geral de Licitações (Lei nº.8.666/93). Sua introdução ocorreu apenas em 16 de junho de 1997, com a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472/97), sendo aplicado exclusivamente no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)⁷.

Isso porque a Lei nº.8.666/93, em seu artigo 22, estabelece somente cinco modalidades de licitação, as quais sejam: I – concorrência, II – tomada de preços, III – convite, IV – concurso, e V – leilão. Inclusive, veda a criação de outras modalidades, nos termos do § 8º do referido artigo.

Como resultado da utilização do pregão, a ANATEL conseguiu, em média, reduções de 22% entre os preços iniciais e os vencedores. A confrontação direta dos participantes possibilitou diminuição de preços expressivas, como a redução de 62% na contratação de serviços de saúde e de 68% na aquisição de softwares para uso na internet. Além disso, a duração do processo licitatório encurtou para cerca de 20 dias⁸.

Diante do tamanho sucesso do pregão, o Presidente da República expediu a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, estendendo aplicação desta nova modalidade à União.

Em meio a discussões acerca da constitucionalidade da mencionada medida provisória⁹, foram editados dois Decretos Federais com o propósito de normatizar a

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 29.

⁸ PINTO, Solon Lemos. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**. Curitiba: 2000. p. 660.

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 30.

modalidade em questão: I – Em 8 de agosto de 2000, foi publicado o Decreto nº 3.555, que aprovou o regulamento para a modalidade pregão; e II – Em 21 de dezembro de 2000, foi promulgado o Decreto nº 3.697, destinado a regulamentar a utilização de recursos de tecnologia da informação no âmbito desse procedimento licitatório, em outras palavras, o Pregão eletrônico.

Em 17 de julho de 2002, a Medida Provisória nº. 2.026/00 foi convertida na Lei nº 10.520/02. Com a conversão dessa medida provisória em lei, a aplicação da modalidade pregão foi ampliada para abranger os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Já o Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, que regulamentava, inicialmente, o pregão eletrônico, foi revogado pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 (Brasil, 2002), o qual, por sua vez, foi revogado pelo Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, atualmente em vigor.

Desde então, a modalidade pregão, especialmente na forma eletrônica, vem se consolidando em todos os níveis da Administração Pública Nacional, com suas virtudes e desafios.

2.2. Conceito de Pregão

A Lei nº 14.133/2021, Art. 6º, XVI, define o pregão como a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”.

Ao comentar o supracitado inciso, Marçal Justen Filho preleciona que o pregão, além de ser uma modalidade de licitação destinada à contratação de bens e serviços comuns, se distingue das demais pela conjugação de propostas iniciais e de lances sucessivos para obtenção da contratação mais vantajosa. Somado a isso, aduz que, embora o artigo 29 da Lei nº 14.133/2021 trate do seu rito procedimental, sua regulamentação está distribuída em uma pluralidade de dispositivos legais¹⁰.

No que concerne a bens e serviços comuns, de acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, deve-se entender por objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Sintetiza:

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 184.

Ressalvados alguns detalhes pertinentes ao uso de uma linguagem mais técnica, a norma é clara ao dispor sobre a restrição: só para bens e serviços comuns é facultado o uso do pregão; para os demais, não-comuns, o uso do pregão está implicitamente vedado.

A norma definiu o que deve ser entendido por bens e serviços comuns, não sendo razoável a pretensão de inserir novas características não expressas na norma. São comuns os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificação usuais no mercado, deixando-se de exigir, em razão do veto ao art. 2º, a necessidade de regulamento para definir quais são os bens e serviços.¹¹

No diagnóstico deste autor, o pregão é uma modalidade de licitação pública recente, que pode ser conceituada como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona um fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta, por meio de lances sucessivos”¹².

Seguindo esta linha, Joel de Menezes Niebuhr distingue o pregão das demais modalidades com base em três características, que as julga como as principais, a saber:

Em primeiro lugar, **o pregão deve ser utilizado para as licitações cujos objetos se constituem bens e serviços considerados comuns**, que – conforme dicção legal (parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02) – são aqueles que podem ser definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado. Essa característica da modalidade pregão é marcante, especialmente se comparada às modalidades concorrência, tomada de preços e convite, prescritas na Lei nº 8.666/93, que, em geral, são adotadas de acordo com o valor estimado do objeto licitado, não de sua natureza.

Em segundo lugar, na modalidade pregão opera-se a inversão das fases de licitação tais como tradicionalmente dispostas na Lei nº 8.666/93, em que, inicialmente, se procede à habilitação e, depois dela, ao julgamento das propostas. **No pregão, como dito, ocorre o inverso, primeiro são julgadas as propostas, para depois proceder à habilitação, de modo que se imprime celeridade à licitação.**

Em terceiro lugar, **a fase de julgamento na modalidade pregão é caracterizada pela faculdade dos licitantes ou parte deles oferecerem propostas sucessivas, denominadas de lances**, com a possibilidade de cobrirem os preços dos seus concorrentes. No pregão presencial, esses lances são oferecidos em alta voz, por isso o nome da modalidade. No pregão eletrônico, os lances são oferecidos por meio de sistema eletrônico.”¹³ (grifou-se)

Diante destes conceitos, pode-se extrair que o pregão é, em síntese, uma modalidade de licitação pública designada para a aquisição de bens e serviços considerados

¹¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5ª ed, rev. e atual.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 346.

¹² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5ª ed, rev. e atual.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 341.

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 22.

comuns, cujo julgamento das propostas de preços antecede a etapa de habilitação, permitindo que os licitantes ou parte deles apresentem ofertas sucessivas (lances).

Ressalte-se que essa dinâmica proporciona a oportunidade de um licitante cobrir os preços dos seus concorrentes, assegurando que a Administração efetue a contratação da proposta mais vantajosa.

Na visão de Niebuhr, a modalidade pregão é mais vantajosa do que as modalidades de licitação tradicionais previstas na Lei nº. 8.666/93. Entre outras vantagens, destaca a celeridade que o pregão confere ao o processo de licitação, o fim a uma série de formalidades de ordem burocrática, a economia para os cofres públicos e a redução de impugnações e recursos¹⁴.

Com efeito, importante frisar que a Lei nº 10.520/2002, a qual institui o pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevê que esta modalidade de licitação pode ser realizada de duas formas, quais sejam: Pregão Presencial e Pregão Eletrônico.

Quanto à distinção entre esses processos, Joel de Menezes Niebuhr ensina que, no Pregão Presencial, os licitantes têm a possibilidade de estar todos presentes fisicamente na sessão pública em que o procedimento licitatório será conduzido. Por outro lado, no Eletrônico, o processamento do pregão ocorre basicamente por meio da utilização da tecnologia da informação, a distância, ou seja, sem a presença física dos licitantes, que encaminham as suas propostas e participam do certame, valendo-se única e exclusivamente da internet¹⁵.

Destaque-se que, além de estabelecer que a Administração Pública Direta é obrigada a empregar a modalidade pregão quando for contratar o fornecimento de bens e a prestação serviços comuns, como anteriormente demonstrado, a Lei nº 14.133/21 determina que a forma desse procedimento a ser utilizada deve ser preferencialmente a eletrônica, conforme disposto em seu artigo 17, § 2º.

Em sentido similar, a Lei das Estatais – Lei nº. 13.303/16¹⁶ –, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, estipula, no

¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 24.

¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 22-23.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

inciso IV do seu artigo 32, que essas entidades devem adotar preferencialmente a modalidade de licitação pregão para a aquisição de bens e serviços comuns.

2.3. Definição de Pregão na forma Eletrônica

O Decreto nº. 10.024/2019, que disciplina o pregão na forma eletrônica na esfera da Administração Pública Direta, defini, em seu Art. 5º, que esse procedimento licitatório ocorre quando a “disputa pelo fornecimento de bens ou pela contratação de serviços comuns é realizada à distância e em sessão pública, por meio do Sistema de Compras do Governo federal”.

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr, o Pregão Eletrônico é uma modalidade específica de licitação pública na qual os procedimentos do Pregão Presencial são ajustados para incorporar a tecnologia da informação. Isto é, em vez de desenvolver-se em ambiente físico, contando com a participação física dos licitantes, todo o pregão, sob a perspectiva eletrônica, se desenvolve por meio da internet¹⁷.

Seguindo esta linha, Flávio Amaral Garcia, define o Pregão eletrônico como sendo a modalidade de licitação que se desenvolve em sessão pública à distância. Enquanto o Pregão Presencial ocorre em um ambiente real, com a presença física da autoridade superior que conduz o feito e dos representantes dos licitantes, o Pregão Eletrônico tem todos os seus atos praticados em um ambiente virtual viabilizado por meio do uso da internet e de tecnologia da informação¹⁸.

Vê-se, portanto, que o Pregão Eletrônico é conceituado de maneira análoga ao Pregão Presencial, com a única distinção sendo a forma pela qual o processo se desenvolve, tendo em vista que aquele é conduzido de maneira eletrônica ou virtual em todas as suas fases e procedimentos, enquanto este ocorre de forma presencial, com a participação de todos os interessados no certame em um espaço físico.

Em sua obra, Niebuhr cita que o Pregão Eletrônico apresenta diversas vantagens em comparação às demais modalidades de licitação pública, incluindo o próprio Pregão Presencial. Dentre essas vantagens, ele ressalta o fato de desenvolver-se na internet, o que reduz o consumo de papel e elimina com várias formalidades e burocracia; a simplificação

¹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 23.

¹⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2018. p.162.

das atividades do pregoeiro, embora não diminua sua responsabilidade; a maior celeridade das licitações julgadas por itens e lotes; e o aumento da competitividade¹⁹.

O autor destaca ainda que a principal vantagem do Pregão Eletrônico reside no aumento da competitividade, uma vez que empresas e pessoas de qualquer lugar do país podem participar das licitações sem a necessidade de realizar grandes investimentos, bastando acessar a internet. E a ampliação da competitividade, com o maior número de participantes na licitação, aumenta a probabilidade de a Administração Pública firmar contrato mais vantajoso, haja vista que ela recebe mais propostas, beneficiando a eficiência em contratos administrativos²⁰.

