

COMISSÕES DE LICITAÇÃO: LIMITES DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Luíza Hey Toscano de Oliveira

Advogada. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná.

Resumo: Como meio de viabilizar as contratações do Poder Público com terceiros, adotou-se a licitação, atualmente prevista na Lei n.º 8.666/1993, para efetivar aquelas. O órgão que dirige todo o procedimento licitatório é a comissão de licitação, dentro de suas atribuições encontra-se a realização de diligências, prevista no § 3.º, do art. 43, daquela Lei, para dirimir eventuais dúvidas causadas pela documentação e propostas apresentadas pelos licitantes. O trabalho aprofundou-se na realização de diligência. Assim, analisou a composição da comissão de licitação, a natureza do ato de diligenciar, se discricionários ou vinculados e quais seus limites. Indubitavelmente o diligenciamento é ato vinculado, havendo pontos

obscuros ou dúvidas acerca da documentação fornecida é dever da comissão de licitação realizar diligências. Quanto aos limites, são os princípios da legalidade, razoabilidade, da igualdade e da supremacia do interesse público que respaldam a atuação do órgão colegiado. A razoabilidade determina que a atuação dos administradores esteja dentro do limite e do escopo da lei e que haja equilíbrio entre os meios empregados e o fim buscado. A igualdade preceitua que nenhum licitante deve ser privilegiado ou preterido em face dos outros. O interesse público visa alcançar a proposta mais vantajosa. A conclusão vai no sentido de que em havendo falhas, pontos obscuros, controvérsias ou dúvidas a comissão de licitação é obrigada a promover diligências para sanar o vício, desde que este não altere substancialmente a proposta e nem que seja de elemento essencial, previsto no edital.

Palavras-chave: Licitação, comissão de licitação, diligência, razoabilidade, igualdade, interesse público.

1. Introdução

Com embasamento constitucional, (art. 37, XXI) tem-se o imperativo de que a administração pública direta e indireta só poderá contratar obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública. A matéria é de competência legislativa privativa da União, com relação às normas gerais (art. 22, XXVII, da CF).

Foi em decorrência dos artigos acima mencionados que a Lei Federal n.º 8.666/1993 (Lei de Licitação e Contratos Administrativos) foi criada, regulamentando e disciplinando todo o procedimento licitatório. Esta Legislação informa, disciplina e orienta o trâmite das licitações públicas, dando eficácia ao texto constitucional com relação às contratações propriamente dita e aos fins almejados pela Carta Magna, dentre eles o interesse público.

Assim, traz em seu corpo os princípios norteadores, suas fases, estipula quais são as modalidades e tipos de licitação, cada um deles possuindo sua peculiaridade e regime distinto.

Foi com vistas a ordenar o expediente que o texto normativo instituiu a comissão de licitação para ordenar, coordenar e dirigi-lo sempre garantindo a isonomia entre os concorrentes e tendo como fim maior o atingimento do interesse público primário.

Ocorre que, ocasionalmente, no exercício de suas funções surgem dúvidas acerca dos documentos (de habilitação ou da proposta), tabelas, projetos, dados fornecidos pelos concorrentes. Diante dessa situação, o colegiado decidirá se é hipótese de diligência para corrigir e elucidar informações da documentação, ou se é caso de inabilitação ou de desclassificação do concorrente.

O principal tópico do presente trabalho é quanto ao exame dos limites da atuação da comissão de licitação em relação à promoção de diligências no procedimento do cer-

tame. Para tanto, será examinada a comissão de licitação quanto aos aspectos de seus membros; aos atos que são de sua competência; realização de diligências do § 3.º, do art. 43 (explicando seu conceito e nuances) e ao final, propõem-se os limites que devem ser respeitados pelo colegiado.

2. O processo de contratação pública

Para o poder público contratar obras, serviços, compras e alienações é mister seguir procedimentos específicos, que buscam a melhor condição e vantajosidade para a Administração. O procedimento adotado no Brasil é o das licitações públicas, que, via de regra, são indispensáveis¹. Conforme dito acima, é a Constituição Federal que prevê a necessidade de licitação pública para que a Administração Pública possa contratar.

Para cada objeto existe uma modalidade e um tipo de licitação diferentes. Assim, conforme a peculiaridade de cada procedimento, são delimitadas as regras do jogo licitatório que devem ser respeitadas tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares.

A Lei n.º 8.666/93 não traz explicitamente o conceito de licitação pública. Modernamente tem-se definições doutrinárias assinadas por Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Roberto Dromi, entre outros.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14.ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade e MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2006a. p.26.

O Tribunal de Contas da União² define licitação como “procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”.

Celso Antonio Bandeira de Mello explana que

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se põem assumir.³

Portanto, é por meio da licitação que se tem a validade de contratação de particulares pela Administração. Seus principais pilares estão na Constituição Federal (incluindo os princípios nela contidos) e na Lei Federal n.º 8.666/93, que estabelecem o passo-a-passo a ser seguido pelo ente público e pelo participante.

A primeira parte do caput do artigo 3.º, da Lei de

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p.16.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. p.517

Licitações, discrimina os objetivos da licitação, sendo três: observar o princípio da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Frise-se que, em decorrência do desenvolvimento nacional sustentável, a proposta mais vantajosa nem sempre será a mais barata. O Poder Público é visado por muitos empreendedores, assim, quando deseja influenciar condutas pode fazê-lo mediante a licitação. Explica-se: a Constituição Federal tem como um de seus princípios o desenvolvimento sustentável, desta forma, pode (a Administração) abrir certame licitatório para compra de materiais biodegradáveis (canetas esferográficas).

Tais objetivos beneficiam e contemplam a Administração Pública, o particular e a sociedade como um todo (já que é o fim público primário). A Administração se satisfaz em contratar a melhor oferta; os participantes, com a competição em igualdade de condições e a sociedade tendo suas necessidades saciadas⁴.

Essa harmonia de interesses se dá mediante a obediência, durante a licitação, dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e seus princípios correlatos, conforme a segunda parte daquele art. 3º.

4 SUNDFELD, 1995 apud OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. **Diligências nas licitações públicas**. Curitiba: JM, 2001. p.25.

Assim, justamente pelos objetivos propostos pela Lei Federal (seleção da proposta mais vantajosa, obediência ao princípio da igualdade e estímulo ao desenvolvimento nacional sustentável), é que não se admite a atuação do servidor público baseada no seu subjetivismo, seja na exigência dos documentos a serem apresentados na disputa, seja em qualquer julgamento ou decisão que se faça necessário. A discricionariedade do administrador é delimitada nas hipóteses em que não há prescrição legal fechada.

3. Atuação da comissão de licitação: limites

Para o procedimento licitatório ser efetivado tem de haver responsáveis por ele, que cuidem da sua lisura, do fiel cumprimento de suas fases, do recebimento ou não dos documentos que serão entregues pelos licitantes. Ou seja, é necessário que a Administração Pública coordene o certame licitatório para que atinja seu fim (qual seja a contratação pública, para que o objeto licitado seja executado). Tal coordenação é feita por meio da comissão de licitação.

