

Memorando. 08/CEL/EPL

Brasília/DF, 02 de julho de 2013.

Ao Núcleo Jurídico

Assunto: Consulta Jurídica

1. Trata o presente de solicitação de posicionamento do Núcleo Jurídico a respeito do entendimento desta Comissão Especial de Licitação, quanto ao processo licitatório do RDC 003/2013:
2. Solicitamos parecer deste Jurídico a respeito de determinado documento que foi exigido no Edital e foi apresentado posteriormente, durante a fase de diligências, por solicitação da Comissão Especial de Licitação. O referido documento pode ser incorporado à proposta da licitante, uma vez que as regras que regem o certame é o Regime Diferenciado de Contratações?
3. A Comissão Especial de Licitação aguarda manifestação deste núcleo para conclusão da apreciação do referido processo de licitação.

Atenciosamente,

MAB
Marcia Alves Brito

Presidente da Comissão Especial de Licitação – RDC 003/2013
Empresa de Planejamento e Logística S.A. - EPL

RECEBIDO 04/07/13
PI WELLINGTON
PROVIDÊNCIAS

Brasília, 05 de julho de 2013.

Memorando n.º 077/2013 - Núcleo Jurídico

À
Comissão Especial de Licitação – RDC n.º 003/2013
A/C Sra. Márcia Alves Brito
Presidente da Comissão de Licitação

Ref. Memorando n.º 08/CEL/EPL

Sra. Presidente,

1. No dia 02 de julho de 2013, a Comissão Especial de Licitação – RDC n.º 003/2013¹ enviou ao Núcleo Jurídico o Memorando n.º 08/CEL/EPL, no qual apresenta a seguinte solicitação:

“Solicitamos parecer deste Jurídico a respeito de determinado documento que foi exigido no Edital e foi apresentado posteriormente, durante a fase de diligências, por solicitação da Comissão Especial de Licitação. O referido documento pode ser incorporado à proposta da licitante, uma vez que as regras que regem o certame é o Regime Diferenciado das Contratações?”

2. Em linhas gerais, a Comissão Especial de Licitação busca delimitar o alcance da realização de ‘diligências’ no âmbito dos procedimentos licitatórios realizados com base no Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, prestigiando a ampla legalidade de suas ações e providências.

3. Note-se, por oportuno, que a presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a Comissão Especial de Licitação no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados, restringindo-se aos seus aspectos legais do tema proposto.

¹ A licitação RDC n.º 003/2013 – tipo técnica e preço – visa a contratação de empresa para prestação de serviços de gerenciamento, supervisão e apoio técnico às atividades de projeto necessárias para implantação do Trem de Alta Velocidade – TAV Rio de Janeiro/Campinas.

4. Ademais, a presente manifestação é emitida “em tese”, sendo que as suas conclusões deverão ser sopesadas à luz dos casos concretos eventualmente surgidos no âmbito da licitação em comento.

5. Traçados os contornos iniciais sobre o tema, cumpre-nos registrar:

I – Do regime jurídico da realização de “diligências” nas licitações públicas:

6. No decorrer dos certames licitatórios em geral, de maneira bastante frequente, as Comissões de Licitação se deparam com dificuldades para a tomada de decisão em face de questões incidentais, obscuridades e falhas nos documentos e/ou propostas apresentadas pelas licitantes.

7. Para superar tais obstáculos, a legislação previu a possibilidade da realização de ‘diligências’, isto é, um procedimento formal “*de verificação ou elucidação de questões ocorrentes no processo licitatório, em qualquer de suas fases, possibilitando à Comissão de Licitação julgar corretamente o certame*”.²

8. Nesse sentido, o art. 43, § 3º da Lei Federal n.º 8.666/93, prevê que “*é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta*”.

9. Nos primeiros anos da vigência da Lei Geral de Licitações e Contratos, o dispositivo acima teve uma aplicação bastante limitada, tendo em vista a postura excessivamente conservadora das Comissões de Licitação, que se negavam a fazer uso mais efetivo das diligências, sob o receito de inquirir de vícios os procedimentos licitatórios, principalmente em função da limitação expressa contida na parte final do dispositivo, que versa sobre a apresentação de “*documentos novos*”.

10. Com o passar dos anos, a doutrina e a jurisprudência consolidaram a interpretação no sentido de que as Comissões de Licitação em geral têm o “*poder-*

² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *A motivação e as diligências no processo licitatório*. In.: JAM Jurídica, v. 4, Salvador, 2005, p. 5-19.

dever” de realizar diligências sempre que surgir a necessidade de se esclarecer algum ponto obscuro nos documentos apresentados pelos licitantes, ainda que isto importasse trazer documentos novos aos autos, desde que não se tratassem de “documentos ou informações que deveriam constar originalmente da proposta”.

