



**NOVA
FRIBURGO**
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO

PROCESSO N° 17825

DIA 17/04/24

Folhas N° 45 Rubrica B

Processo: 17.825/2024

Recorrente: Kitchen Comércio e Indústria Ltda.

Recorrida: Bandolin Fornecimento de Refeições Ltda.

Assunto: Recurso - Licitação - Pregão Eletrônico n. 90.069 de 2024 - Processo Licitatório n. 17.825/2024

Ao Ilmo. Sr. Dr. Subprocurador de Processos Administrativos,

I. RELATÓRIO

Trata-se de recurso apresentado pela empresa recorrente acerca do resultado do julgamento do Pregão Eletrônico n. 90.069 de 2024 - Processo Licitatório n. 17.825/2024, que tem por objeto licitar a melhor proposta para contratação de empresa especializada no fornecimento de nutrição e alimentação para atender as necessidades do Hospital Maternidade Dr. Mário Dutra de Castro.

Em síntese, a recorrente afirma que causou estranheza a escolha do modo de disputa aberto, uma vez que em outro procedimento licitatório realizado para a contratação de alimentação e nutrição para o Hospital Municipal Raul Sertão, em abril deste ano, o modo de disputa adotado foi o aberto e fechado, bem como pelo fato de que o Pregoeiro, na abertura do Pregão, em mensagem aos concorrentes às 10:01:18, afirmou que seria adotado o modo de disputa aberto e fechado.

Afirma, ainda, que aguardou o momento da fase fechada para ofertar o seu maior lance, o que não ocorreu.

Alega que o Pregoeiro cometeu crime de advocacia administrativa previsto no art. 321 do CP, uma vez que adicionou documentos que não foram apresentados recorrida, com fundamento no subitem 15.8 e seguintes, cuja conduta afronta o princípio da legalidade e é vedada pelo TCU.



Aduz que a recorrida fez uso de robô para parametrizar o envio dos lances, eis que sempre realizados com um segundo de diferença, o que configura quebra ao princípio da isonomia, conforme jurisprudência do TCU.

Por fim, requer a anulação do pregão em virtude do erro crasso cometido pelo Pregoeiro, que informou que o modo de disputa seria aberto e fechado, bem como inabilitação da recorrida pela não apresentação da documentação que deveria constar da proposta e utilização de robô.

A recorrida apresentou suas contrarrazões às fls. 13/19, aduzindo que não há qualquer vedação legal para a apresentação complementar de documentos, conforme previsão expressa no edital (subitens 15.12 e 15.15) e no art. 64 da Lei n. 14.133/2021, estando em conformidade com a jurisprudência do TCU (Acórdão 1.211/2021) e TCE-RJ (Processo n. 219.571-0/22).

Quanto à alegação de nulidade pela adoção do modo de disputa aberto, afirma que a possibilidade de demonstrar eventual ilegalidade está preclusa, eis que o edital deveria ter sido impugnado, não podendo ser objeto de recurso administrativo e, ainda, o item 11.1 é claro ao dispor acerca da adoção do critério de disputa aberto, cuja escolha é decisão discricionária da Administração, amparada pelo art. 56 da Lei n. 14.133/2021.

Por fim, aduz que não fez uso de qualquer automatização de seus lances e em momento nenhum apresentou lances em intervalo inferior a 1 segundo, sendo certo que tal conduta, inclusive, é prevista na IN SEGES/ME n. 73/2022, art. 19, requerendo a improcedência do recurso.

A Comissão de Pregão II, em manifestação acerca do recurso (fls. 20/29), afirma que, quanto ao apontamento do modo de disputa mais adequado, é feito de forma discricionária, conforme critérios de cada órgão ou entidade, em atenção ao art. 18, VIII da NLL, tendo sido disciplinado na forma do item 11 do edital e, se tivesse causado estranheza à recorrente a opção pelo modo aberto, deveria ter impugnado ou, ao menos, solicitado esclarecimentos, nos termos do art. 164, restando recluso o seu direito.