Ela é a responsável por conduzir e zelar pelo bom funcionamento da licitação. A Lei Federal de Licitações, em seu art. 6.º, inciso XVI, conceitua-a como o colegiado que tem a função de recolher, analisar e julgar os documentos e os procedimentos referentes às licitações e ao cadastramento dos licitantes.

Mais adiante o art. 51 traz os requisitos e as características desse “órgão”, que serão estudadas mais adiante.

As regras contidas nesse artigo são gerais, assim, devem ser respeitadas por todos os entes da Administração, proporcionando uma mínima identidade organizacional e segurança jurídica.

3.1 Composição da comissão de licitação

O Estatuto das Licitações traz algumas regras quanto à comissão de licitação. Não são muito específicas, trançando apenas parâmetros gerais de composição e atuação, prevenindo algumas restrições, mas nada sobre a sua organização.

Portanto, é o órgão licitante quem define as especificidades e como se dará o funcionamento interno da comissão de licitação. O Diploma Licitatório age como uma moldura, podendo a pintura ser completada pelo ente público.

Apesar de nem todas as regras a seu respeito estarem contidas na lei, a comissão não é composta aleatoriamente. Se assim fosse, estaria o procedimento fadado à corrupção e, muito provavelmente, os vencedores seriam escolhidos não por conta de terem apresentado a melhor proposta, mas sim porque atenderam aos interesses particulares dos funcionários da Administração.

Assim, deve ser composta por um número mínimo de 3 (três) membros, não sendo delimitado o número máximo de integrantes (art. 51). O número mínimo existe para que a tomada de decisões não seja influenciada por nenhum fator externo proporcionando julgamentos mais transparente possíveis. Marçal Justen Filho explica que:

A Lei estabelece número mínimo de membros. Não há número máximo. A pluralidade de membros visa a reduzir a arbitrariedade e os juízos subjetivos. Amplia-se a publicidade de decisões, na medida em que a pluralidade de membros dificulta o sigilo. Enfim, partilha-se o poder entre diversas pessoas, na presunção de que essa solução reduz o arbítrio.⁵

Excepcionalmente, a Lei admite a troca da comissão de licitação por um único funcionário. Essa substituição somente é permitida atendidos os seguintes requisitos (i) se tratar de unidade administrativa pequena, (ii) houver carência de pessoal e (iii) a modalidade da licitação for convite (art. 51 *caput* e § 1.º).

O art. 51 instituiu, também, a necessidade de que haja agentes com conhecimento técnico. Isto é, numa comissão de 3 (três) pessoas, 2 (duas) delas serão, obrigatoriamente, qualificadas. Aumentando o número de participantes, o número de servidores deve aumentar proporcionalmente. Isto é, existindo 7 (sete) membros ao total, 5 (cinco) deles devem ser qualificados e todos do quadro permanente.

Dita regra aplica-se de igual maneira aos suplentes. As qualidades que os substitutos possuem devem ser as mesmas que os titulares têm. Saindo um titular qualificado, o suplente que assumirá o seu cargo deverá ser igualmente qualificado. Caso contrário, o Estatuto Licitatório

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 909.

estaria violado, visto que o órgão colegiado estaria carente de servidor apto, e todos os atos a partir de sua posse seriam nulos por falta de agente capaz.

Via de regra, a habilitação do membro qualificado não é requerida, apenas é exigida *expertise* sobre o objeto da licitação, ou seja, que o sujeito tenha conhecimento do assunto que será licitado.⁶ Já nos casos de comissão de julgamento dos pedidos de inscrição, modificação ou cancelamento em registro cadastral de obras, serviços ou aquisições de equipamentos⁷ a habilitação de seus integrantes se faz devida. Todos os membros, sejam eles habilitados ou não, devem ter conhecimento e competência para analisar e julgar as propostas, que normalmente contém informações técnicas.

Ademais, não podem ser eleitos para compor o colegiado pessoa que possua algum tipo de vínculo de caráter técnico, comercial, econômico, financeiro ou trabalhista com o licitante encarregado pelos serviços, fornecimentos e obras (incluindo os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários), pois configuraria participação indireta na licitação, conduta vedada pela Lei (art. 9.º, § 4.º cumulado com § 3.º). A nomeação e a função dos membros são feitas pela autoridade competente, representante do órgão público.

6 Contra, Marçal Justen Filho (2014, p.909).

7 O exemplo mais comum da comissão de registros cadastrais é em licitações que sejam pela modalidade tomada de preços, pois exige-se dos licitantes que sejam cadastrados.

Quanto ao quórum de instalação para deliberação, a regra é simples. O mínimo, como acima exposto, é de três membros, então, numa comissão com esse número, as deliberações e votações somente acontecerão quando os três estiverem presentes, em respeito ao *caput* do art. 51. Esse quórum se repete nas comissões com mais de três membros. Assim, numa comissão com cinco membros o número de instalação será de três membros e desses três, dois devem ser qualificados (art. 51 *caput*). Desrespeitados tais preceitos as decisões serão nulas e os atos deverão ser refeitos desde a ilicitude, tendo em vista que a tecnicidade e a lisura do procedimento estarão em jogo. Se houver deliberação irregular (sem o quórum de instalação válido ou sem um mínimo de integrantes qualificado) e nela a proposta vencedora for eleita, a classificação restará inválida.

Os integrantes do colegiado respondem civil, penal e administrativamente pelos atos que praticaram em desacordo com os princípios e com as disposições legais (art. 82 e art. 84), sem descartar a hipótese de serem processadas por improbidade administrativa.

Mais, o Diploma das Licitações fixa a responsabilidade solidária entre todos os membros por suas condutas, com exceção daquele que discordou fundamentadamente e registrou o desacordo em ata lavrada na reunião da decisão ilícita (art. 51, § 3.º). A responsabilidade dos membros, além de se exigir a conduta ilegal e da sua consequência, somente será imputada se a comissão

agiu com culpa lato sensu (imprudência, negligência, imperícia ou dolo)⁸.

Havendo a autoridade competente homologado⁹ a licitação com o ato vicioso, responderá igualmente com os membros da comissão (TCU, acórdão n.º 4791/2013). A autoridade competente tem função de garantir a correção do procedimento. Homologando-o concorda inteiramente com as decisões nele tomadas e, portanto, será igualmente responsabilizada.

Segundo o Estatuto Federal, a comissão de licitação pode ser especial ou permanente (art. 51 *caput*). Especial é aquela em que seus integrantes são designados para determinadas licitações (encarregados de procedimentos licitatórios predeterminados). Normalmente existem quando o objeto licitado requer conhecimentos técnicos muito específicos, como por exemplo, uma obra de engenharia em uma hidroelétrica. Existindo duas ou mais licitações contendo exigências similares nada impede que sejam gerenciadas pela mesma comissão especial. Terminada a licitação, isto é, com a sua homologação pela autoridade competente, a comissão é extinta de plano, visto que seu fim foi atingido (presidir determinado certame).

8 GASPARINI, Diogenes. **Comissões de licitação**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2002. p. 51.

9 A homologação é um ato de fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o que foi realizado pela comissão de licitação, e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados.