2.4. Etapas de um Pregão Eletrônico

Conforme preleciona Toshio Mukai, os Pregões Eletrônicos são compostos por uma fase interna, que vai até a elaboração do edital, e por uma fase externa, que se inicia com a publicação do edital, e termina com a adjudicação do objeto da licitação e sua homologação pela autoridade superior:

Os procedimentos da licitação se compõem de uma fase interna, que vai até a elaboração do edital; de uma fase externa, que se inicia com a publicação do edital, e termina com a adjudicação do objeto da licitação e sua homologação pela autoridade superior.²¹

Em sentido similar, ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Como todas as modalidades de licitação, o pregão é um procedimento que se desenvolve por meio de vários atos da Administração e dos licitantes, todos eles constando do processo respectivo: compreende uma fase interna (chamada de fase preparatória pelo artigo 3º da Lei nº 10.520), que precede a abertura do procedimento ao público, e uma fase externa, que se inicia com a publicação do aviso do edital de convocação.²²

A fase interna, também conhecida como “preparatória”, é regulamentada pelo artigo 3º da Lei nº 10.520, de 2002, e deve observar o seguinte rito procedimental:

¹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2020. p. 24-25.

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2020. p. 25.

²¹ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: comentários à lei 8666/93, com as alterações das Leis nº 10.520/02, 11.196/05 e Decretos nº 5.450/05 e 5.504/05**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 72.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p. 433.

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - A autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

Encerrada a fase interna e publicado o edital no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico pertinente, inicia-se a fase externa do pregão, na forma eletrônica, consoante o artigo 20 do Decreto nº 10.024/19.

Nesse contexto, os licitantes devem encaminhar suas respectivas propostas com a descrição do objeto ofertado e o preço, junto à documentação de habilitação exigida no edital, até a data e o horário marcado para a abertura da sessão pública, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, nos termos do Art. 26 do Decreto nº. 10.024/19.

Até a abertura da sessão, os licitantes podem retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada, de acordo com o parágrafo 9º do artigo 26 do Decreto nº. 10.024/19.

A partir do dia e horário previsto no edital, a sessão pública na internet é aberta por comando do Agente de Contratação/Pregoeiro – artigo 27 do Decreto nº. 10.024/19. Realizada a abertura da sessão, a autoridade responsável pelo certame verifica as propostas apresentadas, desclassificando as que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital, com fulcro no artigo 28 do Decreto nº. 10.024/19.

O sistema ordena, automaticamente, as propostas aceitas pelo Pregoeiro, e somente elas participam da fase de envio de lances. Classificadas as propostas, o condutor do torneio dá início à mencionada fase, quando então todos os licitantes podem oferecer ofertas sucessivas à Administração, por meio do sistema eletrônico, observados o horário fixado para abertura da sessão pública e as regras estabelecidas no edital, como bem prevê artigo 30 do Decreto nº. 10.024/19.

Encerrada a etapa de envio de lances, o Pregoeiro pode encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta diretamente ao licitante que tenha apresentado o menor valor, para que seja obtido preço ainda mais vantajoso, conforme as diretrizes do artigo 61 da Lei nº. 14.133/21 e do artigo 38 do Decreto nº. 10.024/19.

Empós a fase de negociação, o Pregoeiro, à luz do Art. 39 do Decreto nº. 10.024/19, examina a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para a contratação no edital, e, em seguida, verifica a habilitação do referido licitante conforme disposições do edital

Na fase de habilitação, é avaliada a documentação do arrematante relativa à sua habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, e à regularidade fiscal e trabalhista, de acordo com os artigos 62 da Lei nº. 14.133/21, 40 do Decreto nº. 10.024/19 e 27 da Lei nº. 8.666/93, a fim de auferir se este de fato detém a aptidão necessária para realizar o objeto licitado.

É facultado ao Pregoeiro, no julgamento da habilitação e das propostas, a prerrogativa de sanear, por meio de diligências, eventuais erros ou falhas que não afetem a substância das propostas e dos documentos, preservando sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível a todos os licitantes, conforme preceituam o artigo 64, § 1º, da Lei nº. 14.133/21 e o artigo 47 do Decreto nº. 10.024/19.

Oportuno ressaltar que, com a edição da Lei nº. 14.133/21, as chances dos licitantes de corrigir possíveis equívocos ampliaram. Ao contrário da legislação anterior, que, após a abertura da sessão pública, permitia apenas a inclusão de documentos complementares aos originalmente apresentados – conforme estipulado no artigo 26, § 9º, do Decreto nº. 10.024/19 e no artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/93 –, a Nova Lei de Licitações autoriza a juntada de documentos novos em situações específicas, mediante diligências, nos termos do inciso I do seu artigo 64.

Ato contínuo, declarado o vencedor, qualquer licitante pode, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer. Após esse momento, é concedido o prazo para apresentar as razões de recurso, seja para impugnar contra sua própria desclassificação e/ou inabilitação, ou para contestar a classificação e/ou habilitação do arrematante, consoante as disposições dos artigos 165, I, da Lei nº. 14.133/21, 44 do Decreto nº. 10.024/19 e 109 da Lei nº. 8.666/93

Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudica o objeto e homologa o procedimento licitatório, nos termos do disposto no inciso V do caput do artigo 13 do Decreto nº. 10.024/19.

Por fim, após a homologação, o adjudicatário é convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo estabelecido no edital.

2.5. Disciplina legal dos Pregões Eletrônicos

No âmbito da Administração Pública Direta, até 2021, as Leis Federais que disciplinavam o Pregão Eletrônico eram basicamente a Lei nº. 10.520/02, que institui a modalidade pregão, e a Lei nº. 8.666/93, que institui as normas gerais para licitações e contratos, sendo esta última aplicada subsidiariamente, conforme preceitua o artigo 9º da Lei nº. 10.520/02.

Sobre o assunto, Joel de Menezes Niebuhr leciona que, em princípio, deve-se obedecer à Lei nº 10.520/02, porém, nas situações em que ela for omissa, deve-se recorrer às normas e às soluções da Lei nº 8.666/93. Já nos casos em que houver contradição entre a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 8.666/93, aduz que deve prevalecer a primeira, cujo conteúdo versa precisamente sobre a modalidade pregão²³.

Portanto, na modalidade pregão, quando a Lei nº 10.520/02 aborda determinado tema, sua aplicação é imperativa, excluindo a necessidade de recorrer à Lei nº 8.666/93. Caso a Lei nº 10.520/02, no entanto, não trate de determinado assunto, deve-se aplicar as normas pertinentes da Lei nº 8.666/93.

Atualmente, estes dispositivos legais ainda estão vigentes, entretanto, encontram-se em um período de transição. Isso porque a Nova Lei de Licitações (Lei nº. 14.133/21), em vigor desde 01 de abril de 2021, está em fase de adequação.

Durante esse período de transição – que até o momento está programado para encerrar-se em 30 de dezembro de 2023 –, o Pregoeiro pode optar pela aplicação do regramento da Lei nº. 10.520/02, com a aplicação subsidiária da Lei nº. 8.666/93, ou da Lei nº. 14.133/21, mas não pode combiná-las em um mesmo Pregão Eletrônico.²⁴

Ou seja, ao conduzir um Pregão Eletrônico, a Autoridade Superior, seja da União, Estado, Distrito Federal ou Município, deve optar exclusivamente pela aplicação de uma das mencionadas normas federais, sem a possibilidade de utilizá-las simultaneamente.

²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 43.

²⁴ BRASIL. **Portal da Transparência**. Licitações e contratações. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/licitacoes-e-contratacoes#:~:text=Durante%20o%20per%C3%ADodo%20de%20transi%C3%A7%C3%A3o,uma%20norma%20ou%20a%20outra>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

Importante frisar que, após o referido período de transição, tanto a Lei nº 8.666/93 quanto a Lei nº 10.520/02 serão revogadas, conforme explicitado no inciso II do artigo 193 da Lei nº. 14.133/2021:

Art. 193. Revogam-se:

[...]

II - Em 30 de dezembro de 2023:

a) a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

b) a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e

c) os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Em outras palavras, ao fim do prazo de adequação, os Pregões Eletrônicos promovidos pela Administração Pública Direta deverão observar obrigatoriamente as diretrizes da Lei nº. 14.133/2021, não sendo mais permitidas contratações sob o regime da Lei nº. 8.666/1993 e da Lei nº. 10.520/02.

Já na esfera das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, a Lei que rege os Pregões Eletrônicos é a Lei nº. 13.303/16, também conhecida como Lei das Estatais.

Por fim, é importante destacar que, além da supracitada legislação federal, tanto os Pregões Eletrônicos promovidos pela Administração Pública quanto os conduzidos pelas Estatais devem observar os termos da Constituição Federal de 1988²⁵, que estabelece normas gerais sobre o tema, e, em termos infralegais, o Decreto nº. 10.024/2019, que regulamenta especificamente esta modalidade de licitação pública.

2.6. Princípios Administrativos Aplicáveis aos Pregões Eletrônicos

A Lei nº 14.133/2021, que, em breve, será a única lei a tratar de Licitações e Contratos no Brasil, de maneira unificada para todos os entes federados, caso não sejam alteradas as regras atuais, traz em seu Art. 5º, 22 (vinte e dois) princípios que devem ser seguidos pelos Agentes de Contratação ao interpretar as normas de suas licitações, inclusive na modalidade pregão na forma eletrônica.

A título de demonstração, importa trazer à tona o que dispõe o Art. 5º da Lei nº 14.133/2021:

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da **vinculação ao edital**, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Apesar da inegável relevância dos princípios, o excesso dos mesmos em uma norma pode não ser tão interessante, por criar oportunidade de múltiplas interpretações e, consequentemente, insegurança jurídica²⁶.

Outra observação relevante é que os princípios norteadores do pregão são aqueles insculpidos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 5º da Lei nº 14.133, de 2021. Assim, a licitação na modalidade pregão não se distingue, em sua essência e principiologia, das atividades da Administração Pública e das demais modalidade licitatórias.²⁷

Ademais, torna-se importante ressaltar que não basta, muitas vezes, a norma estabelecer a necessidade do cumprimento de um princípio. Há necessidade de criar condições para que as ações sejam fiscalizadas quanto ao seu cumprimento. Por essa razão, os atos administrativos e o cumprimento de seus princípios, devem ser controlados pela população e pelos meios de controle externo da Administração, ou seja, Tribunais de Contas, o controle realizado diretamente pelo parlamento e pelo Poder Judiciário. Além, é claro, pelo próprio controle interno, revisto pela autoridade superior.²⁸

Dentre os princípios trazidos pela norma, interessam à presente pesquisa os princípios da vinculação ao edital, formalismo moderado e legalidade.