Informa que, após a identificação do erro material cometido, ⁴⁷retificou a mensagem, informando no mesmo chat, às 10:03:08, ou seja, menos de 2 minutos após a mensagem equivocada, que na licitação seria adotado o modo de disputa aberto, cabendo ao interessado se responsabilizar pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de mensagens emitidas pela Administração, na forma do item 9.12 do instrumento convocatório, tendo a recorrente declarado, no cadastramento da proposta inicial, em campo próprio do sistema, que estava ciente e concordava com as condições contidas no edital e anexos, declarando, assim, ciência quanto ao modo de disputa aberto.

Quanto à alegação acerca da prática do crime de advocacia administrativa, destaca que a recorrente faz suas próprias interpretações dos mandamentos legais e do instrumento convocatório, na tentativa de criar uma interpretação jurídica há muito superada pelas mais recentes jurisprudências do Tribunal de Contas da União, a exemplo do Acórdão n. 1211/2021-Plenário, tendo sido pacificada nos termos do art. 64 da Nova Lei de Licitações.

Justifica que o item 15.8 do edital, que disciplina o art. 39, § 6º da IN 73/2022 dispõe expressamente sobre que a verificação pelo pregoeiro, em sítios eletrônicos oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões, constitui meio legal de prova para fins de habilitação, bem como que o item 15.10, que disciplina o art. 64 da NLL, admite a realização de diligência para apresentação de novos documentos destinados àqueles de cunho declaratório emitidos unilateralmente pelo licitante e aferição das condições de habilitação ou classificação do licitante decorrentes de fatos ou condições preexistentes ao momento da abertura do certame.

Destaca que, em parecer exarado por esta Procuradoria-Geral sobre questão idêntica em recuso interposto pela mesma recorrente, nos autos do Pregão Eletrônico n. 90035/2024, o órgão jurídico concluiu que tais previsões editalícias estão em consonância com o que dispõe a Nova Lei de Licitações.



Informa que, ao verificar a ilegitimidade de alguns documentos a ausência de uma das declarações, hipóteses estas que se enquadram nas previsões editalícias dos itens 15.8 e 15.10, foi realizada a verificação dos comprovantes de CNPJ Inscrição Estadual diretamente nos sítios oficiais dos órgãos emissores e solicitado à empresa, em caráter de diligência, o envio da declaração faltante, não merecendo prosperar as alegações da recorrente.

Esclarece que o pregão se encontrava suspenso devido ao término do expediente do órgão, conforme mensagens enviadas através do sistema a todos os participantes em 25/06/2024, às 16:49 e, por conseguinte, o prazo de 2 (duas) horas foi concedido após a reabertura da sessão no dia seguinte.

Quanto à alegação da utilização de “robô” por parte da recorrida, afirma que a recorrente não apresenta qualquer documento probatório, bem como que esta Administração apenas aderiu a utilização do sistema de pregão eletrônico do Governo Federal, devendo ser feito contato com a rede Serpro no caso de problemas ocorridos durante o pregão.

Afirma, ainda, que a utilização de “robôs” de lance foi inclusive normatizada pela IN SEGES/ME 73/2022, em seu artigo 19, prevendo a possibilidade de lances de envio automático pelo sistema, reconhecendo, portanto, que a utilização de recurso tecnológico não fere o princípio da isonomia.

Por fim, encaminhou os autos a esta Procuradoria para análise dos aspectos jurídicos.

Às fls. 31/44, após solicitação desta pasta, foram anexados o Relatório de Declarações e o Termo de Julgamento.

É o relatório.

II. DOS FUNDAMENTOS



Preliminarmente, verifica-se que o recurso, ora apreciado, é tempestivo e foi recebido pela Comissão de Pregão, pelo que deve ser conhecido, analisado e decidido.