É permanente quando ao invés de designações de licitações, é fixado um período de tempo¹⁰. O objeto licitado não tem peculiaridades, nem especialidades, ele é genérico e comum. Então, a característica da comissão permanente é a continuidade de sua existência¹¹. Entretanto, apesar ser determinada ao longo de um lapso temporal, a equipe que a integra (tanto os titulares quanto os suplentes) é dissolvida quando completado 1 (um) ano da data de sua nomeação, sendo vedado o retorno integral dos mesmos indivíduos no período imediatamente posterior para aquela mesma comissão (art. 51, § 4.º). Apenas após um ano de sua desvinculação é que o mesmo grupo poderá voltar a presidir a comissão em que já atuaram. Quanto à reeleição, só é admitida a parcial, tendo em vista que a finalidade da lei é proporcionar a alternância de pessoal.

Diferentemente ocorre nas comissões especiais em que a vedação da Lei de um ano não é regra cogente. Seus participantes atuarão nela independentemente do tempo, ou seja, se a licitação durar mais de um ano, o mandato dos integrantes será de mais de um ano, se menos de um ano, as funções exercidas pelos membros durarão menos de um ano. Da mesma forma esta proibição não envolve a designação dos mesmos membros de uma comissão permanente para outra, por se tratar de nova comissão, apesar de estar

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 21.

11 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 573.

indo contra a mens legis.¹²

Não prevê a Lei n.º 8.666/93 a época exata de instituir a comissão. O ideal é já existir e estar funcionando desde a fase interna, mas o limite está na data de recebimento das propostas, podendo o edital ser lançado e o colegiado ainda não estar definido.¹³

A comissão permanente sempre deve existir e a especial, como já explicada, é instituída quando o objeto da licitação for peculiar. Assim, é proibida a existência apenas de colegiados especiais. Cabe aqui a lição de Diogenes Gasparini:

Atente-se que num dado momento podem existir várias comissões especiais, consoante o vulto das primeiras e a simultaneidade das últimas. Podem coexistir uma comissão permanente e uma ou mais comissões especiais, sempre que se desejar atribuir a habilitação e o julgamento das propostas a pessoas qualificadas, circunstância esta não considerada na constituição da comissão permanente. [...]. O que nos parece vedado é a existência apenas de comissões especiais.¹⁴

A discricionariedade está em estatuir pluralidade de comissões permanentes ou especiais (dependendo do caso), com o intuito de dividir a carga de serviço, repartindo as licitações do órgão público entre elas.

12 GASPARINI, 2002. p. 42.

13 JUSTEN FILHO, 2014, p. 910.

14 GASPARINI, 2006, p. 574.

Além da multiplicidade de comissões num mesmo ente, uma licitação pode conter mais de uma comissão, cada uma com atribuições distintas. O Regulamento das Licitações implicitamente no art. 51, § 2.º, oportuniza essa diversidade de colegiados. Por exemplo, é permitido haver comissão para analisar os documentos de habilitação preliminar e registros cadastrais (sua alteração ou cancelamento) e outra apenas encarregada com o julgamento das propostas. Não há restrição do número de comissões existentes.

Especificamente quanto ao colegiado que julga os pedidos de inscrição em registro cadastral, sua modificação ou cancelamento, de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, será composto por especialistas devidamente habilitados (§ 2.º, do art. 51). Em decorrência deste último requisito, há possibilidade de variadas comissões de recebimento: uma para obras de engenharia, outra para receber materiais hospitalares, mais outra para artigos de informática, por exemplo.¹⁵

Portanto, é plenamente possível a convivência de várias comissões de licitação num mesmo órgão público e num mesmo procedimento licitatório. As características e necessidades de cada licitação são os fatores determinantes para a autoridade competente designar uma ou mais comissões e suas atribuições.

15 RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**: decreto-lei n.º 2300 de 21/11/1986. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 123.

As comissões são vinculadas ao ente da Administração que pretende licitar. Mas têm liberalidade em na condução do certame e na tomada de decisões, sempre respeitando o ordenamento jurídico. Não há prévia aprovação dos atos do colegiado pelo órgão administrativo. Em suma, inexistente submissão da comissão em relação à Administração. A autoridade competente somente manifesta seu posicionamento (i) nos casos de recurso interposto por licitante em que a comissão manteve seu posicionamento (art. 109, §§ 2.º e 4.º) e (ii) quando for homologar e/ou adjudicar o certame (art. 43, inciso VI).

As comissões de licitação (de registro cadastral e julgamento das propostas; permanentes ou especiais) não são as únicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Há, também, comissão de concurso, de recebimento de materiais e na modalidade pregão, o senhor pregoeiro faz às vezes da comissão de licitação. Embora menos mencionadas, todas têm previsão legal.

A comissão de concurso é prevista no § 5.º, do art. 51, tendo como fim de julgar os trabalhos apresentados no concurso e/ou selecionar prestador de serviços técnicos, variando de acordo com o objeto do certame licitatório. Também é função desse colegiado entregar o prêmio ou remuneração que foi definido no edital.

Em decorrência da especificidade do concurso, a comissão será sempre especial, sendo integrada por pessoas de reputação ilibada e com *expertise* no assunto em

exame, independentemente de serem servidores públicos ou não (§ 5.º, do art. 51). Mas, frise-se que terceiros à Administração só serão avocados na impossibilidade ou inexistência de indivíduos para integrar o colegiado. Não menciona a Lei número mínimo para sua composição.

Existindo mais de uma licitação na modalidade concurso num mesmo ente do poder público, o objeto definirá quantas comissões existirão; se de objetos similares uma; se de objetos distintos; mais de uma.

Quanto à comissão de recebimento de materiais, a Lei n.º 8.666/93 apenas a institui de maneira indireta. Prescreve que os materiais de valor acima de cento e cinquenta mil reais nos casos de obras e serviços de engenharia e de oitenta mil reais para compras e serviços que não os de engenharia deverão ser entregues a uma comissão de três membros, no mínimo (§ 8.º, do art. 15). Sua função é basicamente decidir se os materiais entregues pelo(s) contratado(s) estão de acordo com o edital ou não.

Como é obrigatória a existência de pelo menos uma comissão de recebimento quando licitados insumos caros, essa comissão tem caráter permanente. Entretanto, facultase a criação de mais de uma. Optando pela pluralidade de colegiados, a autoridade competente definirá quais as competências de cada uma. Por exemplo, a comissão A receberá material de engenharia e a comissão B insumos de escritório.

Como nada menciona a Lei Federal sobre os membros, presume-se que deverão, necessariamente, ser servidores públicos.

Por fim, quando a modalidade utilizada for o pregão não haverá comissão de licitação ou comissão de pregão e, sim, pregoeiro e respectiva equipe de apoio, nomeados pela autoridade competente, todos servidores do órgão licitante, mas não de seu quadro permanente (inciso IV, art. 3.º, da Lei n.º 10.520/02).

O pregoeiro tem funções de receber as propostas e os lances das competidoras, aceitá-los ou não (conforme o instrumento convocatório); de classificar de acordo com os lances; de verificar se os documentos de habilitação estão em conformidade com o edital; receber eventuais recursos interpostos pelos licitantes e de adjudicar o objeto.

A Lei do Pregão silenciou sobre o mandato do pregoeiro e da equipe que o auxilia. Presume-se que a nomeação do gestor e de seus assistentes poderá ser para pregões determinados ou por um lapso temporal certo. Ou seja, se nomeado para pregão determinado equipara-se à comissão especial, se nomeado por certo período de tempo equipara-se à comissão permanente.

