



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CAMARA NACIONAL DE MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -
CNMLC/DECOR/CGU

PARECER n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: LICITAÇÕES E OUTROS

EMENTA:

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

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

1. RELATÓRIO

1. Chegou ao conhecimento desta Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos (CNMLC) que o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) exarou o Acórdão 1211/2021, em que decidiu:

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;**

2. Em razão do acórdão em questão, vários questionamentos chegaram a esta Câmara, dada a redação contida nos editais, que copia o texto do Decreto, o que motiva a elaboração desta manifestação.

3. Registre-se, por oportuno, que no decorrer da elaboração deste parecer, o entendimento em questão foi reiterado no acórdão nº 2443/2021-Plenário, no que se decidiu que:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada, mediante o [Acórdão 1636/2021-TCU-Plenário](#);

9.3. determinar ao Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 4º, inciso I da Resolução - TCU 315/2020, que, no prazo de quinze dias, adote providências quanto ao item abaixo, e informe ao TCU os encaminhamentos realizados:

9.3.1. promova a anulação da decisão da autoridade competente que reformou a decisão do pregoeiro quanto à habilitação da licitante Delurb Ambiental Ltda. no Pregão 45/2020, que ofertou o menor preço, com a consequente habilitação da citada Empresa, tendo em vista que a apresentação, em sede de diligência, do CAT 24097/2021 pela Empresa Delurb, 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 1211/2021-TCU-Plenário](#), Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues;

4. A propósito do assunto, o Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, prevê que os documentos de habilitação devem ser apresentados juntamente com a proposta e antes da abertura da sessão pública. Ressalvam-se a documentação constante do SICAF e de sistemas cadastrais

semelhantes, bem como a complementação de informações relativas a documentos já apresentados:

Art. 6º A realização do pregão, na forma eletrônica, observará as seguintes etapas sucessivas:

I - planejamento da contratação;

II - publicação do aviso de edital;

III - apresentação de propostas e de documentos de habilitação;

IV - abertura da sessão pública e envio de lances, ou fase competitiva;

V - julgamento;

VI - habilitação;

[...]

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.

§ 1º A etapa de que trata o caput será encerrada com a abertura da sessão pública.

§ 2º Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do Sicaf e de sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes dos sistemas.

§ 3º O envio da proposta, acompanhada dos documentos de habilitação exigidos no edital, nos termos do disposto no caput, ocorrerá por meio de chave de acesso e senha.

§ 4º O licitante declarará, em campo próprio do sistema, o cumprimento dos requisitos para a habilitação e a conformidade de sua proposta com as exigências do edital.

§ 5º A falsidade da declaração de que trata o § 4º sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto.

§ 6º Os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta e os documentos de habilitação anteriormente inseridos no sistema, até a abertura da sessão pública.

§ 7º Na etapa de apresentação da proposta e dos documentos de habilitação pelo licitante, observado o disposto no caput, não haverá ordem de classificação das propostas, o que ocorrerá somente após os procedimentos de que trata o Capítulo IX.

§ 8º Os documentos que compõem a proposta e a habilitação do licitante melhor classificado somente serão disponibilizados para avaliação do pregoeiro e para acesso público após o encerramento do envio de lances.

§ 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.

[...]

Art. 38. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital.

[...]

§ 2º O instrumento convocatório deverá estabelecer prazo de, no mínimo, duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema, para envio da proposta e, se necessário, dos documentos complementares, adequada ao último lance ofertado após a negociação de que trata o caput.

[...]

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicaf.

§ 1º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no Sicaf serão enviados nos termos do disposto no art. 26.

§ 2º Na hipótese de necessidade de envio de documentos complementares após o julgamento da proposta, os documentos deverão ser apresentados em formato digital, via sistema, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico, observado o prazo disposto no § 2º do art. 38.

5. Os modelos de instrumentos convocatórios da Advocacia-Geral da União (AGU) seguem as disposições do Decreto nº 10.024, de 2019, como se pode ver, apenas a título de exemplo, na redação do modelo do "EDITAL - COMPRAS - PREGÃO ELETRÔNICO (ATUALIZAÇÃO JUL 2020)":

5.1. 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, quando, então, encerrar-se-á automaticamente a etapa de envio dessa documentação.

[...]

7.28.2. O pregoeiro solicitará ao licitante melhor classificado que, no prazo de (.....) horas [mínimo de duas horas], envie a proposta adequada ao último lance ofertado após a negociação realizada, acompanhada, se for o caso, dos documentos complementares, quando necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já

apresentados.

[...]

9.3. Havendo a necessidade de envio de documentos de habilitação complementares, necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados, o licitante será convocado a encaminhá-los, em formato digital, via sistema, no prazo de (.....) horas [mínimo de duas horas], sob pena de inabilitação.

Nota Explicativa: Decreto nº 10.024, de 2019: Art. 38, §2º: “O instrumento convocatório deverá estabelecer prazo de, no mínimo, duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema, para envio da proposta e, se necessário, dos documentos complementares, adequada ao último lance ofertado após a negociação”

Os documentos complementares a serem requisitados e apresentados não poderão ser os já exigidos para fins de habilitação no instrumento convocatório. Em outras palavras, não se trata de uma segunda oportunidade para envio de documentos de habilitação. A diligência em questão permite, apenas, a solicitação de documentos outros para confirmação dos já apresentados, sendo exemplo a requisição de cópia de contrato de prestação de serviços que tenha embasado a emissão de atestado de capacidade técnica já apresentado.