Em matéria de recurso administrativo, dispõe o art. 165 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

- a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;*
- b) julgamento das propostas;*
- c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;*
- d) anulação ou revogação da licitação;*
- e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;*

[...]

§ 2º O recurso de que trata o inciso I do caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos.” (sem grifos no original)

Ou seja, o recurso deverá ser dirigido à autoridade competente (que nomeou o pregoeiro), por intermédio de quem praticou o ato recorrido (pregoeiro). Portanto, o pregoeiro, ao receber o recurso e sendo o mesmo conhecido, poderá julgá-lo procedente - ocasião na qual irá alterar a sua decisão, exercendo o juízo de retratação - ou improcedente - quando irá manter sua decisão, fundamentando-a, devendo, neste caso, remetê-lo à autoridade superior, devidamente informado, no prazo de cinco dias.

Portanto, cabe ao pregoeiro receber, analisar e decidir os recursos e cabe à autoridade superior competente decidir os recursos contra os atos do pregoeiro, quando este mantiver sua decisão.



Em pesquisa acerca da matéria, depreende-se que a autoridade que designou o pregoeiro é que detém competência para julgar o mérito dos recursos interpostos, que, no caso em tela, é a Secretaria Municipal de Saúde, motivo pelo qual a esta especializada cabe apenas opinar juridicamente acerca do recurso.

Isso porque as especificações técnicas contidas no processo licitatório, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, modalidade, requisitos e avaliação do preço estimado são de inteira responsabilidade da secretaria requisitante, eis que detém o conhecimento técnico necessário para definir as exigências essenciais que melhor se adequam ao objeto licitado, bastando que estejam dentro da legalidade.

Por sua vez, o subitem 23.6 do edital assim dispõe:

“O recurso será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, a qual poderá reconsiderar sua decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, encaminhar recurso para a autoridade superior, a qual decidirá de forma fundamentada, após a manifestação motivada do pregoeiro, e da Procuradoria Geral Municipal, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos”.

Por certo, esta assessoria jurídica se manifestará sobre os aspectos jurídicos do recurso, cabendo ao Pregoeiro e à Secretaria Municipal de Saúde exarar sua decisão.

Pois bem. Embora não tenha sido suscitada qualquer dúvida jurídica específica, passa-se à análise das questões levantadas pela recorrente forma segmentada a fim de facilitar a compreensão.

II.1. Da Adoção do Modo de Disputa Aberto

Conforme narrado no relatório, alega a recorrente que causou estranheza a adoção do modo de disputa aberto no presente certame, uma vez que em outro procedimento licitatório realizado para a contratação de alimentação e nutrição para o Hospital Municipal Raul Sertã, em abril deste ano, o modo de disputa adotado foi o aberto e fechado.



**NOVA
FRIBURGO**
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO

PROCESSO N° 17825

DIA 17/04/2024

Folhas N° 51 Rubrica 6

Alega, ainda, que o Pregoeiro, na abertura do Pregão, em mensagem aos concorrentes às 10:01:18, afirmou que seria adotado o modo de disputa aberto e fechado, bem como que teria aguardado o momento da fase fechada para ofertar o seu maior lance, o que não ocorreu.

Na forma do esclarecido pela Pregoeiro, após a identificação do erro material cometido, o mesmo retificou a mensagem, informando no mesmo chat, às 10:03:08, que na licitação seria adotado o modo de disputa aberto, o que, de fato, pode ser constatado no Termo de Julgamento anexado às fls. 33/43.

O art. 56 da NLL estabeleceu uma dinâmica modelagem da fase de lances, com opções de escolha de modos de disputa por parte do gestor público, quais sejam, “aberto”, “fechado”, “aberto e fechado”, e “fechado e aberto”.

Tal escolha não está normativamente vinculada, de modo que a opção é discricionária do gestor, não se encontrando atrelada a nenhum comando, premissa ou preferência entre os modos de disputa em relação ao objeto da contratação, havendo, portanto, uma presunção jurídica de eficiência e adequação de qualquer um dos modos de disputa instituídos pelo art. 56 da Lei nº 14.133/2021, desde que previamente delineado de forma clara¹.