A proibição de recondução, prevista no diploma das licitações, não foi reproduzida na Lei n.º 10.520/02. Deste modo, é permitida a reeleição tanto do pregoeiro quanto da equipe de apoio, dependendo exclusivamente

da autoridade competente.¹⁶

E, por razão de lógica, não há quórum de instalação para funcionamento, já que o pregoeiro é figura única com atribuições decisórias (a equipe que o auxilia não tem condão decisório), via de consequência a responsabilidade por eventual ilegalidade é apenas dele.¹⁷

Como última observação, as comissões, quaisquer que forem elas, e a figura do pregoeiro não possuem personalidade jurídica, não sendo permitido contrair obrigações ou possuir direitos. Contudo, possuem capacidade processual, podendo figurar como parte autora ou ré de uma ação judiciária, representadas sempre por seu Presidente.

3.2 Promoção de diligências: previsão legal

A comissão de licitação é a gerenciadora do certame licitatório. Sua atuação é vital para o seu correto desenrolar, prezando sempre pelo respeito às normas e aos princípios que regem o certame.

Ela dirime eventuais dúvidas tidas pelos (futuros ou efetivos) licitantes acerca dos termos do edital, dos documentos requeridos, da elaboração da proposta; coordena e decide sobre os documentos de habilitação apresentados, sobre as propostas e ao final elege a oferta mais vantajosa

16 GASPARINI, 2002, p.124

17 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 322.

para a Administração. A coordenação do certame abrange incontável quantidade de atos que serão praticados. Pertinente aqui a lição do doutrinador Ivan Barbosa Rigolin:

O art. 41 do Estatuto “simplifica” imensamente, em seu enunciado, as atribuições das comissões de licitação; dá a falsa ideia de que elas são singelas, velozes e de resultado previsível, quando a prática do trabalho das comissões evidencia realidade quase inversa: um sem-número de dificuldades de toda ordem, incidentes, tropeços, omissões, lacunas, surpresas, desatualizações quanto às fontes de direito, desinformações generalizadas tanto pelos membros das comissões quanto pelos licitantes; enfim, toda sorte de obstáculos e empecilhos à boa fluência dos trabalhos das comissões, que a teor da lei parecem de uma simplicidade encantadora.¹⁸

São algumas de suas atribuições: presidir a sessão de recebimento dos envelopes com os documentos de habilitação e dos envelopes contendo as propostas técnicas; abrir e analisar os envelopes de habilitação; devolver os envelopes das propostas técnicas, lacrados, dos concorrentes inabilitados; abrir e julgar as propostas técnicas; qualificar ou desqualificar estas; refazer seus atos quando irregulares ou danificados, de ofício ou por ordem da autoridade competente; receber os recursos em oposição aos seus atos, dirigindo-os à autoridade superior em caso de improvimento e comunicar aos demais concorrentes sobre tal interposição; emitir certidões eventualmente requeridas; realizar diligências;

18 RIGOLIN, 1991, p. 129.

aceitar desistência da proposta do licitante vencedor, desde que fundada em motivo plausível e superveniente; chamar os ganhadores para assinar ou retirar o termo de contrato.¹⁹

Analisar-se-á, neste tópico, uma atuação em especial, tendo em vista discussões relacionadas com a discricionariedade ou não do órgão colegiado.

Prevista no § 3.º, do art. 43, da Lei Federal, a promoção de diligências é facultada à comissão ou à autoridade superior, em qualquer fase da licitação, com o fim de esclarecer ou complementar a instrução do processo, proibida a adição posterior de documento que deveria ter sido apresentado na proposta do ofertante.

Migrando para lei de contratação específica, o Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Lei nº 12.462/11 no §2º, do art. 24, determina que é possível a realização de diligências para checar a exequibilidade das propostas. O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, menciona, como na Lei 8.666/93, que a realização de diligências é uma faculdade da comissão de licitação para esclarecer, corrigir ou complementar a instrução do processo, mas proíbe a alteração relevante da proposta (art. 7º, §2º).

Tanto na Lei Geral de Licitações como no RDC, o legislador prescreveu a realização de diligências pela comissão de licitação, tendo as mesmas finalidades.

19 Funções elencadas por Diogenes Gasparini. Comissões de licitação. 2002. p.14-15 e por Ivan Barbosa Rigolin. Manual prático das licitações. 1991. p.129-32.

As normas acima citadas trazem algumas dúvidas, dentre elas: quais ações podem ser elencadas como diligências? Eventuais falhas cometidas pelos licitantes podem ser sanadas com fundamento no § 3.º, do art. 43, da Lei nº 8.666/93. As diligências podem ser requeridas, ou só são possíveis de ofício? Apesar de a Lei mencionar faculdade, são elas mera discricionariedade ou um poder-dever do colegiado em promovê-las? Quais os limites e casos que acarretarão as diligências? O que se entende por alteração relevante da proposta?

Essas indagações serão respondidas ao longo deste capítulo, tendo em vista as regras e princípios que regem as licitações e o Direito Administrativo.

Inicie-se com a conceituação da palavra diligência. Do latim *diligentia*, sinônimo de busca, procura, pesquisa, investigação, providência, averiguação, sindicância, é conceituada pelo Dicionário Aurélio como pesquisas ou averiguações tomadas para elucidar algum assunto²⁰. Na licitação, a comissão utiliza-se da realização de diligências para verificar a conformidade dos documentos apresentados pelos participantes para posterior habilitação ou inabilitação; qualificação ou desqualificação.

Do conceito, abstrai-se que diligenciar é requerer/fazer perícias, pareceres técnicos, vistorias, exames de falsi-

20 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 682.

dade documental, documentos constantes de outros órgãos da Administração, atestar certidões, entrar no sítio dos órgãos públicos para verificar a regularidade da licitante, solicitar informações do próprio licitante. Ou seja, são todas as medidas necessárias que proporcionem segurança e certeza nas decisões.

Nem sempre os membros do colegiado são peritos acerca do assunto que será analisado por meio da diligência. Por isso é imprescindível assessoria para que nas questões em que aqueles sejam leigos ou, até mesmo, impossibilitados de fazer por falta de material adequado (por exemplo, exame de falsidade de certidão) haja um grupo de pessoas que os ajude enviando pareceres, respostas a dúvidas, exames sobre a veracidade de algumas informações fornecidas, entre outros. Mesmo que não expressamente enunciada, como na Lei n.º 10.520/02, a equipe de apoio é peça fundamental da licitação.

A consulta feita à equipe de apoio será entregue e apreciada pela comissão, que a utilizará ou não como fundamento de seu julgamento. Frise-se que o assessoramento não tem o caráter vinculante. Como a decisão é atribuição exclusiva da comissão de licitação, pode ela basear-se no documento expedido pelo grupo de assessoramento (compara-se com o juiz de direito que quando realizada perícia não é obrigado a sentenciar de acordo com a conclusão do laudo pericial). Claro que todo e qualquer veredicto emitido deve ser fundamentado, seja na documentação da equipe de apoio, seja por outro meio de convicção.