2.6.1. Princípio da Vinculação ao Edital

O Princípio da Vinculação ao Edital, aplicável tanto à Administração quanto aos licitantes, encontra-se delineado nos artigos 5º e 92, II, da Lei nº 14.133/21, nos artigos 3º e 54, XI, da Lei 8.666/93, e no artigo 31 da Lei 13.303/16.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. P. 96

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. P.112

²⁸ OLIVEIRA, J. P. F. G., 2017. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Disponível em: <https://drpedroo.jusbrasil.com.br/artigos/487523360/o-principio-daeficiencia-naadministracao-publica>. Acesso em: 19 de novembro de 2023.

Esse dispositivo, em síntese, estabelece que as normas e procedimentos previstos em um edital devem ser rigorosamente seguidos por todos os envolvidos em uma licitação, com o propósito de garantir a eficácia e a lisura deste procedimento.

Sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles trata a vinculação ao edital como o princípio básico de toda licitação, sendo este instrumento a lei interna do processo licitatório, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediram:

(...) a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediram.²⁹

Neste diapasão, é imprescindível trazer à lume os ensinamentos de Ivan Barbosa Rigolin:

(...) este princípio [da vinculação ao instrumento convocatório] traduz a afirmação de que a licitação é um procedimento vinculado, e não discricionário, pois, com efeito, nas licitações não pode a Comissão dar um só passo por seu livre-arbítrio, por seu gosto ou preferência particular, criando regras não-previstas no edital, estabelecendo convenções a seu talante, fixando normas inéditas ao edital.³⁰

Perceba que, de acordo com Rigolin, a avaliação das propostas deve ser conduzida de acordo com todos os critérios especificados no instrumento de licitação. A seleção das propostas não pode ocorrer de maneira discriminatória, na medida que a Administração deve obrigatoriamente utilizar os critérios estabelecidos no edital do objeto licitado.

Destaque-se que o Agente de Contratação/Pregoeiro responsável pelo certame possui a faculdade de editar o instrumento convocatório. Após sua consolidação, entretanto, essa autoridade encontra-se subordinada ao conteúdo do referido instrumento, sendo vedado promover alterações arbitrárias ou impor obrigações adicionais aos licitantes.

É o que leciona Marçal Justen Filho:

[...] o ato convocatório possui características especiais e anômalas. Enquanto ato administrativo, não se sujeita integralmente ao princípio da temporalidade (o ato posterior revoga o anterior). A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 259.

³⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118.

fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança os atos a serem praticados e as regras que os regerão. Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante.³¹

Para Jessé Torres Pereira Junior, a Administração não pode criar critério de julgamento não inserido no instrumento convocatório ou deixar de seguir os que já estão ali definidos, pois estaria malferindo o princípio do julgamento objetivo, vez que o “edital não pode transferir para a Comissão a definição dos critérios de julgamentos; estes devem estar previamente explicitados no edital, sob pena de entregar-se à subjetividade da Comissão o julgamento das propostas”³².

Portanto, por força do princípio ora em discussão, estipulados os critérios e exigências a serem obedecidos, a Administração Pública deve-lhes estrita observância, não sendo cabível evadir-se das regras que ela própria determinou e às quais aderiram os licitantes. Imperativo repisar que o mesmo se estende às participantes – não podem descumprir as normas e condições do edital –, sob pena de desclassificação/inabilitação.

2.6.2. Princípio do Formalismo moderado

Na esfera dos Pregões Eletrônicos, o Princípio do Formalismo Moderado desempenha um papel crucial ao estabelecer parâmetros para a condução dos procedimentos licitatórios, equilibrando a necessidade de respeitar as formalidades legais com a busca pela eficiência, celeridade e, principalmente, economicidade.

Nos Pregões Eletrônicos, caracterizados pela sua modalidade ágil e desburocratizada, o formalismo moderado se revela como um norte orientador. Este princípio reconhece a importância da observância das normas e regras estabelecidas, sem, contudo, submeter o processo a um excessivo rigor formal que possa comprometer a consecução dos objetivos públicos almejados.

Em outras palavras, o Formalismo Moderado, ao ser aplicado nas licitações, implica que os atos praticados durante o processo devem atender às exigências legais, garantindo, assim, a lisura, transparência e competitividade necessárias. No entanto, ao mesmo tempo, busca-se evitar formalismos excessivos que possam resultar em entraves

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 54.

³² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2007. p. 539.

desnecessários, postergando o desenvolvimento do certame e prejudicando o alcance dos interesses públicos.

Com o desenvolvimento normativo da temática, a Nova Lei de Licitações (Lei. 14.133/21) consagrou expressamente o Princípio do Formalismo Moderado ao prever, no inciso III, do seu artigo 12, que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo. Vejamos:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

Quanto ao excesso de formalismo, convém, no azo, trazer à lume o seguinte ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva a 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 NULITÉ 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 incosentâneo com o caráter competitivo da licitação.** (grifou-se)³³

Observe-se que, segundo o entendimento do autor, é preferível que se avalie uma proposta cuja apresentação possa ser considerada deficiente, mas que seja vantajosa em seu conteúdo, ao invés de desclassificá-la devido a um rigorismo formal incoerente com a natureza competitiva do processo licitatório.

Imprescindível, ainda, transcrever a lição de Marçal Justen Filho:

Não basta comprovar a existência do defeito. **É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especialmente em face da dimensão do interesse público.** Admite-se afinal, a aplicação do princípio de que o rigor extremo na interpretação da lei e do edital pode conduzir a extrema injustiça ou ao comprometimento da satisfação do interesse público. (grifou-se)³⁴

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 1997. p. 124.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal n. 9.648, de 27 de maio de 1998**. 5ª Edição, rev. e ampl.. São Paulo: Dialética. 1998. p. 436.

Diante do exposto, verifica-se que, apesar de estar implícito na legislação, o Formalismo Moderado configura-se como um baluarte para a proteção do interesse público. Tal assertiva fundamenta-se no fato de que o referido princípio, quando aplicado nos Pregões Eletrônicos, representa um equilíbrio imprescindível entre a observância das formalidades legais e a eficiência do procedimento, contribuindo, assim, para a consecução dos objetivos públicos de forma célere, transparente e economicamente vantajosa.

2.6.3. Princípio da Legalidade

No contexto das licitações, o princípio da legalidade assume um papel fundamental, constituindo-se como alicerce essencial para o regular desenvolvimento dos procedimentos licitatórios. Este princípio estabelece que todas as fases e atos relativos às licitações devem estritamente obedecer às normas, legislações e regulamentos pertinentes.

A legalidade no âmbito das licitações demanda que todos os atos praticados pelos órgãos responsáveis, bem como pelos participantes do certame, estejam em conformidade com as disposições legais vigentes. Isso implica que a elaboração do edital, a condução do processo licitatório, a análise das propostas e a escolha do vencedor devem observar rigorosamente os preceitos legais estabelecidos para assegurar a lisura, a transparência e a competitividade do procedimento.

Oportuno ressaltar que esse princípio está explicitamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, no artigo 5º da Lei nº. 14.133/21, no artigo 3ª da Lei nº. 8.666/93 e no artigo 31 da Lei nº. 13.303/16.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a Legalidade, como princípio da Administração, significa que Administrador Público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da Lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Sintetiza o autor:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. 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. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irregáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.³⁵

Observe que, de acordo com Hely Lopes Meirelles, o Princípio da Legalidade, para a Administração Pública, não é a mera observância à legislação, mas sim uma verdadeira *submissão* aos ditames legais.

Odete Medauar afirma, neste diapasão, que para a Administração o Princípio da Legalidade se traduz em submissão à Lei:

Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira (grifou-se)³⁶

Sobre o assunto, é imprescindível trazer à lume os ensinamentos de José Afonso da Silva:

[...] a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69). Há, porém, casos em que **a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e ato equiparado à lei formal [...]**³⁷

Nesse mesmo sentido, Niebuhr, em sua doutrina, preleciona que “ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente”.³⁸

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 1995. p. 82-83.

³⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª Edição. Brasília: Gazeta Jurídica. 2017. p. 166.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 421.

³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica. 2000. p. 197.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração está vinculada não somente à lei em sentido estrito, mas também a eventuais normas que possam existir, decorrentes da lei, produzidas pela própria Administração para regulamentar seus comportamentos posteriores. Segundo o entendimento do doutrinador:

[...] a expressão 'legalidade' deve, pois, ser entendida como '**conformidade à lei e, sucessivamente, às subsequentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricão**', adquirindo então um sentido mais extenso [...]'³⁹ (grifou-se)

Vê-se, portanto, que a Legalidade é o Princípio reitor da Administração Pública e, conseqüentemente do regime licitatório.

Além disso, é possível concluir que o Princípio da Legalidade visa garantir não apenas a regularidade formal, mas também a conformidade material das ações no contexto das licitações, contribuindo para a preservação dos interesses públicos envolvidos.

Assim, a estrita observância da legislação vigente é essencial para conferir legitimidade e credibilidade aos processos licitatórios, promovendo, dessa forma, a eficiência na utilização dos recursos públicos e a seleção adequada dos fornecedores.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2004. p. 67.

3. DA POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE DOCUMENTOS APÓS O INÍCIO DE LICITAÇÕES PÚBLICAS

No presente capítulo, a pesquisa se concentrará na análise da legalidade da aceitação de documentos novos após a abertura da sessão pública. Para isso, inicialmente, serão examinadas as diretrizes dos dispositivos legais que regiam os Pregões Eletrônicos antes da promulgação da Lei 14.133/2021, tais como a Lei nº. 8.666/93, a Lei nº. 10.520/02 e o Decreto Federal nº. 10.024/2019. Ato contínuo, a análise se estenderá à avaliação das alterações introduzidas pela Lei nº. 14.133/21 em relação ao tema em questão.

Paralelamente, será realizado um cotejo jurisprudencial, averiguando a abordagem do Poder Judiciário, em especial a do Tribunal de Contas da União, ao longo dos últimos anos, no que concerne à admissão de documentos novos.

3.1. Antes da edição da Lei nº. 14.133/21

Consoante visto anteriormente, antes da Lei nº. 14.133/21 entrar em vigor, as normas federais que regiam os Pregões Eletrônicos, no âmbito da Administração Pública, era a Lei nº. 10.520/02 e a Lei nº. 8.666/93, em conjunto com a Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº. 10.024/19.