No caso dos autos, o Edital do Pregão Eletrônico em referência informou expressamente a adoção do modo de disputa aberto tanto na “capa” quanto no item 11.

Na seara das licitações, é preciso ter em mente a necessidade de observação do dever de respeito ao princípio da vinculação do instrumento convocatório, da legalidade estrita e do dever de atenção máxima pelo licitante quando da sua participação na licitação.

¹<https://portal.sollicita.com.br/Noticia/19943/a-fase-de-lances-na-lei-14.133%2F21-e-a-%E2%80%99Cteoria-dos-leil%C3%B5es%E2%80%9D> - Copyright © 2024, Sollicita. Todos os direitos reservados.



O modo de disputa estava devidamente previsto no edital, cabendo à recorrente, portanto, o dever de se atentar às regras editalícias quando da sua participação, cujo dever está expressamente previsto nos subitens 9.2, 9.3 e 9.12 do Edital.

A alegação de erro material cometido pelo Pregoeiro no “chat” não afasta seu dever, mesmo porque o Pregoeiro corrigiu em seguida a informação equivocada, afirmando expressamente que seria adotado o modo de disputa aberto.

Portanto, não assiste razão à recorrente quanto a este ponto.

II.2. Da Alegação de Cometimento de Crime de Advocacia Administrativa

A recorrente alega que o Pregoeiro cometeu crime de advocacia administrativa previsto no art. 321 do CP, uma vez que adicionou documentos que não foram apresentados pela recorrida, com fundamento no subitem 15.8 e seguintes, cuja conduta afronta o princípio da legalidade e é vedada pelo TCU, conforme já narrado no relatório.

O Pregoeiro justifica que o item 15.8 do edital, que disciplina o art. 39, § 6º da IN 73/2022 dispõe expressamente sobre que a verificação pelo pregoeiro em sítios eletrônicos oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões, constitui meio legal de prova para fins de habilitação, bem como que o item 15.10, que disciplina o art. 64 da NLL, admite a realização de diligência para apresentação de novos documentos destinados àqueles de cunho declaratório emitidos unilateralmente pelo licitante e aferição das condições de habilitação ou classificação do licitante decorrentes de fatos ou condições preexistentes ao momento da abertura do certame.

Destaca que, em parecer exarado por esta Procuradoria-Geral sobre questão idêntica em recuso interposto pela mesma recorrente, nos autos do Pregão Eletrônico n. 90035/2024, o órgão jurídico concluiu que tais previsões editalícias estão em consonância com o que dispõe a Nova Lei de Licitações.



Informa que, ao verificar a ilegitimidade de alguns documentos a ausência de uma das declarações, hipóteses estas que se enquadram nas previsões editalícias dos itens 15.8 e 15.10, foi realizada a verificação dos comprovantes de CNPJ e Inscrição Estadual diretamente nos sítios oficiais dos órgãos emissores e solicitado à empresa, em caráter de diligência, o envio da declaração faltante, não merecendo prosperar as alegações da recorrente.

Esclarece que o pregão se encontrava suspenso devido ao término do expediente do órgão, conforme mensagens enviadas através do sistema a todos os participantes em 25/06/2024, às 16:49 e, por conseguinte, o prazo de 2 (duas) horas foi concedido após a reabertura da sessão no dia seguinte.

Salvo melhor juízo, não assiste razão à recorrente.

Como elucidado pelo Pregoeiro, de fato, esta Procuradoria-Geral exarou parecer em recuso interposto pela recorrente contra a recorrida nos autos do Pregão Eletrônico n. 90035/2024 (Processo Licitatório n. 2310/2024) sobre a possibilidade de juntada de documento novo, conforme inteligência do art. 64 da Nova Lei de Licitações e Contratos, que sedimentou o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União sobre o tema.