Ademais, o embasamento da promoção de diligências está no princípio da verdade material. Isto quer dizer que o legislador previu tal procedimento com vistas à realidade dos fatos. Nas palavras de Odete Medauar:

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.²¹

Claro, se com a realização de diligência um licitante é mantido no certame licitatório, maior o número de propostas e, assim, a obtenção da proposta mais vantajosa será conquistada.

Supondo que haja dúvida quanto a inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho, em virtude do princípio da verdade material a Comissão de Licitação averiguará tal informação para verificar se realmente o concorrente possui dívidas trabalhista, por meio de um simples acesso no sítio da Justiça do Trabalho.

O colegiado não fica adstrito apenas aos documentos anexados no procedimento administrativo. Diferentemente do processo civil em que é vedado ao juiz o conhecimento

21 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131.

de fato ou matéria que não está nos autos do processo, a licitação, que tem o objetivo de escolher a melhor oferta, permite a prevalência da verdade material (do que realmente aconteceu) em face da verdade formal.²²

Em conclusão, além de a execução de diligências estar prevista na Lei de Licitações e na Lei do RDC (em respeito ao princípio da legalidade), tal conduta está também abarcada pelo princípio do processo administrativo da verdade material.

Quanto à questão de quem pode requerer diligências, normalmente são feitas de ofício, advindas de uma urgência do colegiado em ver suas dúvidas sanadas. Evidentemente que a realização de diligências se dá por meio da comissão, todavia, não há óbice para os licitantes postular sua execução, com o propósito de manterem-se no certame.

Pleiteado o pedido de diligência pode a comissão acolhe-lo ou rejeitá-lo, sempre fundamentando a decisão. Não aceito o requerimento do concorrente, cabe recurso de representação²³ à autoridade superior, que resolverá se pertinente ou não a providência.

22 DALLARI DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 109.

23 “Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

[...]

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;” (Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993).

3.3 Poderes investigativos e instrutórios da comissão

Como já mencionado, muitas são as tarefas atribuídas às comissões de licitação, visto que comandam todo o certame, desde a publicação do edital até a escolha da oferta mais vantajosa, excetuando os atos de homologação e adjudicação que são feitos pela autoridade competente (art. 43, inciso VI).

Em face de todas essas funções de competência do colegiado, estar-se-á diante de atuação discricionária ou vinculada? Preliminarmente os dois conceitos serão diferenciados.

O poder discricionário do agente público é aquele em que o legislador deixou mais de uma atuação, todas válidas, a ser escolhida pelo executor da lei. Surge, muitas vezes, em decorrência de situações imprevisíveis de serem legisladas, de conceitos jurídicos indeterminados, de expressões vagas, dos multissignificados de conceitos. É uma ferramenta célere e rápida objetivando um agir eficaz do Poder Público. Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira:

Discricionariedade é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.²⁴

O agente público possui certa liberdade, mas que é restringida pela Carta Magna, pelos princípios gerais do

24 OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Ato administrativo**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

direito, pela finalidade e pela própria norma, pelo interesse público em geral, pela observância da conveniência e oportunidade de cada uma das opções deixadas.

Todos esses elementos balizadores são somados aos requisitos indispensáveis do ato administrativo: competência (ser o agente capaz de praticar o ato e quando o fizer estar no exercício de suas funções), finalidade (o fim que a norma busca), forma (como o ato deve ser externado), motivo (as justificativas do por que agir de determinada maneira) e objeto (resultado imediato que o ato proporcionará, é a alteração no mundo fático).²⁵

A discricionariedade encontra-se nos componentes motivo e objeto, posto que são tidos como o mérito do ato administrativo; os demais elementos serão sempre vinculados à lei²⁶. Em outras palavras, a causa e a consequência esperada pela prática do ato discricionário são os pontos que dão a liberdade (restringida) ao administrador.

Imperioso lembrar, que a atuação discricionária não é sinônima de arbitrariedade. Na primeira, há várias medidas que podem ser adotadas, todas possíveis, válidas e lícitas. Já na segunda, a atuação não tem limites e nem parâmetros, o servidor age de forma abusiva (em desrespeito à lei), de acordo com seus interesses pessoais. A arbitrariedade é in-

25 MEDAUAR, 2008. p. 112-113.

26 MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Amadeu do Carmo; GUIMARÃES, Marcelo. **Casos concretos de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 289.

concebível no Estado Democrático de Direito. Se os requisitos da discricionariedade não são contemplados pelo administrador estar-se-á diante de ato arbitrário, portanto, nulo.²⁷

O poder vinculado é aquele que não deixa margem para escolhas. Constatada a situação descrita na norma jurídica, só é existe uma solução juridicamente válida. O legislador não deixou opção ao executor, delimitou as diretrizes e determinou a exata conduta a ser adotada. Conforme Eduardo Ganymedes Costa²⁸, “o poder vinculado se caracteriza pela atuação dentro dos exatos limites impostos pela norma aplicada a cada caso concreto, com requisitos e elementos determinados, em face do que o agente fica inteiramente submetido (vinculado)”.

Voltando à comissão de licitação, cabe analisar se as funções exercidas durante o procedimento licitatório são vinculadas ou discricionárias.

No bojo do instrumento convocatório estão elencados quais os documentos que assegurarão (i) a habilitação do concorrente (habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica e econômico-financeira) e (ii) a qualificação da proposta (técnica e preço). Os documentos são fornecidos e entregues ao colegiado que os analisará e verificará sua conformidade e regularidade com o edital.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009b. p. 47.

28 COSTA, Eduardo Ganymedes. **Noções gerais de direito**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008. p. 161.

Assim, um dos poderes da comissão é o de instruir regularmente o procedimento, recebendo e analisando toda a documentação de todos os pretendentes. Simples seria se estas não gerassem qualquer tipo de questionamento, pois a decisão de habilitação, inabilitação, qualificação ou desqualificação não demandaria maiores problemas. Ocorre que muitas vezes essa documentação gera dúvida por ser omissa, incompleta, ininteligível, confusa, duvidosa, entre outros.

Afora a instrução do processo, cabe à comissão pesquisar, esclarecer, buscar sobre determinados documentos, ou informações que lhe provoquem dúvidas ou que não estejam bem demonstrados. Essas inquirições fazem parte da competência investigatória da gerenciadora da licitação.

Utiliza-se, então, do diligenciamento para eventual complementação da documentação entregue e para verificar a veracidade das alegações fornecidas e até mesmo a autenticidade de documentos. O primeiro caso pertence ao poder instrutório da comissão; o segundo e o terceiro, ao poder investigatório.

Então, apesar do § 3.º, do art. 43, utilizar a expressão faculdade (o que erroneamente, dá a entender que é caso de poder discricionário), a diligência é um dever e por isso é caracterizada como poder vinculado.

Observada situação que enseja dúvidas, omissões, ambiguidades ou confusões nos documentos é caso de realização de diligência. Leciona Marçal Justen Filho que:

[...] não existe uma competência discricionária para escolhe entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados –, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha subjetiva. Portanto, a realização de diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.²⁹

Na mesma toada Jessé Torres Pereira Junior³⁰ postula que quando a falha ou irregularidade na documentação é resultado do não entendimento plausível do ato convocatório, pelo licitante ou pelo colegiado, estar-se-á diante de necessária realização de diligências.