Repise-se que a aplicação da Lei nº. 8.666/93 ocorre de forma subsidiária. Isto é, se a Lei nº 10.520/02 aborda determinado tema, é esta que deve ser utilizada, sem a necessidade de recorrer à Lei nº 8.666/93. No entanto, se aquela for omissa, deve-se recorrer às normas e às soluções desta.

Diante desse contexto e da ausência de disposições na Lei nº. 10.520/02 referentes à realização de diligências ou à inclusão de documentos após o início do procedimento licitatório, torna-se necessário passarmos à análise do que a Lei nº. 8.666/93 versa sobre essa temática.

De acordo com o artigo 43, § 3º, da Lei nº. 8.666/93, a Autoridade Superior, durante qualquer etapa da licitação, tem a prerrogativa de realizar diligências com o propósito de esclarecer ou complementar informações presentes no processo.

É, entretanto, imperativo destacar que, embora seja permitida a realização de diligências para esclarecimentos adicionais, este dispositivo é claro ao vedar a inclusão

posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente na proposta. Senão, vejamos:

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

(...)

§ 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.

Analisando o dispositivo transcrito acima em sua literalidade, observa-se que, caso um licitante deixe de apresentar uma informação ou documento exigido que deveria constar originalmente em sua proposta ou documentação de habilitação, conforme o edital, tal equívoco não pode ser saneado em sede de diligências e, por consequência, deve resultar na exclusão do participante.

Partindo, entretanto, da premissa de que a própria Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, prevê que as licitações públicas visam a seleção da proposta mais vantajosa, essa realmente é a interpretação adequada para o artigo 43, § 3º, desta norma federal?

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior, a Autoridade Superior de qualquer procedimento licitatório está proibida de deferir ou ordenar a realização de diligência se esta tiver como propósito a inclusão de documento ou informação que deveria ter acompanhado a proposta:

A Comissão ou a autoridade está proibida de deferir ou ordenar a diligência se esta tiver por objeto a inclusão de documento ou informação que deveria haver acompanhado a proposta (também a documentação). A vedação guarda simetria com os arts. 396 e 397 do Código de Processo Civil, dos quais resulta que a petição inicial deve vir instruída com os documentos destinados a provar as alegações do autor, sendo-lhe vedado trazê-los posteriormente, a menos que comprove que deles não dispunha ou se se referirem a fatos ocorridos depois de articulados na peça vestibular.

No caso do processo administrativo da licitação, cada licitante sabe, em face das exigências do edital, quais os documentos e informações que deverão estar nos respectivos envelopes. Não os trazer significa descumprir o edital, acarretando-lhe a inabilitação ou desclassificação da proposta. A proibição de serem aceitos posteriormente respeita o direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com a exigência do edital. Daí a Comissão ou a autoridade superior sujeitar-se a recurso interponível pelo licitante que considerar abusiva a realização de diligências que abra oportunidade indevida a outro concorrente. (grifou-se)⁴⁰

⁴⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 7ª ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 523 e 524.

Note-se que para o autor a restrição em discussão decorre do fato de que, no contexto da licitação pública, cada licitante sabe, com base nas exigências do edital, quais os documentos e informações que devem enviar até o início do certame, e não os apresentar em tempo hábil significa descumprir o edital.

Essa visão contrasta com a interpretação dada por Renato Geraldo Mendes ao abordar o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, oportunidade em que salienta que não há nenhuma vedação nessa norma para sanear vício material de proposta ou documento de habilitação, o que há é a proibição de que isso ocorra sem que a igualdade seja assegurada⁴¹.

⁴¹ Contratação pública – Licitação – Diligência – Inclusão de documentos ou informações que deveriam constar da proposta – Vedação – Considerações – Renato Geraldo Mendes

A última parte do § 3º do art. 43 está relacionada ao conteúdo da vedação que envolve a própria realização da diligência. Nesse sentido, a vedação implica prescrever o que não poderá ser admitido, viabilizado ou tolerado por ocasião da realização da diligência. Com todas as letras, está expresso que é vedada “a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”. Portanto, não é possível utilizar a diligência para viabilizar a inclusão de documento ou informação que deveria ter sido apresentado pelo licitante tempestivamente, e não foi. Dito de outra forma, **sob o ponto de vista literal** o legislador proibiu o saneamento de vício material, pois tanto a não apresentação de um documento como a não inclusão de uma informação essencial na proposta configuram esse vício. Deve-se entender por vício material o não atendimento de exigência indispensável para avaliar as condições pessoais do licitante ou a sua proposta. O edital é cheio de exigências materiais. O entendimento majoritário sempre foi no sentido de que, se o licitante deixa de atender a tais condições, deve ser inabilitado ou a sua proposta deve ser desclassificada. Dessa forma, o legislador pretendeu proibir a utilização de diligência para produzir o saneamento de um vício material, ou seja, quis impedir que a Administração possibilitasse ao licitante incluir um documento ou complementar uma informação que já deveria constar da proposta. **No entanto, é preciso relativizar a proibição, e não a tomar como algo absoluto.** É necessário ver a proibição como mecanismo capaz de impedir a violação da ideia de igualdade, que deve nortear toda a licitação, do primeiro ao último ato do procedimento. Nesse sentido, é possível dizer que a vedação intenta impedir, simultaneamente, o saneamento de vício de natureza material e a violação da ideia de igualdade. Para entender o conteúdo da vedação constante da parte final do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 e estabelecer uma norma adequada para solucionar eventual problema, é indispensável compreender a importância do saneamento de vício material e o conteúdo preciso da ideia de igualdade. Existem sempre dois grandes prejudicados com o vício material que não pode ser saneado: (a) quem o pratica e (b) a Administração que não o saneia. Não sendo saneado, quem o pratica é inabilitado ou tem sua proposta desclassificada, sendo excluído da disputa. Essa é a punição que o licitante tem de suportar. Por outro lado, a Administração também é punida. Aliás, certas vezes, duramente, pois deixa de contar com uma proposta que, em alguns casos, é a mais vantajosa de todas. **Assim, não é razoável vedar o saneamento do vício material. No entanto, é preciso sustentar que isso não pode ser feito em desrespeito ao tratamento isonômico, ou seja, não se pode permitir o saneamento para beneficiar apenas um licitante, e não todos os que participam da licitação. Temos dito e reiterado que não há nenhuma vedação na Lei nº 8.666/93 para sanear vício material, o que há é a proibição de que isso ocorra sem que a igualdade seja assegurada.** Para constatar tal fato, basta analisar cuidadosamente o conteúdo do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, pois é exatamente isso que está dito lá, sob o ponto de vista essencial. **O referido preceito diz que se todas as propostas forem desclassificadas por vício material, será possível saneá-las, desde que tal possibilidade possa ser exercida por todos. Esse é o conteúdo do dispositivo, ainda que não esteja dito com todas as letras. Não há nenhuma proibição na ordem jurídica de sanear vício material de documento ou proposta, desde que seja um direito a ser exercido por todos os licitantes. A propósito, o inc. I do art. 24 da Lei nº 12.462/11 vem exatamente nessa direção ao impor que somente serão desclassificadas as propostas que contenham vícios insanáveis, isto é, ainda que contenham vícios, se sanáveis, a proposta não pode ser desclassificada.** Portanto, a vedação prevista no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 deve ser vista com cautela, e, salvo melhor juízo, a sua interpretação deve estar alinhada com a ideia de tratamento isonômico, tal como aqui exposto. (Grifou-se) (ZÊNITE FÁCIL. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Categoria Anotações, Lei nº 8.666/93, nota ao art. 43, Acesso em: 26 nov. 2023.)

Ao tratar do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho preleciona que as diligências têm como finalidade eliminar imprecisões e confirmar dados contidos na documentação apresentada pelos licitantes, seja no tocante à habilitação, seja quanto ao conteúdo da proposta, sendo um poder-dever da autoridade julgadora, que deve adotar providências para esclarecer fatos relevantes quando houver dúvida. Sintetiza o autor:

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 poder-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.⁴²

Perceba que, para Marçal Justen Filho, caso houver qualquer dúvida sobre as informações contidas na proposta ou nos documentos de habilitação dos licitantes é dever do Pregoeiro realizar diligência. Contudo, o autor deixa implícito se é possível juntar documentos para saná-la.

Seguindo esta linha menos formalista, o Decreto nº. 10.024/19, promulgado em 20 de setembro de 2019, prevê que o Pregoeiro, durante o julgamento da habilitação e das propostas, tem o poder de sanar eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas e dos documentos. Essa prerrogativa está delineada no artigo 47 do referido decreto:

Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar 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, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

O artigo 26, § 9º, desse dispositivo legal, inclusive, dispõe que, após o encerramento do envio de lances, serão aceitos documentos complementares quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e apresentados até a abertura da sessão pública:

Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 804.

[...]

§ 9º **Os documentos complementares 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, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38. (grifou-se)

Veja que o Decreto nº. 10.024/19, comparado à Lei nº. 8.666/93, aumenta as possibilidades em que se admite o saneamento de defeitos nos documentos dos licitantes, uma vez que, de maneira geral, permiti a correção de falhas, desde que não alterem a substância da proposta/documentação de habilitação, o que dá margem para decisões menos formalistas.

Nesta toada, cumpre mencionar o que ensina Joel de Menezes Niebuhr acerca do artigo 47 do Decreto nº. 10.024/19:

O defeito havido em planilha de composição de custos não pode ser compreendido como meramente formal. Ao contrário, claramente, o efeito é substancial. No entanto, como dito, em direção mais flexível, o TCU pacificou o entendimento de que é obrigação do pregoeiro permitir a correção de defeitos nas planilhas, O TCU quer que a Administração prestigie a obtenção da proposta mais vantajosa, o que é louvável. O problema é que o § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, aplicado subsidiariamente à modalidade pregão, veda categoricamente "a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta". **O TCU, nada obstante suas boas intenções, acaba por negar vigência ao S3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93**, sobrepondo sua vontade, à legalidade, o que é errado. Sem embargo das controvérsias, a questão é que, independentemente do caput do artigo 47 do Decreto Federal nº 10.024/19, **já de muito vem sendo permitido, com base nos princípios da competitividade e da razoabilidade, relevar o desatendimento de exigências previstas no edital meramente formais**, que não produzam efeito substancial, e sanear quaisquer defeitos desde com elementos já disponíveis à Administração.