11. Acerca do tema, Edgar Guimarães esclarece que:

*“De modo algum poderá ser admitida a realização de diligências com a extrapolação dos limites conferidos pela Lei nº 8.666/93, nos moldes indicados em suas normas pertinentes e que possam restringir ou frustrar a participação de qualquer licitante no certame licitatório. A propósito destes limites e da extensão das diligências, a lei federal das licitações, na parte final do parágrafo 3º do artigo 43, estabelece vedação à apresentação de documentos ou informação que deveriam constar originariamente dos envelopes. Tal dispositivo, conforme determina a boa hermenêutica, deve ser interpretado de forma sistêmica. É obvio que não está vedada a juntada de qualquer documento, até mesmo porque, se a diligência é procedimento administrativo investigatório com finalidade elucidativa, não raro haverá a necessidade de se produzir, apresentar e juntar aos autos novos documentos”.*³ (grifamos)

12. De maneira mais específica, Marçal Justen Filho ensina que:

*“Qual a extensão da diligência? A Lei determina a vedação à apresentação de documentos que deveriam ter constado dos envelopes. Isso não equivale, no entanto, a proibir a juntada de qualquer documento. Se o particular apresentou um documento e se reputa existir dúvida quanto ao seu conteúdo, é possível que a diligência se traduza numa convocação ao particular para explicar e, se for o caso, comprovar documentalmente o conteúdo da documentação anterior. Um exemplo permite compreender melhor o raciocínio. Suponha-se que o particular apresentou um certo atestado para comprovar o preenchimento de experiência anterior. Há dúvidas, no entanto, sobre a compatibilidade da contratação referida no atestado e o objeto licitado. Será obrigatório que a Comissão convoque o interessado a esclarecer a natureza de sua experiência anterior. Para tanto, será muito mais relevante a exibição de documentação do que as meras palavras do licitante. Logo será facultado ao interessado apresentar a documentação atinente à contratação de que resultou o atestado”.*⁴ (grifamos)

13. O entendimento acima foi corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão paradigmática acerca da vedação ao *excesso de formalismo* nas contratações públicas, da seguinte forma:

³ GUIMARÃES, Edgar. In: http://www.edgarguimaraes.com.br/v2/arquivos/download/PUBLICACOES_DILIGENCIAS_NAS_LICITACOES.pdf. Acessado em 05.07.13.

⁴ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed., Dialética, São Paulo, 2011, p. 692.

“No procedimento [licitatório], é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração de equívoco do que foi decidido pela Administração, sem quebra de princípios legais ou constitucionais”.

(STJ, MS n.º 5.418/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 01/06/98)

14. Assim, sob a égide da Lei n.º 8.666/93, consolidou-se o entendimento de que é possível a realização de diligências destinadas a esclarecer dúvidas da Comissão de Licitação, a sanar pequenas falhas e omissões ou a corrigir erros formais, inclusive por meio da apresentação de novos documentos, desde que estes se restrinjam a *“confirmar ou esclarecer determinado dado constante em outro documento apresentado oportunamente, o qual poderá ser aceito e, então, incluído no processo”*.⁵ Por sua vez, *“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”*.⁶

15. Ocorre que, recentemente, foram editadas a Lei n.º 12.462/11 e o Decreto n.º 7.581/11, que instituem o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e que trouxeram significativas alterações no que tange ao tratamento do tema.

16. O art. 24 da Lei n.º 12.462/11 estabelece que *“serão desclassificadas as propostas que: (i) contenham vícios insanáveis; (ii) não obedecem às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório; (iii) apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei; (iv) não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou (v) apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis”*, sendo que: **(a)** a verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada (§ 1º); e **(b)** a administração pública poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso IV do caput deste artigo (§ 2º).

⁵ SILVA, Nyura Discorzi da. *A promoção de diligências e os limites legais*. In: ILC – Informativo de Licitações e Contratos, n.º 72, fev. 2000, Zênite, Curitiba, p. 116 a 120.

⁶ MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 9ª ed. Zênite, Curitiba, 2013, p. 927.