Naquele oportunidade, a recorrente trouxe a mesma alegação recursal, qual seja, a recorrida havia efetuado a juntada posterior de documento que deveria constar originalmente da proposta, infringindo a Lei n. 14.133/2021 e a jurisprudência do TCU.

Nota-se, nas razões recursais, que a recorrente faz referência à jurisprudência desatualizada do TCU (Acórdão 2652/2007), sendo certo que a partir do ano de 2021, com o advento da Lei n. 14.133/2021, especialmente o artigo 64, a jurisprudência do TCU foi alterada para possibilitar a juntada de documento novo, desde que destinado à atestar condição preexistente.



Pelo Termo de Julgamento juntado às fls. 33/44, verifica-se que, às 15:59:11h, Pregoeiro informa que, caso seja necessário, a título de diligência, poderá solicitar à licitante o envio de documentos novos e/ou complementares, na forma do previsto no item 15.8 do Edital e do art. 64 da Lei n. 14.133/2021.

Em seguida, às 16:28:38, informa que estão sendo conferidos os documentos enviados e, às 16:49:52, comunica que a sessão será suspensa temporariamente para conferência da extensa documentação enviada e também em função do término do expediente do órgão, com retorno às 11h do dia seguinte.

No dia 26/06/2024, às 11:02:50, foi reiniciada a sessão do Pregão, tendo sido informado que a empresa recorrida foi habilitada, bem como que os documentos faltantes/ilegíveis foram consultados diretamente aos sites emissores, conforme art. 39, § 6º da IN SEGES/ME n. 73/2022 e item 15.8 do Edital, quais sejam, prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (item 17.1), prova de inscrição no cadastro de contribuintes Estadual/Distrital e Certidão da Dívida Ativa Estadual (item 17.4).

Salvo melhor juízo, os referidos documentos atestam condição pré-existente, na forma do que preconiza o art. 64 da Lei n. 14.133/2021:

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.

Com efeito, o legislador atualizou a redação do dispositivo concernente à entrega dos documentos, permitindo a substituição ou a apresentação de novos documentos em sede de diligência para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes, desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame.



Tal evolução legislativa está em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas da União que, em decisões recentes, opinou pela possibilidade de juntada de documentos, desde que atestem condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame.

Nesse sentido, faz-se importante colacionar a ementa do Acórdão TCU n. 1.211/2021-Plenário, julgado em 26/05/2021:

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro”. (sem grifos no original)



Do voto do Ministro Walton Alencar, relator do feito, pode-se perceber que foi apontada a possibilidade de juntar documentos que comprovem fatos já existentes, tudo com a finalidade de pensar na melhor proposta para a Administração Pública:

"[...] Resta, ainda, identificar a abrangência do procedimento de saneamento de erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica" previsto no art. 47 do Decreto 10.024/2019.

O art. 26, §9º, do mesmo normativo estabelece que "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".

Já o art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, aplicado subsidiariamente ao Pregão, dispõe 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".

O art. 2º, §2º, do Decreto 10.024/2019, por sua vez, reproduziu o mesmo texto do art. 4º, parágrafo único, do Decreto 3.555/2000: "as normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação".

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

Imperioso observar que, visto por este prisma, a interpretação literal desses comandos legais vai contra o entendimento da jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que o edital não constitui um fim em si mesmo. Cito caso semelhante à situação ora tratada em que, por meio do Acórdão 1758/2003-TCU-Plenário, de



minha relatoria, o TCU considerou regular a inclusão de documentos no processo licitatório, no ato da sessão, conforme autorizado pela pregoeira, no exercício de suas regulares atribuições, tratadas no art. 11, incisos XIII e XIV, do Decreto 3.555/2000.

O edital de licitação constitui instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, quais sejam, assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. Dessa maneira, a interpretação e a aplicação das regras estabelecidas devem ter por norte o atingimento dessas finalidades, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuam para esse desiderato.