Arrematando sobre a regra do § 3.º, do art. 43, Edmur Ferreira de Faria³¹ enfatiza que no caso de dúvida, necessário será o diligenciamento para alcançar segurança nas decisões.

Dessume-se que a realização de diligências pela comissão, seja no intuito de instruir o procedimento ou de

29 JUSTEN FILHO, 2014. p. 805.

30 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.

31 FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo: atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/03**. 6.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 376.

investigar sobre determinados fatos, é cumprimento de um dever legal, previsto no § 3.º, do art. 43 (ou no art. 24, §2º da Lei do RDC), com vistas a esclarecer eventuais dúvidas e colher informações ocorridas durante o procedimento licitatório. Não há margem para escolhas. A decisão feita sem absoluta convicção dos membros não é tolerável pelo mundo jurídico, por isso a regra aqui estudada é caracterizada como poder vinculado.

3.4 Definição dos limites

Evidentemente que não são todas as hipóteses de insuficiência ou deficiência na documentação que autorizam a realização de diligências. Tem-se restrição legal no sentido de proibir diligência que resulte na juntada de documento ou informação que deveriam constar da documentação original do licitante (art. 43, § 3.º, segunda parte). O legislador prestigiou o princípio da legalidade e da isonomia. Por isso, muitos documentos exigidos pelo edital não podem ser complementados ou adicionados posteriormente em razão da sua essencialidade. Ocorre que o formalismo não pode ser encarado como soberano em virtude dos grandes prejuízos que pode causar. Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais

vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento.³²

Somado à legalidade moderada, tem-se que os limites para promoção de providências são pautados na razoabilidade, igualdade entre licitantes e, por óbvio, na supremacia do interesse público, tendo em vista o interesse da Administração em contratar com a proposta mais vantajosa.

Cabe ainda ressaltar que por mais que haja diferença de redação entre a Lei nº 8.666/93 e a do Regime Diferenciado de Contratação, as regras estipuladas naquela legislação, no que tange à realização de diligências, são plenamente aplicadas no RDC³³. Portanto, é ato vinculado que não pode resultar em adição de escritos que deveriam constar da proposta original, sempre em observância ao formalismo moderado.

Adiante, estudará os balizadores supracitados, para ambos os regimes, e explicará como são aplicados na hipótese de realização de diligência pela comissão de licitação.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Revisão. Fatos. Súmula 07/STJ. Licitação. Habilitação. Pregão. Prova. Regularidade fiscal. Previdência social. Edital. Rigorismo formal. Desproporcionalidade. Interpretação teleológica. Propostas mais vantajosa. **Recurso Especial nº 997.259/RS**. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 17 de agosto de 2010.

33 CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 109.

3.4.1 Razoabilidade, Igualdade e Supremacia do Interesse Público

O princípio da razoabilidade³⁴ é princípio estruturante do ordenamento jurídico, abrangendo não só o direito constitucional e o administrativo, como também todas as áreas do direito, como o processo penal, processo civil, civil, consumidor, etc.

Na nossa estrutura jurídica existem diversas leis, decretos, portarias, artigos ambíguos, obscuros, com expressões vagas, em que não se consegue identificar o fim almejado, bem como há casos inimagináveis de previsão pelo legislador. Em decorrência, são utilizadas técnicas hermenêuticas para chegar à intenção da norma jurídica. É precisamente o caso da regra que traz a realização de diligências.

É nesse contexto que a razoabilidade entra como instrumento de interpretação do texto normativo, captando seu real significado e possibilitando a exata aplicação daquele pelo administrador.

No âmbito administrativo, especificamente, o princípio veda a atuação dos administradores que vai além ou

34 Em outra acepção o doutrinador Humberto Ávila afirma que “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente regras”. Continua, elencando as principais acepções que o critério possui: diretriz da relação da norma abstrata com o caso concreto; diretriz entre os meios utilizados com o fim pretendido; e “diretriz de equivalência entre duas grandezas”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.151-152).

aquém dos ditames legais; obriga o desempenho de condutas adequadas entre os meios e os fins perquiridos³⁵. O equilíbrio é critério para verificar se a razoabilidade está ou estava presente em determinado ato.

Ao lado do princípio da razoabilidade está o princípio da proporcionalidade. São previstos em separado na Lei do Processo Administrativo, mas não se pode negar a sua interdependência. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ trata o princípio da proporcionalidade como um dos elementos do princípio da razoabilidade, ou seja, um fazendo parte do outro.

Da mesma maneira que a razoabilidade, a proporcionalidade é aplicada, não só no Direito Administrativo, como em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Leva-se em conta o fim buscado na norma jurídica, a atuação deve estar conforme os preceitos estabelecidos pelos princípios, normas, regras e interpretações consolidadas no país. Portanto, o agir do agente público deve ter ambas características: ser razoável e proporcional.

O fim proposto pelo conjunto de regras de direito deve ser alcançado mediante a harmonia no proceder com a adequação e equilíbrio nos meios de atuação. Em resumo, são estes os mandamentos da razoabilidade e proporcionalidade.

35 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 80 – 82.

Já o princípio da igualdade disciplina que os concorrentes devem ser tratados desigualmente na medida de suas diferenças e igualmente quanto aos aspectos idênticos. É um dever dos entes públicos e um direito dos licitantes, que estão na mesma situação, de usufruírem tratamento equânime. Deve haver correlação lógica entre os fatores de discrimen e a diferenciação do regime jurídico que é feita pela norma jurídica.³⁷

Por fim, o princípio da supremacia do interesse público abarca dois conceitos: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público³⁸.

O primeiro objeto relaciona-se com o bem comum, isto é, o interesse da sociedade se sobrepõe ao individual. Mas lembrando que o bem comum não é a soma de todas as vontades individuais e sim a necessidade daquela sociedade como um todo. Cabe aqui a ideia de solidariedade, fraternidade e cooperação entre os membros de uma nação.³⁹

As legislações, decretos, emendas, códigos buscam não a satisfação de um individuo ou uma determinada classe e, sim, a justiça social, a satisfação da população como um todo, *verbi gratia*, erradicar a pobreza.

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41

38 BERTONCINI. 2002. p. 181

39 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Bem comum, bem de todos. **Cidade Nova**, n.10, p.30-31, 2012. Disponível em: <http://www.mppu.org.br/novo/download/pdf/bem_comum_bem_de_todos.pdf>. Acesso em 10 abr. 2016.

Os interesses particulares não são ilegais ou errados. Porém, na impossibilidade de compatibilizar os dois desejos (o público com o particular), a urgência da coletividade justapõe-se em relação À vontade do indivíduo.

Já a indisponibilidade do interesse público vem no sentido de proibir a disposição dos interesses da sociedade. É o caso da inalienabilidade, da imprescritibilidade dos bens públicos, em que só permite vendê-los mediante licitação; dos pagamentos de dívidas contraídas pela Administração por meio de precatório, entre outras.

3.4.2 Aplicação dos Limites

Apresentados os limites para executar a diligência, tratar-se-á de sua aplicação. Não resta dúvida sobre a indispensabilidade de condutas razoáveis e proporcionais do agente público, de tratamento igualitário entre os licitantes e da sobreposição do interesse público ante o individual.