17. Conforme se extrai da leitura do dispositivo acima, a Lei do RDC – não se sabe se por falha ou por silêncio eloquente – simplesmente deixou de prever a faculdade (ou “poder-dever”) das Comissões de Licitação promoverem diligências destinadas a esclarecer ou complementar a instrução processual – exceto no que tange à verificação da exequibilidade das propostas -, bem como a vedação expressa da inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

18. Por sua vez, os § 1º e 2º do art. 7º do Decreto n.º 7.581/11 - de modo a preencher a lacuna legal – previram que é facultado às Comissões de Licitação, em qualquer fase da licitação: **(a)** promover as *diligências* que entender necessárias; e **(b)** desde que não seja alterada a substância da proposta, adotar medidas de *saneamento* destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

19. Os dispositivos referidos acima inovam a sistemática legal até então vigente⁷ na medida em que: **(a)** possibilitam, além da realização das diligências, a adoção de *medidas de saneamento* destinadas a “*corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo*”, desde que não seja alterada a *substância da proposta* e que tais medidas não incidam sobre vícios *insanáveis*; e **(b)** não repetem a proibição expressa contida no art. 43, § 3º da Lei n.º 8.666/93 da “*inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta*”.

20. A sistemática legal introduzida pelo RDC trouxe inúmeras dúvidas acerca dos limites da atuação das Comissões de Licitação no que tange à realização de diligências e do saneamento processual – ainda não devidamente esclarecidas pela doutrina e jurisprudência. Dentre as dúvidas surgidas, destacam-se: **(a)** o RDC, ao não repetir a vedação contida na parte final do art. 43, § 3º da Lei n.º 8.666/93, passou a permitir a inclusão, a qualquer tempo e de forma ilimitada, de documentos necessários

⁷ De forma semelhante, o art. 12, IV da Lei n.º 11.079/04, que institui normas gerais para a contratação de Parcerias Público Privadas - PPP estabelece que “(...) o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório”. A diferença primordial entre a Lei das PPPs e a Lei do RDC é que a primeira estabelece que o edital fixará a forma de saneamento de falhas, o que privilegia o cumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

para suprir falhas e omissões dos licitantes nas suas propostas? **(b)** se existe algum limite para a apresentação de novos documentos, qual seria? **(c)** a impossibilidade da “alteração da substância das propostas”? **(d)** no que consiste a “alteração da substância das propostas”? **(e)** ainda que não prevista expressamente, aplica-se ao RDC a proibição – ainda que parcial – da inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta?

21. As dúvidas acima – cuja solução depende da consolidação de uma doutrina e jurisprudência sobre o tema - somente podem ser resolvidas com base nos princípios aplicáveis às licitações públicas – inclusive sobre aquelas realizadas com base no Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

II – Dos limites para a realização de diligências e do saneamento processual à luz dos princípios aplicáveis às contratações públicas:

22. As inovações legislativas acima apontadas trouxeram inúmeras dúvidas com relação aos limites dos poderes das Comissões de Licitação no âmbito do RDC, tendo em vista que a nova legislação, de forma recorrente, faz uso de conceitos jurídicos indeterminados na delimitação de tais poderes (v.g., “vícios insanáveis”, “substância da proposta”, etc).

23. No atual “estado da arte” do direito brasileiro, é pacífico que a interpretação das normas legais nunca deve ser feita isoladamente e de forma descontextualizada, mas sempre e necessariamente partir da interpretação dos princípios legais e constitucionais aplicáveis.

24. Partindo da premissa acima, as primeiras formulações teóricas têm se posicionado no sentido de que o RDC, de fato, trouxe um tratamento mais flexível à matéria, enfatizando a possibilidade da realização de ações voltadas a sanear vícios nos documentos apresentados. Contudo, não conferiu - e nem poderia ter conferido – uma prerrogativa absoluta às Comissões de Licitação de aceitarem indiscriminadamente documentos e informações essenciais não constantes das propostas, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais aplicáveis.

25. Nesse sentido, Sidney Bittencourt esclarece que:

“De vital importância, o § 2º é extremamente esclarecedor, pois, atendendo ao entendimento doutrinário majoritário, informa que, além da adoção de medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, a comissão de licitação poderá munir-se desse expediente para corrigir impropriedades na documentação de habilitação e/ou complementar a instrução do processo, desde que, evidentemente, não se altere a substância das propostas.

O dispositivo é extremamente bem vindo, porquanto, como observa Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência tem por objetivo oferecer meios para que a comissão de licitação possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e mesmo autorizar a juntada de documentos, permitindo à comissão julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o procedimento licitatório.” (grifamos)⁸

26. No mesmo sentido, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro defendem que:

“Dando azo a um menor rigorismo na condução do procedimento licitatório, os parágrafos 1º e 2º do art. 7º do Decreto regulamentador facultaram à comissão de licitação promover as diligências que entender necessárias e, desde que não seja alterada a substância da proposta, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

Embora a norma não explicita o que seja ‘substância da proposta’, entende-se que, pelo menos, ela se refira à necessidade de preservação do objeto oferecido e de seu valor. Assim, seria possível, por exemplo, o saneamento de erros e omissões referentes à (a) validade; (b) descrição incompleta do objeto; (c) forma de apresentação; (d) prazo de entrega do bem; (e) erros aritméticos.