As regras de licitações e a jurisprudência vêm evoluindo nesse sentido, sendo possível, por exemplo, ante à falta de juntada de comprovantes de regularidade fiscal pelo licitante, a consulta, pelo próprio agente público que conduz o certame, a sítios públicos em que constem tais documentos, nos termos do art. 40, parágrafo único, do Decreto 10.024/2019.

Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim) .

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



"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."

O dispositivo reproduz a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993; porém, deixa salvaguarda a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame.

Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, entendendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado. Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação.

Pelo exposto, julgo procedente a presente representação tendo em vista que o pregoeiro deixou de fundamentar o ato pelo qual concedeu nova oportunidade para envio da documentação, no prazo de 30 minutos, e considero prejudicada a medida cautelar pleiteada, uma vez que o certame foi revogado".



No Acórdão 2443/2021-Plenário², datado de 06/10/2021, o TCU novamente afirmou a possibilidade de documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência:

ENUNCIADO

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência. (sem grifos no original)

Vale transcrever parte do voto do Relator Augusto Sherman no supracitado Acórdão:

"[...] 13. Ademais, conforme bem pontuado pela Selog, os pareceres jurídicos que pautaram essa decisão, ignoram a jurisprudência mais recente do Tribunal, notadamente o Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo entendimento foi:

"Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim) ".

14. Desse modo, considero que a inabilitação da [licitante 1] foi irregular, e para que o interesse público seja preservado, acompanho a proposta da unidade instrutiva no sentido de que seja expedida determinação ao GAP-RJ para que promova a anulação da decisão administrativa que reformou a decisão do pregoeiro quanto à habilitação da [licitante 1], que ofertou o menor preço, com a consequente habilitação da referida empresa.

Acórdão:

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

² TCU, Acórdão nº 2443/2021, do Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, j. em 06.10.2021.



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 1] 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 [licitante 1], 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. (sem grifos no original)

Destarte, considerando o teor do artigo 64 da NLL, a jurisprudência do TCU sobre o tema e a previsão contida no subitem 15.10 do Edital, não há razão para inabilitar a recorrida.

Tampouco há que se falar em crime de advocacia administrativa praticado pelo Pregoeiro, tendo em vista a expressa permissão legal contida no § 6º do art. 39 da Instrução Normativa SEGES ME n. 73/2022, no sentido de que a “verificação pelo agente de contratação ou pela comissão de contratação, quando o substituir, em sítios eletrônicos oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova, para fins de habilitação”, cujo teor foi previsto no subitem 15.8 do Edital.

Conforme se verifica do Termo de Julgamento, o Pregoeiro agiu com transparência, informando a todos os documentos que foram verificados e solicitados à recorrida para fins de habilitação, motivo pelo qual não assiste razão à recorrente.

II.3. Da Alegação de Utilização de Robô para Envio de Lances pela Recorrida

Aduz a recorrente que a recorrida fez uso de robô para parametrizar o envio dos lances, eis que sempre realizados com um segundo de diferença, o que configura quebra ao princípio da isonomia, conforme jurisprudência do TCU.

Consoante afirmado pelo Pregoeiro, a recorrente não apresenta qualquer documento probatório, limitando-se a fazer alegação genérica.



De fato, s.m.j., a IN SEGES/ME 73/2022, em seu artigo 19, prevê a possibilidade de lances de envio automático pelo sistema:

Art. 19. Quando do cadastramento da proposta, na forma estabelecida no art. 18, o licitante poderá parametrizar o seu valor final mínimo ou o seu percentual de desconto final máximo e obedecerá às seguintes regras:

I - a aplicação do intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta; e

II - os lances serão de envio automático pelo sistema, respeitado o valor final mínimo estabelecido e o intervalo de que trata o inciso I.

§ 1º O valor final mínimo ou o percentual de desconto final máximo de que trata o caput poderá ser alterado pelo fornecedor durante a fase de disputa, sendo vedado:

I - valor superior a lance já registrado pelo fornecedor no sistema, quando adotado o critério de julgamento por menor preço; e

II - percentual de desconto inferior a lance já registrado pelo fornecedor no sistema, quando adotado o critério de julgamento por maior desconto.