Assim sendo, é de concluir que o caput do **artigo 47 do Decreto Federal nº 10.024/19** não inova a ordem jurídica, logo é válido e legítimo. **O dispositivo em comento, ao permitir o saneamento de erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, somente confirma e sintetiza o que a doutrina e a jurisprudência já reconheciam como legítimo em virtude dos princípios da competitividade e da razoabilidade.** (grifou-se)⁴³

Conforme se pode verificar do entendimento do autor, o artigo 47 do Decreto nº 10.024/19 faculta ao Pregoeiro a possibilidade de relevar o descumprimento de exigências previstas no edital meramente formais, que não produzam efeito substancial, confirmando o entendimento das jurisprudências da época que negavam a vigência do § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93.

Observe que para Niebuhr o artigo 47 do Decreto nº 10.024/19 contrapõe-se ao § 3º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, em razão deste primeiro adotar uma abordagem formalista, porém, moderada, em contrapartida ao formalismo presente no último.

⁴³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020. p. 388.

Diante de todo exposto, conclui-se que a redação do artigo 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, é notavelmente formalista, principalmente quando interpretada de maneira literal, uma vez que é categórica ao vedar a inclusão de documentos novos após o início de Pregões Eletrônico, independentemente se o item do edital violado seja meramente formal e se o licitante tenha ofertado a proposta mais vantajosa a Administração.

No que diz respeito ao Decreto nº 10.024/2019, nota-se que este, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, busca privilegiar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, ao ampliar as situações em que se permite a correção de falhas nos documentos de habilitação e nas propostas. Vale lembrar que este dispositivo autoriza a apresentação de documentos após o início dos Pregões Eletrônicos, desde que tais documentos sirvam para complementar informações já apresentadas.

Adicionalmente, verifica-se que as diligências não se tratam de ato meramente discricionário, mas sim vinculado, não conferindo ao Pregoeiro margem de escolha em caso de incertezas.

3.2. Das Mudanças introduzidas pela Lei nº. 14.133/2021

A Lei nº. 14.133/2021, também conhecida como a Nova Lei de Licitações, destinada a substituir a Lei nº. 8.666/93 e a Lei nº. 10.520/02, inova com relação à juntada de documentos novos após o início de Licitações Públicas. Mediante a aplicação de novos princípios, como o Formalismo Moderado, confere maior flexibilidade para a correção de eventuais erros ou falhas na documentação. Dentre outros aspectos, contempla situações nas quais aqueles documentos podem ser apresentados em sede de diligências.

Nesse sentido, merece destaque o disposto no artigo 64 do referido diploma legal:

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:

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.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação,

salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento. (grifou-se)

Conforme se pode verificar do dispositivo transcrito acima, a Lei nº. 14.133/21, em seu artigo 64, I e II, é expressa ao estabelecer que é permitido a apresentação de documentos novos, em sede de diligências, em 2 (duas) ocasiões: a) para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados e desde que necessário para apurar fatos existentes à época da abertura do certame; e b) para atualizar documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Observe que a complementação de informações acerca dos documentos já apresentados, que na esfera da Nova Lei de Licitações é concretizada através da juntada de “documentos novos”, na perspectiva do Decreto nº. 10.024/19 é realizada mediante a inclusão de documentos chamados “complementares”.

Ademais, é relevante chamar atenção para a possibilidade de incluir documento novo no caso de a validade de algum documento expirar após a data de recebimento das propostas. Afinal, isso representa uma das inovações introduzidas pela Nova Lei de Licitações, visto que tal oportunidade jamais foi expressamente contemplada em outros dispositivos legais.

A título de exemplo, considere uma licitante que tenha apresentado um certificado de regularidade fiscal válido no momento da entrega dos documentos, mas que venha a expirar antes da conclusão do processo licitatório. Nessa situação, com a Lei nº. 14.133/21 em vigor, é permitida a atualização desse certificado durante o período da diligência,

Importante notar que, segundo Marçal Justen Filho, o artigo 64, I, da Lei nº. 14.133/21 alude que a documentação nova deve reportar-se à situação fática objeto da comprovação pelos documentos anteriores. Havendo, portanto, uma vedação a que os documentos novos versem sobre fatos supervenientes, que não existiam ou não tinham sido invocados pelo licitante quando entregou a documentação original⁴⁴. Sintetiza o autor:

Assim, suponha-se que o sujeito tenha apresentado, no momento apropriado, documento comprobatório do preenchimento de certo requisito de habilitação. Admita-se que o conteúdo se relacione a fatos verificados depois da instauração do certame, tal como autorizado pelo edital. O esclarecimento de dúvida sobre a documentação apresentada pode fazer-se meio da apresentação de novos documentos.⁴⁵

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais. 2021. p. 793

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2021. p. 793

No que concerne ao inciso II do artigo 64, o autor, por sua vez, ensina que é cabível a juntada de documento novo, também na hipótese em que tenha decorrido o prazo de validade do anterior. Ressalta ainda que essa hipótese se restringe aos casos em que a documentação original, quando apresentada, estivesse dentro do seu prazo de validade⁴⁶.

Portanto, é notório que a Lei nº 14.133/2021 trata da matéria em discussão de maneira mais flexível e consonante com o Princípio do Formalismo Moderado. Isso se evidencia pelo fato de autorizar a inclusão de documento novo após o início do Pregão Eletrônico, desde que seja exclusivamente para complementar informações já apresentadas ou para atualizar documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

3.3. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União

Conforme exposto nos tópicos anteriores, observa-se nos dispositivos legais mais recentes um aumento gradual das circunstâncias em que se admite a correção de erros na documentação dos licitantes após a abertura da sessão pública. Em 2019, o Decreto nº. 10.024/19 possibilitou o saneamento de erros que não alterem a substância dos documentos, e, em 2021, a Lei nº. 14.133 passou a permitir a inclusão de documentos novos nas hipóteses por ela delineadas.

Rigorosos formalismos, no entanto, ainda são perpetuados. Ao mesmo tempo, uma série de ações/representações chega ao Poder Judiciário, buscando a anulação de decisões que resultaram na inabilitação/desclassificação de licitantes devido a essa rigidez exacerbada, a qual impacta negativamente a seleção da proposta mais vantajosa e, por conseguinte, compromete o Princípio da Economicidade, que objetiva a minimização dos gastos públicos, sem impactar os padrões de qualidade.

Assim, este capítulo tem como objetivo analisar a abordagem adotada pelo Tribunal de Contas da União em relação à admissão de documentos novos, considerando que essa Corte tem se dedicado mais amplamente à discussão sobre a admissibilidade de documentos novos.

Até o ano de 2021, os Ministros Relatores, possivelmente em decorrência do contexto em que a Lei nº. 8.666/93 era a única normativa que abordava a condução de diligências no âmbito dos Pregões, eram explicitamente contrários à inclusão de documentos

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais. 2021. p. 793.

novos por meio de diligências. Nesse contexto, destaca-se o seguinte trecho do Acórdão nº. 2873/2014 – Plenário, sob a relatoria de Augusto Sherman:

Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, **desde que não resulte inserção de documento novo** ou afronta à isonomia entre os participantes. (grifou-se)⁴⁷

Outrossim, é o entendimento proferido pelo Relator Aroldo Cedraz no Acórdão 918/2014 – Plenário:

A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, **de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.**⁴⁸

Saliente-se, contudo, que nos Acórdãos publicados a partir de 2021 esse cenário mudou, tendo em vista que há um significativo aumento das hipóteses em que se admite o saneamento de defeitos nos documentos de habilitação e nas propostas, incluindo a admissão de documentos novos.

O julgado precursor dessa mudança pode ser considerado o Acórdão nº 1211/2021 – Plenário, no qual o Tribunal de Contas da União proferiu decisão de grande relevância, sob a relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, acerca da polêmica temática envolvendo a admissão de documento novo que ateste condição preexistente.

Neste caso, o Tribunal de Contas da União, em sede de representação, julgou que a admissão de documentos que “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)”. Com base no disposto, esta Corte de Contas decidiu que:

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.873/2014, Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Sessão: 29/10/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2873%2520ANOACORDAO%253A2014%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 918/2014, Plenário**. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 09/04/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A918%2520ANOACORDAO%253A2014%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

Acórdão:

9.3. dar ciência à Diretoria de Abastecimento da Marinha (DAbM) de que a abertura de nova oportunidade pelo Pregoeiro, no dia 05/05/2020, às 09:57:25hs, após iniciada a fase de julgamento de propostas, para que todos que os licitantes enviassem a documentação exigida no edital para fins de habilitação, sem que o ato fosse devidamente fundamentado, com a especificação dos erros e falhas passíveis de saneamento, dentro da margem de correção possibilitada pelos normativos incidentes, afrontou o previsto no art. 8º, inciso XII, alínea "h", e no art. 47 do Decreto 10.024/2019, bem como os princípios da transparência e da equidade;

9.4. deixar assente que, 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;** (grifou-se)⁴⁹

Observe que o Tribunal de Contas da União exige, como única condição para o saneamento do erro com a juntada de documento novo, que essa documentação ateste condição preexistente ao início do certame, independentemente de ser emitida após o início da licitação, basta que ateste condição preexistente.