(destacou-se)

6. Desse modo, aparentemente, a posição externada pela Corte de Contas diverge da orientação adotada nos modelos da AGU.

7. Para o TCU, ao que tudo indica, importa que o licitante ostente as condições de habilitação no momento da abertura da sessão pública, independentemente da apresentação de documentos comprobatórios.

8. A questão jurídica então é se, em razão dessa posição externada no citado Acórdão do TCU, haveria necessidade de alteração das minutas de modelos.

9. É o relatório.

2. APRECIÇÃO

2.1 Compreendendo a posição do Acórdão 1211/2021 do Plenário do TCU

10. Não houvesse o Decreto nº 10.024, de 2019, a posição do Acórdão 1211/2021 do Plenário do TCU encontraria melhor sustentação.

11. Com efeito, sabe-se que a licitação busca a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993^[1], aplicável ao pregão por força do art. 9º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002^[2]. E a Lei nº 10.520, de 2002, não deixa claro o momento em que os documentos de habilitação devem ser apresentados.

12. Desse modo, olhando-se apenas para a Lei nº 10.520, de 2002, caberia sustentar que os documentos de habilitação poderiam ser apresentados no momento da análise das condições de habilitação. Aliás, o art. 4º, VII, da Lei prevê que na abertura da sessão pública os licitantes devem apenas declarar que cumprem os requisitos de habilitação, o que pode ser interpretado como dispensa de apresentação dos documentos respectivos nesse momento. A propósito, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamentava o pregão eletrônico anteriormente ao Decreto nº 10.024, de 2019, indicava esse procedimento em seu art. 25^[3].

13. O Acórdão 1211/2021 do Plenário do TCU utiliza também o art. 43, §3º, da Lei nº 8.666, de 1993^[4], e o art. 64 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021^[5], para sustentar que a possibilidade prevista nesses dispositivos de sanar falhas abrangeria a falha consistente na não apresentação de documento de habilitação, desde que a condição exigida pelo edital estivesse cumprida pelo licitante no momento da abertura do certame. Segundo o TCU, essa possibilidade de admitir documentos que não foram apresentados faz com que se evite inabilitar empresas que teriam propostas melhores.

14. Em sua apreciação, o TCU registrou que não seria necessária a alteração das normas vigentes:

Portanto não há falar em reavaliação do previsto no recente Decreto 10.024/2019, uma vez que o normativo já admite o saneamento dos documentos de habilitação e da proposta em seu art. 47.

Da mesma forma, o sistema Comprasnet permite a execução deste ato, por meio da abertura do chat, para envio dos documentos solicitados, como ocorreu no caso concreto relatado nesta representação, devendo o pregoeiro obrigatoriamente fundamentar seu ato.
[...]

No que concerne ao segundo ponto da oitiva, relativo ao momento em que se deve anexar o arquivo da proposta no sistema, a Seges/ME informou que adotará medidas para promover alteração no sistema Comprasnet a fim de que o ato ocorra posteriormente à fase de lances, não havendo mais considerações a serem feitas.

15. Por fim, é importante registrar que, segundo o TCU, seu entendimento seria mera interpretação dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto nº 10.024, de 2019^[6]. Para ele, o objetivo de deixar assentada essa possibilidade de aceitar documentos de habilitação “durante as fases de julgamento das propostas e/ou de habilitação” serviria para “evitar interpretações equivocadas do Decreto 10.024/2019”.

16. Mas seriam efetivamente equivocadas as interpretações divergentes da adotada pela Corte de Contas?

2.2 Interpretação do Decreto nº 10.024, de 2019

17. A interpretação dada pelo TCU no Acórdão 1211/2021, na prática, afasta dispositivos expressos do Decreto nº 10.024, de 2019.

18. Em primeiro lugar, afasta a norma do Decreto que determina a apresentação dos documentos de habilitação juntamente com a proposta e antes da abertura da sessão pública.

19. Afasta ainda a norma que deixa claro que essa fase de apresentação de documentos se encerra com a abertura da sessão pública. A interpretação também ignora o fato de que, após a abertura da sessão pública, somente é permitida a apresentação de documentação complementar, que, segundo o §9º do art. 26, diz respeito aos “necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados”.

20. Dito de outro modo, embora a Corte de Contas afirme que esteja apenas interpretando o Decreto, está de fato afastando norma expressa e vigente.

21. O próprio Ministério da Economia, ao ser ouvido pelo TCU no caso que deu origem ao Acórdão supracitado, apontou que não caberia a complementação de documento inexistente, pois isso contrariaria o Decreto.

22. Ao se admitir que os licitantes apresentem documentos em momento posterior à abertura da sessão, essa permissão acarreta a ineficácia da norma que exige apresentação antes da sessão.

23. Tanto é que a própria Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) admitiu que a mudança do procedimento demandaria estudos e alteração do Decreto:

Após a avaliação da resposta à oitiva, a Selog, em uníssono, propôs:

[...]

c) recomendar à Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, com fundamento no art. 250, inciso III, do RI/TCU, c/c o art. 11 da Resolução – TCU 315/2020, que avalie a conveniência e oportunidade de realizar estudos com vistas a verificar os impactos de uma mudança normativa para permitir, no pregão eletrônico, a complementação da documentação exigida no edital para habilitação no certame, em prazo que não comprometa a sua celeridade, quando, no julgamento da proposta, for observada a ausência de parte da documentação obrigatória, a fim de melhor alinhar os dispositivos normativos com os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e do formalismo moderado, informando, no prazo de 120 dias, as providências adotadas.