Não foi reproduzida, pois, a disposição da Lei n.º 8.666/1993 (art. 43, § 3º) que veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta.

O parágrafo único do art. 17 do Decreto n.º 7.581/2011, estabelece que as propostas em desacordo com o edital devem, de forma motivada, ser imediatamente desclassificadas. Esse dispositivo, contudo, deve ter a sua interpretação harmonizada com as normas antes tratadas permissivas da realização de diligências. (...)

Depois de realizadas as diligências ou ante a sua não aplicabilidade, serão desclassificadas as propostas que (artigos 24 da Lei 12.462/2011 e 40 do Decreto n.º 7.581/2011): (a) contenham vícios insanáveis; (b) não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório; (c) apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação; (d) não tenham sua exequibilidade

⁸ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 92-93.

demonstrada, quando exigido pela Administração Pública; (e) apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis. (...)

Em princípio, não se considera de pouca significância a falha consistente na incompatibilidade entre as especificações técnicas exigidas e aquelas apresentadas pelo objeto ofertado. Nesse caso, cabe um maior rigor por dois motivos principais.

Primeiro, porque, em constando a exigência do edital, presume-se ser ela necessária para o atendimento da necessidade da administração, a qual restaria não atendida caso se aceite um objeto que descumpra tal exigência. Depois, considere-se que a exigência afasta potenciais licitantes, de forma que comprometeria o princípio da isonomia e o da busca da proposta mais vantajosa aceitar determinada proposta que não preenche as exigências técnicas do edital. Em outras palavras, ou a especificação técnica constante do edital é necessária e ela deve ser exigida, ou ela é dispensável e o edital está eivado de vício.⁹ (grifamos)

27. Das palavras dos ilustres doutrinadores acima, têm-se que o RDC abriu a possibilidade – de forma expressa – das Comissões de Licitação realizarem diligências e o saneamento processual, aceitando inclusive a inclusão de novos documentos não constantes da proposta original. Contudo, a faculdade não vai a ponto de possibilitar a aceitação da inclusão “*a posteriori*” de documento exigido no edital de licitação.

28. De nossa parte, tendo em vista que o legislador não conferiu parâmetros seguros e unívocos, entendemos que os novos dispositivos legais devem ser interpretados e aplicados com base na *ponderação* e *harmonização* entre os princípios que, por um lado, determinam a “*vinculação ao instrumento convocatório*” e o “*tratamento isonômico entre os licitantes*” e, por outro, vedam o “*excesso de formalismo nas licitações públicas*”.¹⁰

29. Um dos princípios basilares da licitação pública é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual “*a Administração não pode*

⁹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*, Fórum, Belo Horizonte, 2013, p. 91-93.

¹⁰ Note-se que, conforme pacífico na doutrina e jurisprudência, nas situações de contraposição entre os princípios, a solução não consiste na exclusão absoluta de qualquer um deles, mas em um adequado procedimento de ponderação, segundo o peso e importância de cada um, sendo que a solução será dada pelo caso concreto de acordo com as circunstâncias e valores envolvidos. Acerca do tema, cf.: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, RT, São Paulo, 2002, p. 69-70.

descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I)”.

30. O edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constitui lei entre as partes, sendo a norma fundamental do procedimento licitatório, seja qual for a modalidade ou tipo escolhido pela Administração para concretizar o interesse público perseguido pela contratação, que vincula tanto a própria Administração Pública quanto os particulares envolvidos na licitação.

31. Acerca do tema, Hely Lopes Meirelles pontua que:

*“(…) a vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato (...). Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e a forma de participação dos licitantes, bem como as condições de elaboração das ofertas, e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse a documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula a os seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu”.*¹¹

32. Desse modo, como corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as propostas apresentadas em desconformidade com o edital de licitação devem – em regra – ser inabilitadas e/ou desclassificadas. Não é outra, inclusive, a orientação da jurisprudência dos tribunais superiores:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifa, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 31.

(STF, 2ª t., RMS 23640/DF, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 16/10/2001).

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), 'a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa', este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

(STJ, 2ª t., RESP n.º 1178657, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21/09/2010)

33. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme se extrai dos julgados acima, não é um “*princípio-fim*” mas um “*princípio-meio*”, que visa possibilitar a consecução de outros princípios basilares da licitação, como os do “*julgamento objetivo*” e da “*isonomia entre os licitantes*”.

34. No âmbito dos procedimentos licitatórios, a observância à “*vinculação ao instrumento convocatório*”, ao “*procedimento formal*” e ao “*julgamento baseado em critérios objetivos*” visam, de modo geral, assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes.