§ 2º O valor final mínimo ou o percentual de desconto final máximo parametrizado na forma do caput possuirá caráter sigiloso para os demais fornecedores e para o órgão ou entidade promotora da licitação, podendo ser disponibilizado estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

A recorrente, novamente, traz à baila jurisprudência desatualizada do TCU do Tribunal de Contas da União, cuja maioria das deliberações decidiu pela irregularidade no uso de robôs (a exemplo dos Acórdão 2601/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator Valmir Campelo; 837/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar; 1.216/2014-TCU-Plenário, Ministra Relatora Ana Arraes).

Ocorre que, à época, a atualmente revogada Instrução Normativa 03/11 (alterada posteriormente pela Instrução Normativa 03/13), previa que os intervalos entre os lances ofertados pelo mesmo licitante não poderiam ser inferiores a 20 segundos e o intervalo entre os lances não poderiam ser inferiores a 3 segundos, sob pena de desclassificação automática do lance, com o principal objetivo de restringir a prática dos robôs e, indiretamente, propiciar maior equidade entre as empresas.



Com a edição do Decreto Federal n. 10.024/2019, houve a extinção do tempo aleatório (randômico) e a instauração de novos modos de disputa (“aberto” e “aberto e fechado”) e, a partir desse novo contexto, passou-se a defender que a irregularidade na utilização de softwares robôs não mais subsistia frente às novas disposições.

Vale transcrever a lição do renomado doutrinador, Joel de Menezes Niebuhr³:

“No novo modelo de disputa do Decreto Federal n° 10.024/19, o software perde a utilidade. Ora, o oferecimento de lance em curto espaço de tempo não traz mais praticamente vantagem alguma, dado que a etapa de lances não se encerra aleatoriamente e de surpresa. No modo de disputa aberto, oferecido um lance, todos os demais licitantes dispõem de, pelo menos, mais dois minutos para oferecerem novo lance, a fim de cobrir o anterior. Oferecer lance em poucos segundos, insista-se, sob essa perspectiva, não é vantagem alguma. No modo de disputa aberta e fechado, encerrada a etapa de lances, aos autores dos melhores lances ainda podem oferecer lances derradeiros, em cinco min. Aqui o software ainda pode ser útil, mas apenas para obter boa classificação na etapa de lances. Ao fim, não será determinante, em razão dos cinco minutos para o oferecimento da proposta derradeira”.

Com efeito, diante da mudança no cenário legal, houve também uma mudança no entendimento do TCU, conforme se afere do trecho do Acórdão 2263/2020-TCU-Plenário⁴:

“Análise

50. Acerca da utilização desses dispositivos, faz-se necessária uma contextualização das decisões proferidas pelo TCU.

51. O Acórdão 1647/2010-TCU-Plenário (relator Ministro Valmir Campelo) versou sobre a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio do portal Comprasnet, tendo o TCU chegado às seguintes conclusões:

a) é possível aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão;

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 368.

⁴ <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2263%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>



b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório;

c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a Administração.

52. No ano seguinte, ao monitorar a decisão reproduzida no item anterior, o TCU, mediante Acórdão 2601/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Valmir Campelo), entendeu que os fatos ali comprovados configurariam violação ao princípio da isonomia, razão pela qual determinou à SLTI que adotasse medidas no sentido de implementar mecanismos inibidores do uso de tais dispositivos.

53. Anos depois, com a publicação do Decreto 10.024/2019, foram aprimoradas as regras sobre disputa e envio de lances do pregão eletrônico, que definiram que o gestor poderia escolher duas formas de disputa distintas: modo aberto ou modo aberto e fechado, artigos 30 a 33 do referido decreto.