24. Esse parece ser o caminho mais acertado, ou seja, o problema no Acórdão 1211/2021 do Plenário do TCU não está no ponto em que admite a apresentação de documentos de habilitação após abertura da sessão pública. O problema está em admitir essa apresentação sem que haja alteração do Decreto vigente.

25. Não é por demais acrescer que essa posição do Tribunal de Contas é diametralmente oposta à esposada em recentes acórdãos da própria Corte, que analisaram a mesma questão. Vejamos:

“[Voto]

9. Como afirma a Selog em sua mais recente instrução, de fato, os participantes tinham a obrigação de apresentar justificativas nos casos em que fosse superior a 10% a diferença entre o total dos compromissos por eles assumidos (IN SLTI/MP 2/2008, art. 19, inciso XXIV, alínea “d”, item 2, acima transcrito) e sua receita bruta constante da DRE. Portanto, tendo em vista que, na situação em análise, a representante se enquadrava na hipótese do item 4.2.1.3, o elemento faltante na proposta já deveria estar presente quando da sua apresentação em momento oportuno, de acordo com o já aludido art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993. É interessante anotar que essa obrigatoriedade independe da natureza do documento. **Mesmo sendo este de caráter explicativo, sua inclusão era mandatária.**

10. **Assim, haja vista que as aludidas justificativas deveriam necessariamente acompanhar a proposta, agiu corretamente o banco ao inabilitar a representante,** sendo adequado, por consequência, revogar a cautelar adotada e, no mérito, considerar improcedente a representação.” (Acórdão nº 1783/2017 – Plenário – destacamos)

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, com fundamento nos artigos 235 e 237, do Regimento Interno/TCU, e ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar a presente representação parcialmente procedente;

9.2. confirmar a medida cautelar concedida em 10/7/2019 (peça 208) e determinar ao Comando da 1ª Brigada de Infantaria de Selva, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que:

(...)

9.2.1.1. a inclusão pela empresa Fox Produções Ltda., em momento posterior ao envio da proposta e da documentação de habilitação, do atestado de capacidade técnica emitido pela empresa Mais Soluções Gráficas contrariou os artigos 43, §3º, da Lei 8.666/1993, e 4º, inciso XVI, da Lei 10.520/2002, bem como o item 8.22, do edital do pregão 47/2018;” (Acórdão nº 3141/2019 - Plenário - j. 11/12/2019 Destacamos.)

26. Mesmo que alguns desses acórdãos sejam anteriores ao Decreto nº 10.024, de 2019, nota-se que o Acórdão nº 3141/2019 do Plenário já é posterior, havendo um ainda mais recente da 2ª Câmara que não admitiu documentos complementares após a fase de recursos^[7]. Dito isto, verifica-se que não há uniformidade de tratamento pelo TCU, razão pela qual a observância do Decreto traz um norte seguro para a atividade administrativa.

27. Quanto à validade do Decreto, sabe-se que em nosso sistema jurídico os Decretos têm função, em regra, meramente regulamentar, isto é, sem possibilidade de inovar a respeito dos direitos e deveres previstos em Lei, conforme salienta o PARECER n. 00006/2020/CNMLC/CGU/AGU, NUP: 00688.000716/2019-43:

42. Com efeito, o Decreto, instrumento que veicula um regulamento, é ato que visa a uniformizar a aplicação de uma determinada lei. Logo, “o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei”.

43. Pois bem, na hipótese vertente, o Decreto nº 7.893/13 tem como seu fundamento de validade a Lei nº 8.666/93, sendo dela dependente.

44. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que:

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apoia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto a sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividades, e ser por ele inatingível, pois não pode se opor a ela.

45. Deste modo, a regra geral é que os decretos expedidos têm como limites à regulamentação a lei que possibilitou seu surgimento.

28. Por outro lado, na interpretação das normas, deve-se partir de uma presunção de validade, mormente quando oriunda de manifestação do Poder Público. Nesse sentido, vale citar o seguinte pronunciamento jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS. TARIFA FIXADA POR DECRETO DO PREFEITO MUNICIPAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUESTIONAR O SEU VALOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVOGAÇÃO DA TARIFA POR ATO JUDICIAL. INCABIMENTO DO DEVER DE RESTITUIR, POR PARTE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA, OS VALORES COBRADOS NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DO **DECRETO** MUNICIPAL FIXADOR DA TARIFA. **PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO**. BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

[...]

2. É incabível exigir da concessionária de serviço público a devolução do valor de tarifa cobrada dos usuários de serviço de transporte urbano de passageiros, praticado ao tempo em que vigorou o ato municipal (Decreto Executivo) que o fixou, regularmente emitido pela autoridade competente; **os atos do Poder Público são ornados da presunção de validade e legitimidade** e os seus destinatários que os observam e os cumprem acham-se atuando de boa-fé.

[...]

(STJ), REsp 929.792/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2016, Dje 31/03/2016)

29. Isso não significa que não se possa controlar os atos do Poder Público ou que não haveria possibilidade de existir atos inválidos. Significa apenas que, havendo uma interpretação que torne o sentido da norma válido, ela deve ser preferida àquela que tornaria a norma inválida. Na doutrina, a propósito, encontra-se:

425 - X. Presume-se que o estipulante, ou as partes, não pretenderam um absurdo, nem convieram tampouco em um ato, ou cláusula, sem efeito prático ou juridicamente nulos. Prefere-se a inteligência que torna eficazes e acordes com o bom-senso as disposições duvidosas e, portanto, válido o testamento, exequível a obrigação. Em resumo: se de uma exegese resulta nulo ou praticamente inútil o ato, ao todo ou em parte, e de

outra - não, adota-se a última.

(MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 282)

439 - O presente capítulo é complemento natural daquele em que se tratou do Processo Sistemático de interpretação: ambos estudam as antinomias, reais ou aparentes, nas expressões do Direito(1).

Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior.

Em resumo: sempre se começará pelo Processo Sistemático; e só depois de verificar a inaplicabilidade ocasional deste, se proclamará ab-rogada, ou derogada, a norma, o ato, ou a cláusula.

(MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 290-291)

Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito não se presume; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O juriconsulto Paulo ensinara que -as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrarioe sint idque multis argumentis probatur*(2).

(MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 292)

30. Não bastasse a presunção de validade do Decreto, o próprio TCU sequer a questionou. Restringiu-se a afirmar que seria possível, por via interpretativa, alterar o procedimento do pregão eletrônico. Ocorre que, no caso, essa postura pretensamente interpretativa parece ter extrapolado os limites semânticos do texto do Decreto, algo que não é adequado. De forma análoga, embora tratando de lei e não de norma infralegal, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a impropriedade deste procedimento na Súmula Vinculante 10:

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

31. Ainda na exposição sobre a validade do Decreto, é importante demonstrar a possibilidade de regulamentar o prazo ou momento para apresentação dos documentos de habilitação. Nessa linha argumentativa, pode-se apontar que o art. 2º da Lei 10.520, de 2002, previa expressamente que o procedimento do pregão seria tratado em regulamento:

Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.

32. Esse dispositivo foi vetado, mas não por conta da possibilidade de regulamentação em Decreto, e sim porque se considerou inconveniente a vedação contida no final do dispositivo que impedia a contratação de serviços de vigilância. A propósito, o motivo do veto é que "a redação adotada implicará na proibição da contratação de serviços de vigilância por meio do pregão..."^[8].

33. Apesar disso, o veto não impediu a possibilidade de regulamentação em Decreto, até porque outros dispositivos da Lei continuaram fazendo referência a ela:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do **regulamento de que trata o art. 2º**;

[...]

Art. 8º Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do **regulamento previsto no art. 2º**.

(Destacou-se)

34. Desse modo, o fundamento para regulamentar o prazo de apresentação da documentação de habilitação deve ser buscado na própria Lei do Pregão, até porque esta é mais recente e específica

em relação à Lei nº 8.666, de 1993, e cada vez mais surgem novas tecnologias que mudam as formas de inter-relacionamento entre as pessoas. O Pregão Eletrônico é um exemplo disso.

35. De fato, o pregão e as demais legislações que lhe são posteriores instituem regramentos próprios sobre licitações (vide Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016), constituindo, pois, microcosmos nessa temática, de modo que os regulamentos que lhes são correlatos buscam seu fundamento de validade na respectiva lei e não na Lei nº 8.666/93.

36. A ideia comumente difundida é a de que a Lei nº 8.666/93 seria “a” lei geral de licitações e contratações. Entretanto, com o advento das leis posteriores, inclusive a do Pregão, esta afirmação não prospera. As leis posteriores também são leis gerais dentro do seu âmbito de aplicação.

37. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello^[9], ao tratar da Lei nº 10.520/2002, esclarece que “nada se opõe a que a dita lei seja havida como ‘norma geral’ superveniente à Lei nº 8.666”.

38. Apesar da possibilidade de haver procedimentos diferenciados entre a também Lei Geral nº 10.520/2002 e a Lei nº 8.666, de 1993, nada há nelas que vede a previsão regulamentar que exija a documentação de habilitação no momento da apresentação da proposta. Aliás, na Lei nº 8.666, de 1993, a documentação necessariamente deve ser entregue juntamente com a proposta^[10].

39. Suponha-se, apenas por hipótese, que não houvesse norma alguma estipulando o momento de apresentação da documentação de habilitação. Nessa hipótese, compreender-se-ia, em princípio, o entendimento do Acórdão 1211/2021 do Plenário do TCU, na parte em que admite essa apresentação no momento do julgamento da habilitação.

40. Isso porque, a rigor, a necessidade de habilitação, pelo menos no que diz respeito à técnica, é apenas para a execução do objeto. A habilitação jurídica, por sua vez, parece ser necessária desde o primeiro ato a ser praticado na licitação, para que possa ser efetivamente atribuído à pessoa que o pratica. A fiscal, de modo distinto, é exigida pelo art. 193 do Código Tributário Nacional já no momento da apresentação da proposta^[11]. A econômico-financeira, por sua vez, a rigor e em princípio, somente seria necessária no momento da contratação ou mais propriamente no momento do cumprimento de suas obrigações contratuais, pois seria quando a situação da licitante seria agravada pelos deveres contratuais.

41. Porém, sabendo-se que cada licitante possui uma realidade distinta, o problema é como tratar todos de modo isonômico no procedimento licitatório, isto é, a questão é definir qual é o momento em que o licitante deve possuir a habilitação exigida na lei. E, em razão do que foi exposto no parágrafo anterior, haveria sério transtorno ao procedimento licitatório, caso se admitisse que cada condição de habilitação fosse verificada em momento distinto.

42. Além disso, a própria verificação da habilitação é outro desafio a ser enfrentado. Até em atenção ao princípio da publicidade, é necessário que a Administração verifique a habilitação e documente essa verificação para permitir o controle dos eventuais interessados, principalmente os demais licitantes. Muitas vezes, contudo, somente a própria licitante tem condições ou pelo menos tem mais facilidade para provar sua habilitação.