35. O *princípio da isonomia* – princípio constitucional básico - não objetiva a proibição completa de qualquer diferenciação entre os candidatos, pois essa irá ocorrer naturalmente com a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, mas a vedação de qualquer “*discriminação arbitrária*”, que gere desvalia de alguma proposta em proveito ou detrimento de outra. Assim, em decorrência da aplicação do princípio da isonomia, temos que é obrigação da Administração Pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade.

36. Nesse sentido - especificamente no que tange ao objeto da consulta-, a Administração Pública não pode, por meio da realização de *diligências* e/o do *saneamento processual*, permitir que um licitante que tenha deixado de demonstrar o fiel atendimento ao edital no momento oportuno, o faça posteriormente, sob pena de violação ao princípio da isonomia e ao direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com as exigências do edital.

37. O raciocínio acima é válido nos procedimentos realizados sob a égide da Lei n.º 8.666/93, da Lei do Pregão, da Lei das PPPs e, como não poderia deixar de ser, da Lei do RDC. Isto porque, muito embora o RDC tenha trazido para o ordenamento jurídico inúmeras inovações visando simplificar os procedimentos, ampliar a eficiência nas contratações e a competitividade entre os licitantes, o novo diploma não afastou - e nem poderia - a primazia dos princípios que são inerentes à Administração Pública, dentre eles, o da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e o da isonomia entre os licitantes.

38. A afirmação acima é corroborada por João Negrini Neto, em trabalho específico sobre essa nova forma de contratação pública, segundo o qual:

“Por fim, embora a lei do RDC silencie a respeito da impossibilidade de inclusão de documentos que devessem constar originalmente da proposta para fins de correção dessas mesmas impropriedades, as regras vislumbradas nos parágrafos 3º e 5º do art. 43 da Lei n.º 8.666/93 soam perfeitamente aplicáveis às licitações processadas pelo regime diferenciado: (...)

Uma vez que as hipóteses de desclassificação das propostas não podem ser invocadas como fase preliminar de habilitação dos concorrentes, também a correção de falhas grotescas que impliquem a juntada de novos documentos ou informações que deveriam constar originalmente das propostas não pode ser aceita por imperativo de isonomia.

Em suma, todas as hipóteses de desclassificação deverão seguir as mesmas orientações. Embora a lei busque fazer uma diferenciação entre os casos de desclassificação por vícios, desobediência das especificações técnicas pormenorizadas e desconformidade com as exigências do instrumento convocatório, a todos será aplicável o mesmo raciocínio.

As falhas meramente formais não poderão conduzir à desclassificação dos licitantes. A Comissão de Licitações deverá sempre prover diligências no sentido do aproveitamento da proposta eivada de vícios e incorreções, ficando vedada a inclusão de documentos que deveriam instruir a proposta desde o

início. Isso tudo visa ao bem da competitividade do certame e do interesse público.¹²

39. Por outro lado, o fato da licitação ser um procedimento formal não implica na necessidade das Comissões de Licitação adotarem uma postura excessivamente *formalista e conservadora* na análise e no julgamento dos documentos habilitatórios e propostas dos licitantes, particularmente quando estas se deparam com *falhas adjetivas, irrelevantes e sanáveis*, cuja correção não provoque tratamento anti-isonômico aos competidores.

40. Nesse sentido, conforme destaca André Guskow Cardoso, “*a realização de diligências para a correção de vícios diminutos e formais pela Administração constitui derivação direta dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não é razoável e nem proporcional vedar a participação de determinado licitante diante de falha meramente formal, quando seu suprimento não acarrete prejuízo ao processo de licitação nem aos demais licitantes*”.¹³

41. Registre-se, contudo, que a possibilidade da superação pela Comissão de Licitação de vícios encontrados nos documentos e nas propostas – prevista na legislação e reconhecida como fundamental pela doutrina e jurisprudência modernas – não é ilimitada, devendo ser utilizada com prudência e cautela pelas Comissões de Licitação. Tal peculiaridade é sintetizada com propriedade por Maria Sylvia Zanella di Pietro, nos seguintes termos:

“Tem sido muito comum, no curso dos procedimentos licitatórios, a invocação, pelos licitantes, do princípio da razoabilidade como instrumento para quebrar o formalismo inerente ao procedimento da licitação. Invoca-se também o princípio segundo o qual ‘não há nulidade sem prejuízo’ (‘pas de nullité sans grief’).