A única vedação explícita que consta da Lei de Licitações é a de inclusão de documento ou informação que deveria constar da proposta. Percebe-se a importância da inalterabilidade da proposta e certa flexibilidade quanto à habilitação. Ou seja, a rigidez maior em fazer diligências encontra-se na alteração da proposta.

Mas, como não são todas as situações que ensejam a promoção de diligências, não é todo e qualquer documento que se veda a inclusão. Neste sentido, a lição de Edgar Guimarães:

É obvio que não está vedada a juntada de qualquer documento, até mesmo porque, se a diligência é procedimento administrativo investigatório com finalidade elucidativa, não raro haverá a necessidade de se produzir, apresentar e juntar aos autos novos documentos.

Ademais, se fatos existentes à época da licitação ou até mesmo a ela anteriores, porém não documentados nos autos, puderem eventualmente ensejar a inclusão ou exclusão de licitante em determinada competição, tais circunstâncias deverão ser investigadas e, fatalmente, haverá a necessidade de se produzir e juntar ao processo novos documentos, sem que este procedimento afronte ou contrarie os limites impostos pela lei.⁴⁰

Utilizando dos princípios supracitados, a decisão de efetuar diligência, além de estar fundamentada, tem que vir envolta em avaliação equilibrada e calibrada entre a sua atuação e o efeito desejado, sem contradição e, sobretudo, sem desvio de poder⁴¹. As informações que vierem a complementar a documentação do licitante deve ser meramente explicativa ou informativo, não podendo uma falha de proposta ou habilitação ser indevidamente sanada a pretexto de realização de diligência.

40 GUIMARÃES, Edgar. **Diligências nas licitações**. Disponível em: <http://www.edgarguimaraes.com.br/v2/arquivos/download/PUBLICACOES_DILIGENCIAS_NAS_LICITACOES.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

41 GORDILLO, Agustín A. **Tratado del derecho administrativo y obras selectas**: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. p. vi-32.

Assim, tem-se como insanável a falha que versa sobre condições de execução do objeto, quantidades, prazos, preço proposto. *A contrario sensu*: é possível diligenciar sobre questões que não integrem a medula dorsal da proposta.⁴²

Além dos limites acima já explicitados, todos os licitantes devem ser noticiados sobre a diligência (informando data, hora, local). A publicidade proporciona a ampla defesa e o contraditório, bem como a transparência da atuação da comissão. Irresignado cabe ao licitante interpor em face da decisão.

A publicidade não se resume em avisar sobre a realização da diligência. O seu andamento e desdobramentos devem ser integralmente documentados, esclarecendo o que foi vistoriado, testado ou analisado; se utilizado parecer de equipe de apoio, este deverá ser anexado e disponibilizado aos concorrentes que, querendo, apresentarão recurso.

Não são cabíveis investigações confidenciais, pareceres e telefonemas sigilosos ou qualquer tipo de diligência secreta. A transparência nas condutas dos servidores é essencial para a obtenção da melhor oferta e para garantir a isonomia dos participantes, inclusive proporciona a proibição da atuação da Administração.

Além da igualdade entre os licitantes ser verificada no direito da ampla defesa e do contraditório, é encontrada quando proporciona paridade de oportunidades. Por exem-

42 OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. **Diligências nas licitações públicas**. Curitiba: JM, 2001. p. 89.

plo, se a comissão de licitação realizou diligências para verificar a idoneidade da documentação de um concorrente, não pode a mesma desclassificar outro ofertante por conta de apresentação de documentos obscuros. Havendo dúvida na documentação de habilitação de um, dois ou todos os concorrentes, é dever da Administração investigar sobre a veracidade das alegações.

Saneando falhas não substanciais da documentação, esclarecendo dúvidas, investigando informações, vistoriando equipamentos a comissão de licitação permite um maior número de concorrentes na disputa (objetivo pretendido pelo órgão licitante). Com maior número de competidores mais acirrada e bem preparadas serão as propostas e, assim, a Administração contratará nas melhores condições possíveis.

A realização de diligências é exatamente a exteriorização do princípio do formalismo moderado. Portanto, pode o licitante ter pecado na apresentação da sua proposta, mas essa falha em nada comprometer os termos apresentados à Administração Pública. O edital continua sendo a lei interna da licitação, mas é interpretado de acordo com a sua finalidade, com a boa-fé do licitante, com a razoabilidade do documento faltante, sempre prestigiando a ampla concorrência e a igualdade entre disputantes.

Essa foi a conclusão que o que o Tribunal de Contas da União vem aplicando nos casos concretos:

É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que

possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3.º, da Lei de Licitações. [...] a jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a desclassificação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista [...]. concluiu, por fim, que não houve prejuízo à competitividade decorrente da ausência de registro do modelo cotado pela vencedora do certame. [...]. O conhecimento do produto do concorrente possibilita o controle da verificação do atendimento das condições editalícias, fato que se tornou possível com a diligência realizada pela pregoeira.⁴³

No mesmo sentido o Supremo Tribunal de Federal, em recurso ordinário em mandado de segurança, privilegiou o diligenciamento ao invés do rigorismo formal e habilitou empresa, tendo em vista que a falha não alterou o modo de entrega do objeto, nem o preço estipulado, não prejudicou os demais licitantes e não obstaculizou o julgamento objetivo da proposta:

Verifica-se, pois, que o vício reconhecidamente praticado pela ora recorrida, embora reflita desobediência ao edital, consubstancia tão-somente irregularidade formal, incapaz de conduzir à desclassificação de sua proposta. Se de fato o edital é a “lei interna” da licitação, deve-se abordá-lo fren-

43 BRASIL. Tribunal de Contas da União. É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3.º, da Lei de Licitações. Informativo de jurisprudência n.º 151. **TC 007.501/2013-7**. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília. 15 de maio de 2013 apud REIS, 2013, p.563.

te ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis, os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.⁴⁴

Diferentemente foi a situação enfrentada pelo Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, num agravo de instrumento. A realização de diligências feita pela comissão foi invalidada, pois a informação anexada posteriormente à abertura das propostas sobre o índice de produtividade da empresa era requisito indispensável do edital. Ademais, o documento apresentado pela empresa foi insuficiente e não esclarecedor, tendo que ser feita diligência da diligência.

3. Ademais, a Comissão não poderia ter aceito, após a abertura das propostas, justificativas das empresas licitantes com relação ao índice de produtividade (fls. 296/327), superior ao previsto no Edital, já que tal justificativa, prevista no item

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por as irrelevância, não gera nulidade. **Recurso no mandado de Segurança n.º 21.714/ DF**. Recorrente: Unisys Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de outubro de 2000.

5.5.2 do Edital, deveria constar da própria proposta; assim procedendo a Comissão, além de criar, com ou sem razão, uma situação de flexibilidade no mínimo inusitada, violou o disposto no art. 43, parág. 3.º da Lei 8.666/93 [...]