Outra decisão deste tribunal de notável relevância sobre o tema é a do Acórdão nº. 2.443/2021. Nessa, o Ministro Augusto Sherman é claro ao determinar que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no artigo 43, § 3º, da Lei nº. 8.666/1993 e no artigo 64 da Lei nº. 14.133/2021, não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência. Cite-se o resumo do supracitado Acórdão:

RESUMO:

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços 45/2020, promovido pelo Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro do Comando da Aeronáutica (GAP-RJ), cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de coleta, transporte e destinação final de resíduos para a Odontoclínica de Aeronáutica do Aeroporto Santos Dumont. Entre as irregularidades suscitadas, o representante noticiou que, inicialmente, fora habilitado para a execução dos serviços licitados, no entanto, quatro dias depois de o pregoeiro haver indeferido recurso administrativo que questionava a sua habilitação, o GAP-RJ entendeu necessária a comprovação da participação de engenheiro químico indicado pelo representante, como responsável técnico, nos serviços elencados no atestado apresentado pela empresa na licitação. Por considerar que o representante trouxera documentação nova visando a essa

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.211/2021-Plenário**. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão: 26/05/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*?KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-113541/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue>. Acesso em: 03 de nov. 2023.

comprovação, com data de emissão posterior à abertura do certame, o órgão decidiu inabilitá-lo. Acompanhando a instrução da unidade técnica, o relator entendeu, todavia, que a documentação trazida pela empresa era apenas a atestação de situação anterior ao certame. Para ele, "apesar de a CAT 24097/2021 ter sido emitida em 9/3/2021, esta se refere à participação do Engenheiro Químico nos serviços descritos a partir de 3/6/2020, quando foi incluído no quadro técnico da empresa", **portanto em momento anterior à realização do certame**. O relator também assinalou que os pareceres jurídicos que pautaram a decisão do GAP-RJ ignoraram a jurisprudência mais recente do TCU, notadamente o Acórdão 1211/2021-Plenário, em que restou sumarizado o seguinte entendimento: "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 sanar 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)". Além disso, conforme o subitem 9.4 do mencionado acórdão, transcrito na instrução da unidade técnica, o Tribunal deixou assente "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". Destarte, nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu determinar ao órgão que promovesse a anulação da decisão que inabilitou o representante no Pregão 45/2020, tendo em vista que "a apresentação, em sede de diligência, do CAT 24097/2021, emitido em 9/3/2021, destinado a atestar condição preexistente à abertura da sessão pública, não se configura motivo plausível para a inabilitação do licitante, conforme entendimento firmado no Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário. (grifou-se)⁵⁰

Na mesma linha, é o Acórdão nº. 966/2022, julgado em 04/05/2022, sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes. (grifou-se)⁵¹

Dessa maneira, torna-se evidente que, para o Tribunal de Contas da União, não é relevante se a documentação foi emitida após o início do Pregão Eletrônico. O requisito essencial é que o documento novo ateste condição preexistente ao início do certame, a fim de ser admitido em sede de diligência, com o intuito de sanar eventuais equívocos seja na proposta ou na documentação de habilitação.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.443/2021, Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Sessão: 06/10/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2443%2520ANOACORDAO%253A2021%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 03 de dezembro 2023.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 966/2022, Plenário**. Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 04/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-131880/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue>. Acesso em: 03 de dezembro 2023.

Após os novos entendimentos do TCU sobre a matéria, diversos Tribunais, em sentido amplo, passaram a adotar o posicionamento de permitir a juntada posterior de documento novo que ateste condição preexistente ao início da licitação, permitindo o saneamento de erros cometidos pelas licitantes na apresentação de sua habilitação, assegurando a prevalência do interesse público sobre meras questões procedimentais.

A Magistrada da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, Dra. Ana Cleyde Viana de Souza, por exemplo, reconheceu em sede de Liminar no dia 15/06/2022 o direito da impetrante de juntar posteriormente documento que atestava condição preexistente ao início da licitação, visando o saneamento de erro cometido pela licitante na apresentação inicial de sua habilitação, garantindo a prevalência do interesse público sobre meras questões procedimentais. *In verbis*, trecho do julgado:

O objetivo do exigido no edital é a comprovação de que o licitante tem capacidade financeira para executar a integralidade do objeto contratual (art.27, III, e 31 da Lei nº 8.666/93).

No caso, a impetrante teve sua proposta recusada, em virtude da ausência de comprovação do exigido no item 11.6, c, uma vez que juntara o balanço patrimonial de 2019. No entanto, ao juntar o balanço patrimonial de 2020, a Cagece reconsiderou a decisão e determinou seu retorno ao certame.

[...]

De acordo com entendimento do Tribunal de Contas da União, o dispositivo legal acima mencionado, não veicula uma simples discricionariedade ao gestor público, **mas sim um verdadeiro dever de ação nas situações em que a diligência se mostrar necessária e adequada, sob pena de descartar uma boa proposta e, conseqüentemente, acarretar prejuízo econômico para o erário.**

Assim, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, **cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame, de modo a priorizar o menor preço.**

Diante disso, entendo que, inicialmente, agiu corretamente a Cagece ao deferir o recurso administrativo da impetrante, a fim de proceder diligência para adequar o balanço patrimonial do ano de 2020. Na espécie, não se trata de um documento novo obtido após o início do certame, mas sim de situação existente no que se refere a condição atendida pela empresa Iselétrica no momento em que apresentou sua proposta, realizada em 2021.

[...]

Assim, quando da realização do pregão, a impetrante já preenchia o requisito de capacidade econômico-financeira, sendo apresentada com a diligência.

Destaco a inexistência de violação ao princípio de isonomia, já que o documento atesta condição preexistente à abertura da sessão pública do certame, ou seja, o balanço referente ao ano de 2020, não havendo alteração do valor da proposta, nem se tratando de documento referente ao período posterior ao início do Pregão. (Grifou-se)⁵²

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Mandado de Segurança nº 0221574-84.2022.8.06.0001. Magistrada: Ana Cleyde Viana de Souza, 14ª

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança nº 0221574-84.2022.8.06.0001**. Magistrada: Ana Cleyde Viana de Souza, 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Fortaleza, CE, 15 de junho de 2022.

Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Fortaleza, CE, 15 de junho de 2022

Em seguida, a Magistrada cita o Acórdão nº 1211/2021 do TCU, além de trechos do voto do Relator Walton Alencar Rodrigues, dos quais se destaca:

(...) 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" (...).**⁵³

Vejamos outro recente Julgado da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza sobre o assunto:

Conforme entendimento recente do Tribunal de Contas da União, a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência (Acórdão 2443/2021 – Plenário). **Desta forma, uma vez identificada falha na documentação da licitante, cabe a Comissão permitir a inclusão de novo documento, desde que ateste condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública.**

Portanto, entendo que não deve prevalecer imoderado apego ao formalismo, não devendo falhas sanáveis identificadas nas propostas levarem obrigatoriamente a inabilitação do licitante, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências necessárias a fim de que as dúvidas sejam esclarecidas ou que a haja a complementação para o processamento do certame, em observância ao princípio da economicidade, que objetiva a minimização dos gastos públicos, sem comprometimento dos padrões de qualidade.

No caso em exame, resta claro que não se trata de um novo documento obtido após o início do certame, mas sim de uma situação preexistente ao início da licitação, qual seja, a inexistência de processos falimentares em nome da impetrante na data da abertura do certame, estando assim em plena regularidade de seus documentos de habilitação.

Corroborando com o exposto, segue entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU:

[...]

Desta forma, **CONCEDO a medida liminar requerida, determinando o retorno da licitante ao Pregão Eletrônico nº 20220018 da COGERH, com a devida habilitação no procedimento licitatório, caso a desclassificação tenha como**

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança nº 0221574-84.2022.8.06.0001**. Magistrada: Ana Cleyde Viana de Souza, 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Fortaleza, CE, 15 de junho de 2022.

fundamento apenas a ausência de apresentação de CNFRJE expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, até ulterior deliberação deste juízo.
(Grifou-se)⁵⁴

Conforme visto anteriormente, o TCU e alguns Tribunais Pátrios reconhecem a juntada de documentos novos que ateste condição preexistente ao início da licitação, visando o saneamento de erros cometidos na apresentação inicial de sua habilitação, como um direito dos licitantes, independente se foram emitidos após à abertura da sessão pública, a fim de garantir a prevalência do interesse público sobre meras questões procedimentais.

Frente ao disposto, é plausível concluir que o teor da jurisprudência do Tribunal de Contas da União se revela mais apropriado do que o dos dispositivos legais já analisados.

Isso porque amplia as hipóteses de saneamento de defeitos nas propostas e documentação de habilitação sem violar o princípio da isonomia, com a inserção da possibilidade de aceitar documento novo que ateste condição preexistente, assegurando que a Administração não perca a proposta mais vantajosa por uma mera questão formal.

Repise-se que o escopo do procedimento licitatório é a busca da proposta mais vantajosa para a administração, que constitui um de seus princípios, *ipso facto*. Portanto, não se antolha cabível ignorar a mencionada hipótese de saneamento, em razão de um formalismo exacerbado.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal da Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança nº 0270017-66.2022.8.06.0001**. Magistrada: Ana Paula Feitosa Oliveira, 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Fortaleza, CE, 28 de setembro de 2022.

4. DA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO FORMALISMO MODERADO

Neste capítulo, em consonância com os conhecimentos obtidos nas seções precedentes, procede-se à análise da viabilidade da admissão de novos documentos após a abertura da sessão pública, à luz dos princípios da Vinculação ao Edital e do Formalismo Moderado.

4.1. Recepção de documentos novos à luz do Princípio da Vinculação ao Edital

Como visto anteriormente, por força do Princípio da Vinculação ao Edital, estipulados os critérios e exigências a serem obedecidos pelos licitantes neste instrumento, a Administração Pública deve-lhes estrita observância, não sendo cabível evadir-se das regras que ela própria determinou e às quais aqueles aderiram.

Nesta toada, pode-se inferir que se o edital prescreve a observância de certa formalidade, a Administração deve exigir o seu efetivo cumprimento, inabilitando os licitantes ou desclassificando as propostas que não os atenda.

Surge, entretanto, uma indagação crucial: se a irregularidade cometida pelo arrematante, que não atendeu a formalidade prevista no edital, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, salvo o Princípio da Vinculação ao Edital, deve aquele mesmo assim ser desclassificado/inabilitado? Não seria uma ofensa aos Princípios do Formalismo Moderado e da Economicidade?

É relevante notar que, caso o edital tenha como base legal a Lei nº. 14.133/21, a correção de equívocos mediante a apresentação de novos documentos pode ser viabilizada no caso de complementação ou atualização de documentos expirados. No entanto, se a disciplina legal do instrumento convocatório for a Lei nº. 8.666/93 ou se for necessária a apresentação de documento novo que ateste condição pré-existente à abertura da sessão pública, a questão torna-se mais complexa.

Diante desses cenários, o Pregoeiro deveria, então, violar o Princípio da Vinculação ao edital a fim de selecionar a proposta mais vantajosa, ou observar estritamente esse princípio em detrimento desta oferta?

O Superior Tribunal de Justiça, em seu Acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº. 5.418/DF, relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, destaca que o Princípio da Vinculação ao Edital, embora fundamental, não possui caráter absoluto, não obstante, portanto, a possibilidade de interpretação pelo Poder Judiciário de desconsiderar cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os limites da lei, sobretudo quando um excessivo rigor possa afastar potenciais proponentes do processo concorrencial.