Não se pode deixar de observar, contudo, que esses princípios, se podem ajudar na interpretação da lei aos casos concretos, não podem colocar-se acima dos princípios inerentes à licitação, expressos no art. 3º da Lei n.º 8.666, dentre os

¹² NEGRINI NETO, João. *Hipóteses de desclassificação das propostas e critérios de desempate previstos no Regime Diferenciado de Contratações públicas*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei n.º 12.462/11; Decreto n.º 7.581/11): aspectos fundamentais. 2ª ed., ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 109-123.

¹³ CARDOSO, André Guskow. *As diligências produzidas nos processos licitatórios e a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 15, maio/08, disponível em www.justen.com.br. Acessado em 03/07/13.

quais o da legalidade (imposto também pelo art. 37 da Constituição), o da isonomia entre os licitantes, o da vinculação ao instrumento convocatório. (...)

Ocorre que o formalismo está presente na licitação exatamente por se tratar de procedimento competitivo. A inobservância de exigências formais, por um licitante, necessariamente leva à sua inabilitação ou desclassificação, conforme o caso. A Comissão de Licitação não pode relevar falhas formais, a não ser em casos absolutamente excepcionais, em que a irregularidade se supera por outros elementos constantes dos autos; caso contrário, haveria ofensa aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia (...)

O procedimento da licitação é quase inteiramente vinculado; é vinculado à lei e ao edital. A discricionariedade está presente na elaboração do edital. A partir daí, tudo o que nele se contiver e não for impugnado pelos licitantes, obriga a Comissão de Licitação e os licitantes. As exigências são iguais para todos; a liberdade em relação a um licitante vem em prejuízo dos outros, que atenderam a todas as exigências do edital, ofendendo, portanto, o princípio da isonomia. O rigorismo é igual para todos e constitui uma garantia de legalidade e de igualdade para a Administração e para o administrado. (...)

*Eventualmente, poderá ser invocado o princípio da razoabilidade para relevar pequenas irregularidades, que em nada impedem a Comissão de Licitação de avaliar o preenchimento dos requisitos para habilitação ou classificação. Por vezes o desatendimento de determinada exigência supre-se por outros dados, constantes do envelope-documentação ou envelope-proposta, conforme o caso. O que não é possível, de forma alguma, é permitir a qualquer um dos licitantes que complete dados exigidos expressamente no edital e por ele omitidos ao apresentar a documentação para habilitação e proposta”.*¹⁴ (grifamos).

III – Das regras básicas para a definição dos limites para a realização das diligências e do saneamento processual no âmbito do RDC:

42. A definição dos limites para a realização de diligências e do saneamento processual no âmbito das licitações processadas via RDC somente pode ser feita, de modo seguro, à luz das características do caso concreto.

43. Não obstante isso, é possível extrair das considerações acima algumas regras básicas destinadas a orientar a Comissão de Licitação do RDC n.º 003/2013 no julgamento dos documentos e propostas apresentadas:

- a) ***Documentos e/ou informações exigidos ‘expressamente’ no edital de licitação e que não foram apresentados pelos licitantes:*** Em regra, não obstante o RDC não trazer a limitação contida na parte final do § 3º do art. 43 da Lei n.º 8.666/93, na hipótese da não apresentação por parte de

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39-45.

qualquer licitante de um ou mais documentos e/ou informações exigidos expressamente no edital de licitação, a Comissão de Licitação deve inabilitar e/ou desclassificar a proposta, com fundamento nos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia.

A justificativa para tal posicionamento é simples: se a EPL exigiu em seu edital de licitação a apresentação de determinado documento e/ou informação é porque julga que tal dado é importante para a avaliação da qualificação do licitante ou da sua proposta.

Nesse sentido, permitir que o licitante que - tendo tomado amplo e irrestrito conhecimento das exigências editalícias – forneça *documento novo* que *deveria ter constado da proposta* após o prazo fixado para a apresentação da documentação, caracterizaria nítido desrespeito ao princípio da isonomia e ao direito dos demais licitantes ao processamento de certame de acordo com as exigências do edital.¹⁵

- b) ***Esclarecimento, correção ou complementação de documento e/ou informação constante da proposta apresentada:*** No caso de esclarecimento, correção ou complementação de documento e/ou informação constante da proposta original mas que, por qualquer motivo, foi apresentada de forma incompleta ou imprecisa, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser perfeitamente possível a realização de diligências e/ou o saneamento da instrução processual, inclusive mediante a apresentação de documentos novos, desde que as informações faltantes não afetem substancialmente as propostas apresentadas.

A regra acima decorre da aplicação dos dispositivos correspondentes do RDC – que enfatizam a possibilidade do ‘*saneamento processual*’ – conjugada com o princípio que veda o excesso de formalismo.

Ora, se um determinado licitante apresentou na sua proposta as informações exigidas no edital de licitação mas, por algum motivo, tais informações foram incompletas ou imprecisas, seria desarrazoado simplesmente inabilitar a licitante ou desclassificar sua proposta sem consignar-lhe um prazo para o esclarecimento e/ou a complementação da informação.