54. Na disputa aberta, modelo adotado no pregão eletrônico em exame, as propostas são vistas por todos os participantes e é fixado o tempo de dez minutos para todo enviarem lances sucessivos, admitindo-se uma etapa seguinte de prorrogações sucessivas, de até dois minutos de duração, cada vez que houver novos lances.

55. Com essas inovações, o modo de disputa randômico ou aleatório, cujos lances poderiam durar de 1 segundo até 30 minutos sem a possibilidade de controle de tempo ou do momento de encerramento da etapa de lances, deixou de existir. Na prática, foi mitigado o benefício oferecido pelos programas de robôs, que garantiam às licitantes a permanência de maior período de disputa em primeiro lugar. Mesmo no modo aberto e fechado, em que ainda há o encerramento aleatório na fase aberta, como serão classificadas para a fase fechada todas as empresas que ofertarem proposta com valor até 10% superior à melhor proposta, o uso de robô não assegura a melhor colocação ao final do certame.

56. Por essas razões, não se vislumbra procedência nas alegações do representante quanto a esse ponto, eis que a utilização do robô, ainda mais no modo de disputa aberto, não oferece vantagem competitiva ante o previsto no art. 32 do Decreto 10.024/2019.

[...]

Em virtude do exposto, propõe-se:

[...]

III



7. Quanto à utilização de robôs para a apresentação de lances, verifico que **foi utilizado o modo de disputa aberto**, a qual, consoante exposto pela unidade técnica, consiste em "modalidade em que as propostas são vistas por todos os participantes e é fixado o tempo de dez minutos para todo enviarem lances sucessivos, admitindo-se uma etapa seguinte de prorrogações sucessivas, de até dois minutos de duração, cada vez que houver novos lances".
8. Ou seja, **a etapa da disputa randômica ou aleatória, quando o intervalo para a oferta de lances poderia durar de um segundo até trinta minutos, deixou de existir. Dessa forma, foi mitigada ou eliminada a vantagem comparativa daqueles que se utilizam de programas automáticos para a oferta de lances.**
9. Desta feita, **entendo, na linha dos pareceres precedentes, que a falha não restou configurada**".

Com o advento da Lei n. 14.133/2021 e a Instrução Normativa SEGES/ME n. 73/2022 (que substituiu o Decreto Federal n. 10.024/2019 na regulamentação da licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras), não só foram mantidos os modos de disputa "aberto" e "aberto e fechado", incluindo, ainda, o modo "fechado e aberto" (art.22), como também foi prevista expressamente a possibilidade de o licitante parametrizar o valor final mínimo ou o percentual de desconto final máximo mediante o envio automático dos lances (art. 19).

Ademais, há que se considerar a inexistência de comprovação de utilização de robô e de dolo de fraudar a licitação nestes autos.

Portanto, salvo melhor entendimento, não assiste razão à recorrente.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, **opina-se pela improcedência do recurso, com a remessa dos autos à Comissão de Pregão II para ciência e decisão.**



**NOVA
FRIBURGO**
P R E F E I T U R A



PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO
PROCESSO Nº 17.825
DIA 17/07/24

Por derradeiro, importante destacar que o exame desta Assessoria se dá tão somente quanto à legalidade do pedido, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando-se a delimitação legal de competência institucional deste órgão, restringindo-se o presente parecer aos aspectos jurídicos, com base nas peças constantes dos autos, não adentrando no mérito administrativo, cuja atribuição é do Administrador, com fiscalização pelo órgão de controle interno.

É o parecer, meramente opinativo e não vinculativo, que se submete à consideração superior, podendo ser acolhido ou rejeitado liminarmente.

Nova Friburgo, 16 de julho de 2024.

Layne de Andrade Alves
Coordenadora de Nível Superior Jurídico de Processos Administrativos
Subprocuradoria de Processos Administrativos
Matrícula: 62.773

[Assinatura]
Cyro F. V. N. de Veiga
Coordenador de Processos
Administrativos
Matrícula 63347