A título Ilustrativo, veja-se o trecho que nos importa do supracitado acórdão:

Consoante ensinam os juristas, **o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração.** (...) O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.¹³⁰ O fato é que a jurisprudência, a partir do STJ, admite a tese que propugna o abrandamento ou a desconsideração de formalidade exigida em edital de licitação, mas não atendida por licitante. Sem embargo, não se trata de recusar em absoluto a função das formalidades em licitação pública. O fundamental é separar as exigências meramente formais, cuja desatenção pode ser relevada, das exigências cuja desatenção produz efeito substancial, e, pois, ao contrário, não pode ser relevada.⁵⁵ (grifou-se)

Vê-se, portanto, que as regras do edital, além de não poderem extrapolar os ditames legais, estão sujeitas ao controle de legalidade do Poder Judiciário.

O fato é que definidos os critérios a serem obedecidos pelos licitantes no edital, a Administração Pública deve-lhes estrita observância, desde que não se contraponham aos diplomas legais e ao controle do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, é importante destacar também que, por força da Súmula nº. 222 do Tribunal de Contas da União, as decisões desta Corte de Contas no que disser respeito às normas gerais de licitação devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Súmula n.º 222 - As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar,

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº. 5.418/DF**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, DF, 25 de março de 1998

devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.⁵⁶

Logo, com base na Súmula nº. 222 e no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acima mencionados, a Administração Pública Direta não pode se esquivar de cumprir com os Acórdãos nº. 1.211/2021 e nº. 2.443/2021 do Tribunal de Contas da União, que versam sobre a aceitação de documentos novos que atestem condição preexistente.

Ressalte-se que a obediência à referida súmula decorre das competências legais e constitucionais dadas ao TCU, motivo pelo qual é imperiosa a sua observância, sob pena de malferir ainda o Princípio da Legalidade.

Imperioso se demonstrar que o STJ possui entendimento de que as decisões do TCU exaradas dentro de suas atribuições constitucionais possuem caráter impositivo e vinculante para a Administração. A exemplo, veja-se a ementa do Recurso Especial nº 464.633, de relatoria do Ministro Félix Fischer:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

[...]

III – **A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.**

IV – Não detendo a autoridade federal impetradas poderes para reformar decisão emanada do TCU, não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação mandamental que se volta contra aquela decisão. Recurso não conhecido. (grifou-se)⁵⁷

Além disso, é cediço ser atribuição constitucional do Tribunal de Contas da União julgar a correta aplicação de recursos públicos no País. *In verbis*, o texto constitucional:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - **Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**

[...]

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº. 222-TCU**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-222-tcu/>. Acesso em: 30/11/2023.

⁵⁷ BRASI. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 464.633/SE**. Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2003. p. 257

IV - Realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

[...]

IX - Assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - Sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.” (grifou-se)

Frente ao disposto, conclui-se que a viabilidade de juntar novos documentos após o início de pregões eletrônicos, à luz do Princípio da Vinculação ao Edital, dependerá primordialmente das disposições específicas contidas na legislação e jurisprudência aplicável, e, em segundo plano, dos termos do edital.

Dessa forma, independentemente da fundamentação legal do edital, é juridicamente admissível que o Pregoeiro aceite documentos novos durante diligências, desde que estes visem atualizar um documento já expirado, complementar dados originalmente apresentados ou atestar condição preexistente ao início do Pregão Eletrônico.

4.2. Admissão de documentos novos conforme o Princípio do Formalismo Moderado

Como anteriormente abordado, o Princípio do Formalismo Moderado fundamenta-se, em suma, na possibilidade de sanear equívocos ou falhas nos documentos originalmente apresentados pelos licitantes durante um procedimento licitatório, desde que essa correção não comprometa a lisura deste processo.

No contexto dos Pregões Eletrônicos, a relação entre o saneamento de erros na documentação de habilitação/proposta e o Princípio do Formalismo Moderado revela-se como um elemento crucial para promover a eficácia e economicidade desta modalidade.

Isso se deve ao fato de que o referido princípio, como diretriz norteadora, reconhece a importância da aderência às formalidades legais sem impor uma rigidez excessiva que pode resultar em atrasos ou burocracia desnecessária, bem como na desclassificação da proposta mais vantajosa.

Dessa forma, considerando que a inclusão de documentos novos após a abertura da sessão pública constitui um procedimento para corrigir eventuais equívocos nos documentos originalmente apresentados, é lícito concluir que, à luz do Princípio do

Formalismo Moderado, tal procedimento deve sim ser admitido na esfera dos Pregões Eletrônicos, caso não repercuta na integridade do certame.

Essa conclusão é respaldada não apenas pela obrigatoriedade imposta pelo inciso III do artigo 12 da Lei nº. 14.133/21, mas também pela reiterada aceitação nos Tribunais Pátrios, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Contas da União (TCU).

À luz dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o formalismo em procedimentos licitatórios não deve ser visto como um fator determinante para que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. Senão, vejamos:

DIREITO PÚBLICO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - VINCULAÇÃO AO EDITAL - INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM - DEFERIMENTO.

(...)

O FORMALISMO NO PROCEDIMENTO LICITATORIO NÃO SIGNIFICA QUE SE POSSA DESCLASSIFICAR PROPOSTAS EIVADAS DE SIMPLES OMISSÕES OU DEFEITOS IRRELEVANTES.⁵⁸

Ademais, o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ vem entendendo ser excesso de formalismo a inabilitação ou desclassificação de licitante por pequenos erros ou falhas na documentação, desde que comprovada a intenção da empresa, visando assim privilegiar as propostas mais vantajosas para a Administração. Cite-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGUMENTO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.

3. Segurança concedida.⁵⁹ (grifou-se)

Seguindo esta linha, é a decisão do Ministro Relator José Delgado no MS nº 5.631-DF, que é clara ao determinar que não deve ser afastado candidato do certame

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº. 5.418/DF**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Primeira Seção – S1. Brasília, DF, 01 de junho de 1998.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº. 5.869/DF**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Primeira Seção. Brasília, DF, 11 de setembro de 2002.

licitatório, por meros detalhes formais. Adicionalmente, ressalta que o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA.

1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio.
2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, art. 21, da Lei nº 8.666/93.
3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa.
- 4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial.**
5. Segurança concedida. (grifou-se)⁶⁰

Destaque-se que o mesmo entendimento é corroborado por outros tribunais brasileiros, no sentido de que um mero vício formal da proposta ou habilitação não justificaria a inabilitação da empresa:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREGÃO ELETRÔNICO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE FORMAL NA PROPOSTA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE TODOS OS SÓCIOS. MERO VÍCIO FORMAL. SANÁVEL.

1. Para a concessão da antecipação da tutela, medida de cunho satisfativa, que constitui verdadeiro adiantamento da decisão final, devem restar demonstrados a verossimilhança do direito alegado e o perigo na demora, isto é, o fundado receio da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, caput e inc. I, do CPC).
2. A Comissão de Licitação, buscando, com base no princípio da economicidade do julgamento das propostas, manter aquela mais vantajosa para a ré ECT, concluiu que a ausência da assinatura de um dos sócios da empresa vencedora não justificaria a desclassificação, pois não altera a ordem substancial na proposta, consistindo em mero vício formal, a ser sanado de forma complementar.
- 3. A relativização do formalismo no procedimento, inclusive com a concessão de prazo para sanar o defeito na documentação, teve em mira o interesse público,** mormente porque o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, faculta à Administração efetuar diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo em qualquer fase da licitação. (grifou-se)⁶¹

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº. 5.631/DF**. Relator: Ministro José Delgado. Primeira Seção. Brasília, DF, 13 de maio de 1998.

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº. 5022224-04.2014.4.04.0000**. Relator: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, 4ª Turma. Rio Grande do Sul, 14 de outubro de 2014.

Perceba que a observância ao princípio em questão é reconhecida como uma prática necessária para garantir a conformidade dos processos licitatórios, respeitando os preceitos legais e promovendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Acerca da importância da Administração Pública se pautar no Princípio do Formalismo Moderado, o TCU também se manifesta de forma reiterada sobre o assunto:

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a **Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado**, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (grifou-se)⁶²

Neste mesmo sentido, destaca-se o Acórdão nº. 1217/2023-Plenário deste Egrégio Tribunal, proferido sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler em 2023:

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erros formais ou vícios sanáveis por meio de diligência, em face dos princípios do formalismo moderado e da supremacia do interesse público, que permeiam os processos licitatórios. (grifou-se)⁶³

Inclusive, o Acórdão nº. 988/2022-Plenário do Tribunal de Contas da União é expresso ao determinar que, em respeito ao Princípio do Formalismo Moderado, os Pregoeiros têm o dever de conceder prazo razoável para saneamento de falha na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão, quando se tratar de uma mera declaração do licitante sobre fato preexistente. A esse respeito, cite-se o referido Acórdão:

Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 357/2015, Plenário**. Relator: Bruno Dantas. Sessão: 04/03/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A357%2520ANOACORDAO%253A2015%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 1217/2023, Plenário**. Relator: Benjamin Zymler. Sessão: 14/06/2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-152759/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. (grifou-se)⁶⁴

Assim, como se verifica do entendimento dos Tribunais Pátrios, as propostas e documentos devem ser julgados sempre buscando atender ao interesse público, deixando de lado a observância de formalismos que venham a mitigá-lo. Logo, inabilitar/desclassificar uma empresa, com uma proposta menor, por um mero formalismo da Administração, vai contra o interesse público.

Observa-se, portanto, que a juntada de documentos novos representa a aplicação prática do Formalismo Moderado, haja vista que é esse princípio que fomenta a retificação de equívocos meramente formais, a fim de privilegiar a seleção da proposta mais vantajosa e garantir que o certame atenda ao interesse público de maneira eficaz.

Diante do exposto, ressumbra evidente que a inclusão de documentos novos, à luz do Princípio do Formalismo Moderado, reflete a busca pela harmonização entre a aderência aos preceitos legais e a flexibilidade necessária para corrigir imperfeições formais, promovendo, por conseguinte, a vantajosidade, a economicidade e a eficiência nos processos licitatórios eletrônicos, aspecto que merece reconhecimento.