43. Diante desse cenário, o Poder Executivo, no exercício de sua competência constitucional de regulamentar a Lei, editou o Decreto nº 10.024, de 2019, unificando as exigências de habilitação e determinando que a comprovação delas deveria ocorrer no momento da apresentação da proposta e antes da abertura da sessão pública. E não se vê ilegalidade alguma nessa regulamentação.

44. O que pode ocorrer na prática, como apontou o TCU, é a possibilidade de eventualmente uma licitante com melhor proposta possuir condições de habilitação, mas ser inabilitada por falhas na apresentação dos respectivos documentos. Nessa hipótese, de fato, a Administração acabaria contratando outra licitante, que eventualmente poderia ter uma proposta menos vantajosa. Mas, embora a solução proposta pelo TCU, de admitir apresentação posterior de documentação de habilitação, possa, em tese, levar à contratação de proposta mais vantajosa, esse resultado não será algo inevitável e necessário. Dito de outro modo, nada garante que uma licitante que falhou na apresentação de sua documentação irá sanar a falha se lhe for dada nova oportunidade.

45. Quanto a esse aspecto, o próprio §3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, utilizado como fundamento para permitir essa nova oportunidade, também pode ser interpretado como vedação a esta permissão. Com efeito, embora ele permita “em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”, ele deixa claro que é “vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

46. Não se vê como superar essa vedação de apresentação posterior de documento que já deveria ter sido apresentado.

47. Outro argumento utilizado pela Corte de Contas seria o disposto no art. 64 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que, de certa forma, inova na questão da possibilidade de complementação da documentação de habilitação:

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.

48. A inovação, como se vê, diz respeito à possibilidade de complementação de informações sobre condições existentes à época da abertura do certame. Dito de outra forma, supondo que o licitante possua habilitação no momento da abertura do certame e apresente um atestado de qualificação técnica que certifique que ele possui condições para executar o objeto, de modo genérico, sem especificar algum detalhe exigido pelo edital, é possível a apuração posterior do cumprimento desse detalhe específico. Mas note que o próprio *caput* do art. 64 não permite apresentação posterior de documento novo. E a complementação é somente relativa a documento já apresentado. Supondo, como no exemplo dado aqui neste parágrafo, que o licitante não tenha apresentado documento algum de qualificação técnica, não se compreende como poderia ser superada a previsão legal que deixa clara que a complementação é apenas de documentos já apresentados.

49. Outro óbice mais grave à validade do argumento do TCU, especificamente quanto à utilização da Lei nº 14.133, de 2021, é que ela não pode ser aplicada às contratações regidas pela legislação anterior. Assim, se, por exemplo, houve uma licitação regida pelo Decreto nº 10.024, de 2019, e pela Lei nº 10.520, de 2002, é vedado aplicar a Lei nº 14.133, de 2021, conforme o disposto no art. 191 deste diploma:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, **vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.**

50. Não é demais lembrar também que, se por um lado, o entendimento do TCU poderia eventualmente, em princípio, atender ao princípio da busca da proposta mais vantajosa, por outro, ele ofenderia o princípio da legalidade, que tem sede no mesmo dispositivo legal. Com efeito, a legalidade não determina apenas o cumprimento da lei em sentido estrito. Obriga sim à observância de toda a cadeia normativa, em todos os seus níveis hierárquicos, desde a Constituição até a norma de menor nível, editadas, obviamente, cada qual com respeito às respectivas normas superiores.

51. É esta estrutura hierarquizada de comando que deve ser mantida, de modo a que as decisões tomadas pelos agentes sejam uniformes, levando a que todos os administrados recebam o mesmo tratamento^[12].

52. Ademais, como se trata de um processo concorrencial, a necessidade de se tratar a todos de forma igual é ainda mais imperiosa, pois um tratamento mais benéfico em relação a um licitante em detrimento de outros, em certames diferentes, subverte toda a lógica da competição.

53. Logo, a padronização de tratamento, bem como a observância aos comandos normativos gerais expedidos pela autoridade competente é corolário dos princípios da isonomia e segurança jurídica.

54. Desta forma, não havendo invalidade no Decreto, não há como desrespeitá-lo, embora seja possível, eventualmente, sua alteração, caso assim decida o chefe do Poder Executivo, utilizando-se do expediente adequado que é a edição de novo decreto que altere a previsão normativa outrora existente.

55. Acresça-se que, nos termos do art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, as normas regulamentares vigentes devem ser cumpridas^[13].

56. Embora a argumentação exposta até aqui seja suficiente para justificar a manutenção da redação dos modelos de instrumentos convocatórios da AGU, que estão conformes ao Decreto, resta pendente a questão da divergência entre a posição do Poder Executivo e a do TCU, o que será tratado no próximo tópico.

3. CONCILIANDO A DIVERGÊNCIA ENTRE AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

57. O Tribunal de Contas da União é importante órgão da República responsável por auxiliar o Congresso Nacional no controle externo, auxílio este voltado essencialmente, nos termos do art. 71 da Constituição, a conter ilegalidades que possam lesar o erário.

58. O que importa registrar aqui é que as decisões do TCU em geral possuem importante caráter orientativo para a Administração Pública. Porém, elas são vinculantes, em princípio, apenas para as partes envolvidas no processo a que se referem.

59. A Constituição restringe em geral as hipóteses de atos vinculantes com caráter de generalidade e abstração, pois tais características são primordialmente da lei, cuja competência é do Poder Legislativo, compartilhada, de certa forma, com o Poder Executivo, ao qual compete não só participar do processo legislativo, mas regulamentar a aplicação na norma editada pelo legislador. Os atos que possuem caráter vinculante são expressamente previstos na Constituição, como se vê no art. 102, §2º, e no art. 103-A^[14], bem como no art. 49, V ^[15], segundo o qual, se o Poder Executivo exorbitar de seu poder regulamentar, seu ato poderá ser susgado. Porém, e esse “porém” é determinante, até que haja a sustação, o ato vigente se presume legal e precisa ser cumprido, pelo menos no presente caso, em que não há nenhuma ilegalidade manifesta no Decreto nº 10.024, de 2019^[16].