Não se trata, pois, de permitir a apresentação de documento novo, exigido no edital da licitação e não apresentado tempestivamente, mas da complementação, correção e/ou esclarecimento de informação já constante da proposta, que poderia inclusive, em muitos casos, ser inferida por meios indiretos.

¹⁵ A regra geral acima, contudo, comporta algumas exceções, nas quais a juntada de documento novo, expressamente exigido no edital, não caracteriza violação ao princípio da isonomia. Nesse sentido podem ser citados dois exemplos. O primeiro caso é quando a diligência incide uniformemente sobre todos os licitantes – i.e, todos os licitantes deixam de apresentar o documento ou informação e a Comissão de Licitação abre a possibilidade de todos complementarem os documentos faltantes. O segundo ocorre quando os demais licitantes manifestam concordância com a juntada ulterior de determinado documento por um determinado concorrente.

A casuística acerca do tema é extensa, podendo ser mencionados, a título de exemplo, os seguintes julgados:

- **STF - RMS n.º 23.714-DF:** No julgamento do RMS n.º 23.714-DF, o STF entendeu que a ausência de apresentação dos preços unitários de determinados componentes das urnas, conforme exigido no edital de licitação de aquisição de urnas eletrônicas para as eleições municipais de 2000, constitui *“mera irregularidade formal, não caracterizando vício insanável de modo a desclassificar a proposta vencedora”*. No caso, o edital de licitação exigia a apresentação da composição completa dos preços unitários, o que não foi atendido pela licitante vencedora. Contudo, o STF decidiu afastar a desclassificação da proposta na medida em que entendeu que os preços unitários poderiam ser aferidos a partir de outros elementos contidos na proposta, tornado a ausência da tabela exigida pelo Edital uma informação não substancial, passível de saneamento;
- **STJ – MS 5418/DF:** O STJ entendeu que constitui excesso de formalismo a desclassificação de proposta comercial que grafou o valor da proposta apenas em algarismos (e não em algarismos e por extenso, conforme previsto no edital). Na hipótese, também partindo da premissa de que as informações poderiam ser aferidas indiretamente das propostas, o tribunal consignou que *“o valor da proposta grafado somente em algarismos – sem a indicação por extenso – constitui mera irregularidade de que não restou prejuízo, insuficiente por si só para desclassificar o licitante. (...) o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes”*.
- **TRF 1ª Região – AMS 200334000374877:** No caso, o TRF da 1ª Região entendeu que erros aritméticos no cálculo dos valores das propostas são considerados vícios sanáveis, passíveis de correção mediante diligência e/ou saneamento. Nesse sentido, destaca que *“caso em que a inabilitação da licitante do procedimento licitatório decorreu da apresentação de proposta contendo valor mensal e omitindo valor global, referente a um ano, o qual poderia ter sido apurado mediante simples operação aritmética, ainda mais quando o licitante já havia encaminhado planilha de custo por formulário eletrônico, contendo preço mensal e anula para se credenciar no certame”*.¹⁶

¹⁶ O posicionamento pode ser resumido por meio da transcrição dos ensinamentos de André Guskow Cardoso, perfeitamente aplicáveis ao caso, ainda que emitidos sob a égide da Lei n.º 8.666/93: *“Ressalte-se, ainda, que há outro limite à realização de diligências. Trata-se da impossibilidade de a Administração, por meio do uso da diligência, violar a isonomia de tratamento com relação aos demais licitantes. Não se trata de impedir a realização de toda e qualquer diligência sob a alegação de que os demais licitantes teriam apresentado documentação regular e que afastaria qualquer dúvida com relação ao atendimento do ato convocatório. O que impede a produção de diligência é a atuação da Administração que permite que o licitante que tenha deixado de demonstrar inicialmente (quando da abertura do certame) o atendimento ao edital o faça posteriormente. Ou seja, não se trata das situações em que a diligência apenas irá confirmar dados e informações que já constavam da documentação de habilitação do licitante ou de sua proposta, mas daquelas em que a própria informação (exigida pelo edital) venha a ser apresentada posteriormente. É a situação que deixa de apresentar determinado atestado para comprovação da qualificação técnica mínima exigida pelo edital e pretende, no curso das*

Em suma, independentemente de se tratar de uma licitação processada sob RDC, as diligências e/ou o saneamento processual somente podem ser realizados para fins de **(i) esclarecer informações constantes das propostas** (v.g. aclarar pontos obscuros na documentação apresentada pela licitante); **(ii) corrigir impropriedades na documentação** (v.g. verificar a data de validade de alguma certidão); ou **(iii) complementar a instrução do processo** (v.g. realização do detalhamento de alguma informação), o que não significa suprir a ausência da apresentação de algum documento que deveria originalmente ter constado na proposta apresentada.¹⁷