O Princípio do Formalismo Moderado, entretanto, é aplicável exclusivamente aos documentos novos que visem complementar informações previamente apresentadas, atestar condições preexistentes ou atualizar documentos expirados após a abertura da sessão pública. Caso contrário, a integridade do certame estará em risco, podendo resultar em prejuízos para a Administração.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 988/2022, Plenário**. Relator: Antônio Anastácia. Sessão: 04/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/?KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-131507/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou os estudos, constatou-se que, além de ser comum a ocorrência de erros por parte dos licitantes ao juntarem sua documentação em Pregões Eletrônicos, não há um consenso entre os dispositivos legais em vigor quanto à possibilidade de corrigir esses equívocos por meio da apresentação de documento novo. Neste sentido, identificou-se a importância de promover uma análise aprofundada sobre essa questão, embasada nos princípios norteadores dessa modalidade de licitação, com o objetivo de discernir qual conduta seria a mais apropriada a ser tomada diante da mencionada divergência.

Desse modo, o objetivo geral do presente trabalho foi compreender os limites éticos e legais da admissão de documentos novos, considerando seu impacto direto na observância rigorosa ao edital e na vedação aos excessos de formalismos.

Cabe ressaltar que o objetivo geral foi integralmente alcançado, uma vez que, ao término do estudo, este proporcionou uma compreensão clara e aprofundada da viabilidade de admitir a apresentação de novos documentos após a abertura da sessão pública, sob a ótica dos princípios mencionados, conforme será demonstrado a seguir.

Para atingir o objetivo principal, estabeleceu-se 4 (quatro) objetivos específicos, os quais sejam: 1) investigar a evolução legislativa acerca da admissão de documentos novos; 2) averiguar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema; 3) analisar a possibilidade de se aceitar documentos novos sob a ótica do Princípio da Vinculação ao Edital; e 4) avaliar a temática de acordo com o Princípio do Formalismo Moderado.

Diante destes objetivos, partiu-se da hipótese de que seria admissível a apresentação de documento novo após o início dos Pregões Eletrônicos, tendo como base o artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, que é exposto ao prever que as licitações se destinam a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, assim como o artigo 12, III, da Lei nº. 14.133/21, que é claro ao estabelecer que o desatendimento de exigências meramente formais não comprometem a aferição da qualificação de um licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importando no seu afastamento da licitação.

Com o intuito de cumprir o primeiro objetivo específico, procedeu-se a revisão dos textos legislativos e das doutrinas. O resultado desta pesquisa indicou que esse objetivo foi atendido, tendo em vista que restou demonstrado que, no ordenamento jurídico pátrio, com o passar dos anos houve um aumento gradual das hipóteses em que se admite a juntada de

documentos novos, após a abertura da sessão pública, para fins de correção de erros na documentação dos licitantes.

Averiguou-se que, até 2019, o único dispositivo legal vigente que tratava sobre o assunto era a Lei nº. 8.666/93, que é expressa ao proibir a inclusão de documentos novos após o início dos Pregões Eletrônicos. A partir de 2019, contudo, o Decreto nº. 10.024/19 possibilitou o saneamento de erros que não afetem a substância da documentação, sendo explícito ao permitir a apresentação de documento novo para complementar informações já apresentadas. Em 2021, com a edição da Lei nº. 14.133, a qual valoriza expressamente o formalismo moderado, passou a ser permitido a inclusão de documentos novos para complementação e para atualizar aqueles cuja validade tenha expirado após a data de abertura da sessão pública.

Por sua vez, para atender o segundo objetivo intermediário, realizou-se a análise das jurisprudências do Tribunal de Contas da União. Este também foi atingido, posto que se evidenciou que, de acordo com esta Corte de Contas, além das hipóteses mencionadas acima, é legal a juntada de documentos novos que atestem condição preexistente ao início da licitação, visando o saneamento de erros cometidos na apresentação inicial de sua habilitação, como um direito dos licitantes, independente se foram emitidos após à abertura da sessão pública, a fim de garantir a prevalência do interesse público sobre meras questões procedimentais.

Com o propósito de atingir o terceiro objetivo intermediário, buscou-se estudar doutrinas e jurisprudências relacionadas ao Princípio da Vinculação ao Edital. Nota-se que esse objetivo foi plenamente atingido, pois foi verificado que o referido princípio não ostenta caráter absoluto. Isto é, antes de aderir estritamente aos termos do edital, o Pregoeiro deve observar as diretrizes estabelecidas pela legislação e jurisprudência aplicáveis, exemplificadas pela Lei nº. 14.133/21 e pelo entendimento do Tribunal de Contas da União, respectivamente.

Ou seja, independentemente das disposições do edital, o Pregoeiro deve aceitar documentos novos durante diligências, desde que estes visem atualizar um documento já expirado, complementar dados originalmente apresentados ou atestar condição preexistente ao início do Pregão Eletrônico.

Outrossim, para alcançar o quarto objetivo intermediário, realizou-se uma vasta consulta a doutrinas e jurisprudências. O resultado da pesquisa alcançou perfeitamente este objetivo, na medida que restou demonstrado que a juntada de documentos novos representa a aplicação prática do Formalismo Moderado, haja vista que é esse princípio que fomenta a

retificação de equívocos meramente formais, a fim de privilegiar a seleção da proposta mais vantajosa e garantir que o certame atenda ao interesse público de maneira eficaz.

Ao final, concluiu-se que a hipótese deste estudo foi confirmada, tendo em vista que é plenamente válido admitir-se que um licitante apresente documento novo após o início de Pregões Eletrônicos, desde que este busque atualizar informações expiradas, complementar dados originalmente apresentados ou atestar uma condição preexistente ao início do torneio.

Isso se deve à natureza não absoluta do Princípio da Vinculação ao Edital, isto é, a redação de um instrumento convocatório não pode contrariar à legislação e jurisprudência aplicáveis, por consequência não pode se opor às jurisprudências do Tribunal de Contas da União (TCU) analisadas e às disposições previstas na Lei nº. 14.133. Somado a isso, o Formalismo Moderado preconiza que a desclassificação ou inabilitação de proposta vantajosa à Administração devido a erros formais ou vícios sanáveis é irregular, devendo ser realizadas diligências para saná-los.

O problema do presente estudo de caso foi: “A apresentação de documento novo após o início de Pregões Eletrônicos é admissível à luz do Princípio do Formalismo Moderado e do Princípio da Vinculação ao Edital?”. Em face do exposto, é possível chegar ao entendimento de que o problema da pesquisa também foi respondido de maneira satisfatória, uma vez que restou evidente que é sim possível a juntada de documentos novos com fulcro nestes princípios, desde que a lisura do pregão não venha a ser comprometida.

Entre as limitações deste estudo de caso, é possível ressaltar a ausência de jurisprudências recentes que abordem detalhadamente o caráter do Princípio da Vinculação ao Edital, assim como a escassez de doutrinas específicas sobre o tema de documentos novos. Adicionalmente, as conclusões obtidas podem não ser passíveis de generalização para outras modalidades, haja vista que cada processo licitatório apresenta características específicas que podem impactar a aplicação dos princípios em análise.

Ressalte-se, ainda, que esta pesquisa adotou uma abordagem metodológica qualitativa, de natureza exploratória e descritiva, o que propiciou uma compreensão abrangente da temática em questão, englobando tanto aspectos teóricos quanto práticos.

Por fim, espera-se que o presente estudo de caso possa ser utilizado para estudos futuros de forma mais abrangente, no âmbito da Administração Pública Federal. Recomenda-se o aprofundamento dos estudos sobre as condições em que a juntada de documentos novos para fins de saneamento é admissível, e o aperfeiçoamento das já existentes. Espera-se, ainda, que esta pesquisa possa estimular a descoberta de outras hipóteses que deixem de lado o formalismo excessivo, o qual só vem a mitigar a seleção da proposta mais vantajosa e a

economicidade, além das apontadas neste estudo de casos, a fim melhorar ainda mais a eficiência nos Pregões Eletrônicos, oferecendo um serviço relevante para o poder público e, conseqüentemente, para a sociedade, sem comprometer a lisura do procedimento licitatório.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.** Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10024.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm?msckid=a2afffafbcb311ecb43ce3ea64118184>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Portal da Transparência.** Licitações e contratações. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/licitacoes-e->

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-131880/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue>. Acesso em: 03 de dezembro 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.211/2021, Plenário**. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão: 26/05/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1211%2520ANOACORDAO%253A2021%2520/DTR-ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.443/2021, Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Sessão: 06/10/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2443%2520ANOACORDAO%253A2021%2520/DTR-ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 357/2015, Plenário**. Relator: Bruno Dantas. Sessão: 04/03/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada*/NUMACORDAO%253A357%2520ANOACORDAO%253A2015%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 03 de dezembro de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.873/2014, Plenário**. Relator: Augusto Sherman. Sessão: 29/10/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2873%2520ANOACORDAO%253A2014%2520/DTR-ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 918/2014, Plenário**. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 09/04/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A918%2520ANOACORDAO%253A2014%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 30 de nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº. 222-TCU**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-222-tcu/>. Acesso em: 30/11/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança nº 0221574-84.2022.8.06.0001**. Magistrada: Ana Cleyde Viana de Souza, 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Fortaleza, CE, 15 de junho de 2022.

BRASIL. Tribunal da Justiça do Estado do Ceará. **Mandado de Segurança nº 0270017-66.2022.8.06.0001**. Magistrada: Ana Paula Feitosa Oliveira, 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Fortaleza, CE, 28 de setembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº. 5022224-04.2014.4.04.0000**. Relator: Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, 4ª Turma. Rio Grande do Sul, 14 de outubro de 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7ª ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2018.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5ª ed, rev. e atual.. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/93**. 18º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a emenda constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº. 9.648, de 27 de maio de 1998**. 5ª Edição, rev. e ampl.. São Paulo: Dialética. 1998. p. 436.

OLIVEIRA, J. P. F. G., 2017. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Disponível em: <https://drpedroo.jusbrasil.com.br/artigos/487523360/o-principio-daeficiencia-naadministracao-publica>. Acesso em: 02 de novembro de 2023.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2007. p. 539.

PINTO, Solon Lemos. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**. Curitiba: 2000.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª Edição. Brasília: Gazeta Jurídica. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2004.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: comentários à lei 8666/93, com as alterações das Leis nº 10.520/02, 11.196/05 e Decretos nº 5.450/05 e 5.504/05.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico.** 8ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica. 2000.

OLIVEIRA, Priscila E. F. de. **Pregão Eletrônico: Inovações e Tendências nas Licitações Públicas.** Maceió: Edufal. 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações.** São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

ZÊNITE FÁCIL. **Lei nº 8.666/93, nota ao art. 43.** Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 26 de novembro de 2023.