60. Quanto ao relevante papel orientativo das decisões do TCU, em sua missão auxiliar no controle externo, cabe ressaltar o papel não menos importante do controle interno, previsto no art. 74 da Constituição, que também serve de apoio ao controle externo. Em ambos, busca-se zelar pela observância da legislação, incluindo as normas infralegais, como é o caso do Decreto nº 10.024, de 2019.

61. Para que os órgãos da Administração Pública tenham segurança no exercício de suas atribuições e notadamente na aplicação desse Decreto, ainda que de forma distinta da posição do TCU no Acórdão 1211/2021, é importante registrar que, além da ausência de efeito vinculante desse Acórdão, como dito acima, não se pode olvidar que a Advocacia-Geral da União também possui competência constitucional para orientar a aplicação das normas.

62. Nos termos do art. 131 da Constituição, a assessoria jurídica do Poder Executivo incumbe à Advocacia-Geral da União^[17]. Cabe ainda à Advocacia-Geral da União, no exercício de seu mister, unificar a interpretação da legislação federal a ser seguida pela Administração federal, conforme art. 4º, X, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993^[18].

63. Assim, com o devido respeito à posição distinta da Corte de Contas, recomenda-se que o Decreto seja respeitado na forma sugerida na presente manifestação.

4. CONCLUSÃO

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

À consideração dos membros da CNMLC.

Carolina Zancaner Zockun
Relatora
Procuradora da Fazenda Nacional
Membro da CNMLC

Leandro Sarai
Relator
Procurador do Banco Central
Membro da CNMLC

De acordo. À consideração superior do Sr. Diretor do DECOR.

Adriano Dutra Carrijo
Advogado da União
Membro da CNMLC

Alyne Gonzaga de Sousa
Advogada da União
Membro da CNMLC

Bruno Eduardo Araújo Barros de Oliveira
Advogado da União
Membro da CNMLC

Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal
Membro da CNMLC

Daniel Lin Santos
Advogado da União

Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão
Procurador Federal

Membro da CNMLC

Eliete Viana Xavier

Advogada da União
Membro da CNMLC

Hugo Teixeira Montezuma Sales

Advogado da União
Coordenador da CNMLC

Marcela Ali Tarif Roque

Procuradora Federal
Membro da CNMLC

Membro da CNMLC

Fabrcio Lopes Oliveira

Procurador Federal
Membro da CNMLC

Lucas Hayne Dantas Barreto

Procurador Federal
Membro da CNMLC

Rachel Nogueira de Souza

Procuradora da Fazenda Nacional
Membro da CNMLC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Notas

1. [^] “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”
2. [^] “Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”
3. [^] “Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital. § 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF. § 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.”
4. [^] “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; [...] § 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.”
5. [^] “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.”
6. [^] “Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo: [...] XII - ata da sessão pública, que conterá os seguintes registros, entre outros: [...] h) a decisão sobre o saneamento de erros ou falhas na proposta ou na documentação; [...] Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial: [...] VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica; [...] 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.”
7. [^] “1.7. Providências: 1.7.1. promover o envio de ciência à Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina, nos termos do art. 9º, I, da Resolução TCU nº 315, de 2020, para, doravante, a EAMSC abster-se de, nos futuros certames licitatórios, incorrer nas falhas ora identificadas no Pregão Eletrônico 19/2020 e, especialmente, para abster-se doravante de retornar à fase de

aceitação de propostas, após já ter transcorrido a fase de recursos, com vistas a permitir a complementação da documentação de habilitação não apresentada anteriormente, ante a afronta ao art. 43, § 3º, da Lei 8.666, de 199, ao art. 26, caput e §§ 1º e 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019, e à jurisprudência fixada pelo TCU a partir, por exemplo, dos Acórdãos 1.795/2015 e 3.615/2013, do Plenário.” (TCU, Acórdão de Relação 3651/2021 - Segunda Câmara)

8. [^ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2002/Mv638-02.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2002/Mv638-02.htm)
9. [^ Curso de Direito Administrativo. 34.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 574.](#)
10. [^ “Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: \[...\] Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação. § 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão. § 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão. § 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.”](#)
11. [^ “Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.”](#)
12. [^ Neste sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 34.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 159.](#)
13. [^ “Art. 116. São deveres do servidor: \[...\] III - observar as normas legais e regulamentares;”](#)
14. [^ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: \[...\] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. \[...\] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”](#)
15. [^ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: \[...\] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”](#)
16. [^ Quando a ilegalidade é manifesta, poderia haver alguma controvérsia, mas não é necessário tratar dessa controvérsia no presente caso.](#)
17. [^ “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”](#)
18. [^ “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: \[...\] X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;”](#)