IV – Resposta objetiva ao quesito apresentado:

Quesito: *“Solicitamos parecer deste Jurídico a respeito de determinado documento que foi exigido no Edital e foi apresentado posteriormente, durante a fase de diligências, por solicitação da Comissão Especial de Licitação. O referido documento pode ser incorporado à proposta da licitante, uma vez que as regras que regem o certame é o Regime Diferenciado das Contratações?”*

Resposta:

a) Na hipótese de se tratar de documento e/ou informação exigida expressamente no Edital de Licitação, a Comissão de Licitação - independentemente de se tratar de uma licitação processada sob o Regime Diferenciado de Contratações - não poderá incorporar o referido documento à proposta da licitante, sob pena de violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes, devendo inabilitar e/ou desclassificar a proposta.

diligências, demonstrar essa qualificação. No entanto, não se pode confundir essa situação com aquela em que o licitante apresenta o atestado e, por qualquer motivo, surge dúvida a respeito da descrição de determinado serviço nele contido ou sobre as técnicas utilizadas na referida obra ou serviço. Nessa hipótese, há inequívoca possibilidade de realização de diligências para sanar essas dúvidas. Contudo, no primeiro caso, há nitido descumprimento da exigência de tratamento isonômico entre as licitantes, o que não é admitido na lei n.º 8.666/93 (art. 3º). Em termos gerais, situações dessa espécie impedem a realização de diligências por parte da Administração”. (CARDOSO, André Guskow. As diligências produzidas nos processos licitatórios e a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 15, maio/08, disponível em www.justen.com.br. Acessado em 03/07/13)

¹⁷ Frise-se que tal possibilidade também encontra limites. Em primeiro lugar, é possível o saneamento de vícios formais nos documentos apresentados e nunca vícios materiais. Além disso, não é possível apresentar um documento produzido ou modificado após a data da apresentação das propostas. Por exemplo: em tese, é possível a apresentação de uma certidão de regularidade fiscal válida, emitida antes da apresentação das propostas mas que por qualquer motivo não foi apresentada, em substituição a uma certidão inválida, juntada aos autos por engano. Por outro lado, não é possível a juntada de uma certidão válida, emitida posteriormente à data da apresentação das propostas, pois não será possível assegurar que a licitante possuía as condições de participação na data da realização do certame.

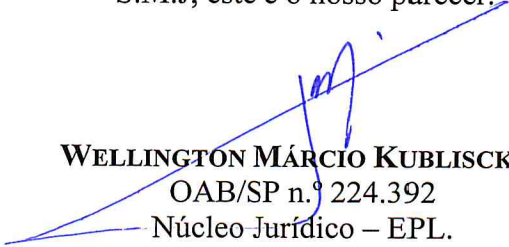
Isto porque, conforme amplamente demonstrado nesse parecer, apesar da legislação do RDC não repetir a vedação contida na parte final do § 3º do art. 43 da Lei n.º 8.666/93 e de permitir expressamente o saneamento processual, tal legislação não confere às Comissões de Licitação poderes amplos e irrestritos de promoverem a juntada de documentos novos, expressamente exigidos de todos os licitantes e não apresentados tempestivamente por um ou algum deles, sob pena de violação dos princípios constitucionais e legais básicos que regem dos procedimentos licitatórios;

b) Por outro lado, na hipótese de se tratar do esclarecimento, correção ou complementação de uma determinada informação constante da proposta, a Comissão de Licitação, verificadas as condições do caso concreto, poderá admitir a juntada de documento e/ou informações novos, desde que tais documentos não sejam exigidos expressamente como requisitos de habilitação e/ou parte integrante das propostas;

c) Por fim, saliente-se que o fato da Comissão de Licitação ter solicitado a apresentação da informação não obriga, por si, que a informação seja aceita para fins de saneamento das propostas apresentadas.

Nesse sentido, uma vez apresentada a informação, a Comissão de Licitação deverá analisar se é o caso ou não da aceitação do dado apresentado, tendo em vista os limites da sua atuação nos certames licitatórios. Constatando que a informação constitui um documento novo, exigido no edital de licitação e não apresentado tempestivamente - e não o esclarecimento, correção e/ou complementação de uma informação constante das propostas -, a Comissão de Licitação poderá, de forma motivada, se recusar a aceitar a informação.

S.M.J, este é o nosso parecer.



WELLINGTON MÁRCIO KUBLISKAS
OAB/SP n.º 224.392
Núcleo Jurídico – EPL.