Documento assinado eletronicamente por FABRICIO LOPES OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FABRICIO LOPES OLIVEIRA. Data e Hora: 29-10-2021 15:19. Número de Série: 17399469. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por MARCELA ALI TARIF ROQUE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELA ALI TARIF ROQUE. Data e Hora: 29-10-2021 18:06. Número de Série: 4493271341332574466. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por ALYNE GONZAGA DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALYNE GONZAGA DE SOUZA. Data e Hora: 29-10-2021 15:24. Número de Série: 13190960. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA ZANCANER ZOCKUN. Data e Hora: 29-10-2021 16:16. Número de Série: 66021079958685009573660370023. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS. Data e Hora: 29-10-2021 15:51. Número de Série: 69003632971748662104033131923. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA. Data e Hora: 29-10-2021 15:31. Número de Série: 17261846. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por LUCAS HAYNE DANTAS BARRETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCAS HAYNE DANTAS BARRETO. Data e Hora: 03-11-2021 13:36. Número de Série: 46024297430918271896395073224. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO EDUARDO ARAUJO BARROS DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO EDUARDO ARAUJO BARROS DE OLIVEIRA. Data e Hora: 29-10-2021 14:20. Número de Série: 17141755. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário

(a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES. Data e Hora: 28-10-2021 15:32. Número de Série: 26113175607471164680340473837. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por LEANDRO SARAI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 755960816 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO SARAI. Data e Hora: 28-10-2021 16:00. Número de Série: 17397483. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CAMARA NACIONAL DE MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -
CNMLC/DECOR/CGU

DESPACHO n. 00022/2021/CNMLC/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: LICITAÇÕES E OUTROS

1. Encaminhamos para análise e deliberação do Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação dos Órgãos Jurídicos - DECOR/CGU o PARECER n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU, o qual trata da inadmissibilidade de juntada de documentos de habilitação novos após a apresentação da proposta, em conformidade com o art. 26, §9º do Decreto nº 10.024/19, o qual admite documentos complementares apenas para confirmar "aqueles exigidos no edital e já apresentados".

2. O aludido parecer foi elaborado em razão do advento dos Acórdãos TCU nº 1211/2021-Plenário e 2443/2021-Plenário, os quais, concluindo pela juntada extemporânea de documentos de habilitação, geraram inúmeros questionamentos a esta câmara quanto à necessidade de modificação das minutas de editais e das práticas licitatórias para potencialmente abarcar esse novo entendimento. Tal demanda emergente levou-nos a analisar a questão, gerando a emissão do parecer em referência, que conclui pela necessidade de se seguirem os estritos termos do art. 26, §9º do Decreto já citado, para segurança jurídica e pelas razões constantes no aludido opinativo.

3. Por oportuno, em havendo aprovação, solicita-se a esse Departamento avaliar e, se for o caso, remeter os autos ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais - DEAEEX, para que avalie a possibilidade de tentar reverter essa nova jurisprudência do TCU, impedindo uma maior dissonância entre o entendimento do tribunal e a prática que este órgão de assessoramento jurídico recomenda seja seguida pela Administração Pública Federal.

4. No mais, opina-se para que se dê ciência dos termos deste parecer às Consultoria Jurídicas da União, às Assessorias e Consultorias Jurídicas junto a Ministérios e órgãos similares, à Procuradoria-Geral Federal, à Procuradoria-Geral do Banco Central e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e eventuais outros órgãos de assessoramento jurídico para ciência e eventuais providências.

5. À consideração superior.

Brasília, 03 de novembro de 2021.

HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES

Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos - CNMLC

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 757929411 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES. Data e Hora: 03-11-2021 13:29. Número de Série: 26113175607471164680340473837. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

DESPACHO n. 00556/2021/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União

ASSUNTOS: Art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993; Art. 26, §§ 2º e 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019; e apresentação de documentos complementares de habilitação.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos precisos termos do Despacho nº 22/2021/CNMLC/CGU/AGU, o Parecer nº 6/2021/CNMLC/CGU/AGU da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, com fundamento nas atribuições conferidas pelo art. 28, inciso I, e art. 30, parágrafo único, todos da Portaria Normativa AGU nº 24, de 2021^[1].

2. Consolide-se, por conseguinte, o entendimento no sentido de que o § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993; cumulado com o art. 4º, incisos VII e XII, e art. 9º, da Lei nº 10.520, de 2002; e o art. 26, §§ 2º e 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019; determinam que os documentos comprobatórios dos requisitos de habilitação sejam encaminhados juntamente com a proposta e até a data e horário da abertura da sessão pública, ressalvados aqueles que constem no Sicaf, sendo possível, a título de diligências instrutórias, a solicitação pela Administração de documentos complementares àqueles adrede encaminhados, desta maneira, não há respaldo regulamentar para que, após a abertura da sessão pública, sejam solicitados ou apresentados documentos novos, que já deveriam ter sido remetidos juntamente com a proposta, inclusive nas hipóteses em que a haja erro ou falha do licitante.

Lei nº 8.666, de 1993

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.

Lei nº 10.520, de 2002

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

...

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

...

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

...

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

Decreto nº 10.024, de 2021

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.

§ 1º A etapa de que trata o **caput** será encerrada com a abertura da sessão pública.

§ 2º Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do Sicaf e de sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes dos sistemas.

...

§ 6º Os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta e os documentos de habilitação anteriormente inseridos no sistema, até a abertura da sessão pública.

...

§ 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.

3. Em atenção ao preceito do formalismo moderado que rege as licitações públicas, a legislação admite que, após o prazo editalício fixado para apresentação dos documentos de habilitação, sejam realizadas diligências instrutórias para esclarecimentos e eventual apresentação de documentação complementar, de maneira que dúvidas relacionadas ao efetivo preenchimento dos requisitos de habilitação sejam devidamente elucidadas, tudo em prol da obtenção da melhor proposta para a Administração. Esta concessão legal para apresentação de documentação complementar, prevista no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, e aplicável à modalidade pregão, em sua forma eletrônica, por força do que disciplina o art. 4º, inciso XII, e art. 9º, da Lei nº 10.520, de 2002; e o art. 26, § 9º do Decreto nº 10.024, de 2019, não representa, por expressa determinação legal, nova oportunidade para remessa de documentação que já deveria ter sido apresentada ao tempo da entrega da proposta e abertura da sessão pública, sob pena de violação aos preceitos da legalidade e da isonomia.

4. Na espécie, observa-se que a melhor exegese a respeito da aplicação do preceito do formalismo moderado deve considerar e ponderar, além da obtenção da melhor proposta para a Administração, os demais objetivos das licitações públicas resguardados pelo art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, notadamente o princípio constitucional da isonomia, o qual assegura a todos os potenciais interessados condições equânimes de disputa, por conseguinte, compatibilizando tais objetivos legais, o legislador ordinário, em comando normativo claro e objetivo, **facultou** a possibilidade de realização de diligências destinadas a complementar a instrução processual, vedando, no entanto, a "*inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta*" (§ 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993).

5. Desta forma, ponderando os preceitos do formalismo, da isonomia e da obtenção da melhor proposta em favor da Administração, o legislador ordinário enunciou norma para compatibilizá-los, admitindo a possibilidade de apresentação de documentos complementares, voltados ao esclarecimento de dúvidas relacionadas aos documentos tempestivamente apresentados, não obstante, estabeleceu explicitamente impedimento à apresentação de documento que já deveria ter sido remetido com a proposta, tudo a bem do regular curso do *iter* procedimental do certame, da isonomia, para evitar tumultos processuais protelatórios e comportamentos abusivos.

6. Não cabe, pois, ao administrador público conferir interpretação que ultrapasse sobremaneira o teor semântico inequívoco dos termos utilizados pela lei, nem tampouco poderá substituir o juízo de ponderação de valores e preceitos já realizado pelo legislador, sob pena de subverter a aplicação da lei, a que deve estrita subserviência.

7. Enfatize-se, por pertinente, que o art. 8º, inciso XII, alínea "h"; o art. 17, inciso VI; e o art. 47; todos do Decreto 10.024, de 2019, admitem que o pregoeiro adote medidas para saneamento de falhas e erros, desde que "*não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica*", contudo, não se pode olvidar que o § 2º do art. 26 do regulamento do pregão eletrônico dispensa tão somente a apresentação de documentos de habilitação que constem no Sicafe, por conseguinte, não há razão hermenêutica para fazer prevalecer a tese que enseja a absoluta ineficácia das disposições regulamentares que são claras ao fixar prazo para apresentação dos documentos de habilitação e admitir a possibilidade de realização de diligências instrutórias para fins de obtenção de documentação complementar, que elucide àquela tempestivamente apresentada ao tempo da abertura da sessão pública.

8. Em outros termos, o 8º, inciso XII, alínea "h"; o art. 17, inciso VI; e o art. 47; todos do Decreto 10.024, de 2019; decorrem, logicamente, da apresentação pelo licitante e da análise pelo pregoeiro de documentos de habilitação, uma vez que a "*substância*" destes documentos não pode ser modificada pelas medidas saneadoras, o que confirma e corrobora o entendimento ora consolidado no sentido de que estas diligências instrutórias, quando necessárias, não se voltam para obtenção de documentação nova, não se trata, pois, da concessão de nova oportunidade para apresentação de documentos de habilitação, destinando-se tão somente à coleta de documentos complementares, elucidativos daqueles anteriormente remetidos no prazo editalício.

9. Caso acolhido, **(a)** encaminhe-se ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas para os fins do § 3º do art. 2º da Portaria CGU/AGU nº 3, de 2019^[2], encarecendo que se avalie a possibilidade de promoção de ampla disseminação do Parecer nº 6/2021/CNMLC/CGU/AGU e subsequentes Despachos de aprovação; e **(b)** ciente-se as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, as Consultorias Jurídicas da União junto aos Estados e município de São José dos Campos, o Departamento de Assuntos Jurídicos Internos e o Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Consultoria-Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; a Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.

Brasília, 12 de novembro de 2021.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Notas

1. [^] *Art. 28. Incumbe às Câmaras Nacionais: I - propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas; (...) Art. 30. As Câmaras Nacionais ficarão vinculadas ao órgão da Consultoria-Geral da União, a ser indicado no ato de sua criação. Parágrafo único. **As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais serão submetidos à apreciação do órgão supervisor competente, do Consultor-Geral da União e, quando necessário, do Advogado-Geral da União***
2. [^] *Art. 2º Observado o seu âmbito temático de atuação, incumbe às Câmaras Nacionais: (...) § 3º **Cabe ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF) promover adequada divulgação e consolidação dos trabalhos jurídicos das Câmaras Nacionais, podendo ser divulgados no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU) ou pela Escola da AGU.***

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 764411723 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 12-11-2021 16:29. Número de Série: 26215298677875712250412663380. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE IFONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 00741/2021/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000716/2019-43

INTERESSADA: Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União

ASSUNTO: Art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993; Art. 26, §§ 2º e 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019; e apresentação de documentos complementares de habilitação.

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 556/2021/DECOR/CGU/AGU e do Despacho nº 22/2021/CNMLC/CGU/AGU, o Parecer nº 6/2021/CNMLC/CGU/AGU, da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União.
2. Restitua-se o feito ao DECOR/CGU para cumprimento das providências sugeridas.

Brasília, 17 de novembro de 2021.

(assinado eletronicamente)
ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000716201943 e da chave de acesso 39abe440

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 767523800 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-11-2021 16:09. Número de Série: 71628282557886062730943535344. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