5. A não observância da parte final do referido dispositivo viola o princípio da legalidade, além de ferir a isonomia entre os licitantes, já que as empresas que puderam apresentar suas justificativas em momento posterior à abertura das propostas foram favorecidas em detrimento das demais, máxime quando a Comissão, não satisfeita com a justificativa apresentada pela empresa licitante tida como vencedora do certame, a contacta por meio telefônico para apresentar, de forma detalhada, esclarecimentos à sua justificativa, ou seja, para apresentar uma justificativa da justificativa (fls. 326); tal conduta viola flagrantemente o princípio da isonomia.⁴⁵

Esses diligenciamentos feriram não só a igualdade entre licitantes e a razoabilidade, como também o princípio da publicidade (tendo em vista que o segundo expediente foi feito via telefone, não havendo comunicação prévia aos demais concorrentes) e proporcionou insegurança jurídica sobre a capacidade econômico-financeira da empresa (duas prestações de informação sobre o mesmo assunto).

45 BRASIL. Tribunal Regional Federal. (5.ª Região) Administrativo. Licitação. Concorrência. Justificativas aceitas após a abertura das propostas. Informação que deveria constar da proposta. Art. 43, § 3.º da Lei 8.666/93. Impossibilidade. AGTR provido. **Agravo de Instrumento n.º 63072 AL**. Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho. Recife, 13 de setembro de 2005.

Conquanto a capacidade da concorrente não foi demonstrada, torna-se impossível ao ente licitante permitir a sua participação no certame.

Como conclusão, e conforme os princípios supra analisados, tem-se que os documentos que podem ser incluídos por meio de diligências são os comprobatórios de fatos acontecidos após a entrega da proposta; os que sejam utilizados como contraprova daqueles; os complementares à documentação fornecida e os que rebatem argumentações da autoridade competente, da comissão, dos outros licitantes e de provas ou documentos constituídos no procedimento, visando o atingimento do interesse público, respeitada a igualdade e a razoabilidade/ proporcionalidade nas decisões^{46, 47}

Desta forma, nenhum documento essencial será incluído tardiamente na documentação de qualquer licitante, possibilitando ampla concorrência no certame, sem afrontar a isonomia entre os participantes.

4. Conclusão

Com previsão constitucional e federal (art. 37, inciso XXI e Lei Federal n.º 8.666/93) a licitação é ferramenta necessária para a Administração Pública concretizar

46 OLIVEIRA. 2001. p. 87.

47 Em sentido diverso Carlos Ari Sunfeld “permitir a um deles (licitantes) a complementação posterior seria privilegiá-lo no confronto com os outros, pondo a perder o caráter igualitário do certame” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2.ed. 1995. p.111).

ajustes com terceiros privados, em benefício da coletividade. Foi a Lei de Licitações que trouxe as regras e a sistemática de tal procedimento.

E é dentro do certame licitatório que a figura da comissão de licitação se faz presente. Ela é responsável pela licitação, sendo responsável pela sua regência e a direção. Composta por no mínimo três membros, a comissão tem as funções de receber, analisar e julgar os documentos e o trâmite relativo à licitação e ao cadastramento dos licitantes, conforme o art. 6º da Lei 8.666/93.

A documentação entregue pelos concorrentes ao colegiado pode causar dúvidas, conter omissões, falhas e obscuridades. Em decorrência, o Diploma regente estipula que a comissão de licitação pode realizar diligências, em qualquer fase da licitação, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão de documento que já deveria constar da documentação (de habilitação e proposta). O legislador decidiu por incluir o expediente em virtude do princípio administrativo da verdade material enfatiza a importância da veracidade das informações e documentos. É no sentido de que a comissão não está presa somente aos escritos do processo licitatório que a promoção de diligências foi incluída na Lei Federal.

O ato de realizar diligência é tido como ato vinculado. Em outras palavras, a diligências é poder-dever do colegiado. Independentemente da expressão “é facultada”, do § 3.º, do art. 43, havendo dúvida ou confusão quanto ao

documento enviado pelo ofertante, a comissão de licitação tem o dever de investigar, buscar informações complementares com a finalidade de elucidar os pontos obscuros e habilitar/qualificar o concorrente.

Por óbvio, não é qualquer situação que enseja a execução do expediente. A Lei Federal já coíbe a inclusão tardia de informe tido como indispensável. A razoabilidade, a proporcionalidade, a igualdade entre os licitantes e a supremacia do interesse público também restringem e instruem a medida.

No que tange à razoabilidade e à proporcionalidade, leva-se em conta o que o instrumento convocatório traz em seu corpo os documentos necessários para uma proposta idônea, desta forma, estatui, a contrário senso, a extensão da irregularidade e a possibilidade de reparação do erro. Todos esses aspectos são ponderados para conferir a viabilidade da diligência. Assim, depreende-se que o edital não é absoluto, e nem pode ser entendido de tal forma, visto que a jurisprudência (do Tribunal de Contas da União, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal) repudia o formalismo exacerbado; e que as falhas não podem ser substanciais, isto é, as condições da proposta devem permanecer intactas.

No mesmo sentido, o princípio da igualdade reprime as diligências quando resultarem em alteração do preço, prazo e disposições da proposta. Ora, todos os concorrentes tiveram o mesmo lapso temporal para apresentarem

suas ofertas, injusto é a atuação da comissão para reformar termos da proposta, privilegiando um participante em detrimento dos demais. Nenhuma decisão pode beneficiar um licitante e prejudicar os outros. Ainda, a isonomia também preceitua que os concorrentes têm direito às mesmas oportunidades.

Ademais, por conta do princípio da publicidade, todos os participantes devem ser comunicados sobre a realização da diligência para, caso queiram, contraditá-la, acompanhá-la e fiscalizá-la. Em hipótese alguma são admitidas investigações e averiguações sigilosas.

No que respeita ao princípio do interesse público, quanto maior o número de licitantes, em tese, os preços e as condições serão melhores, por conta do aumento da competitividade. Ou seja, a inabilitação ou a desclassificação de concorrente por erro formal, dúvida ou omissões irrelevantes na proposta ou na documentação de habilitação não é plausível. Tais falhas devem ser consertadas, sob pena de estar se excluindo a oferta mais rentável. Tudo que não tenha cunho essencial deve ser passível de correção por meio de diligências.

Os documentos novos que não mudem a espinha dorsal da proposta ou que não sejam indispensáveis na documentação do licitante podem ser anexados ao certame por meio da diligência, com vistas a habilitar ou a classificá-lo, promovendo, desta forma, melhores oportunidades para a Administração contratar.

Dessume-se que as diligências são deveres da comissão de licitação. Uma vez constatadas as circunstâncias de sua efetivação (questionamentos, falhas, incompreensões sobre os documentos) o colegiado é obrigado a procedê-las. Uma comissão que zela pelo bom funcionamento da licitação realiza as diligências dentro dos parâmetros estipulados, mas nunca inclui documento essencial que foi requerido no edital, mas não foi apresentado, bem como aqueles que vão alterar as condições propostas inicialmente.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Revisão. Fatos. Súmula 07/STJ. Licitação. Habilitação. Pregão. Prova. Regularidade fiscal. Previdência

social. Edital. Rigorismo formal. Desproporcionalidade. Interpretação teleológica. Proposta mais vantajosa. **Recurso Especial n.º 997.259/RS**.

_____. Supremo Tribunal Federal. Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por as irrelevância, não gera nulidade. **Recurso no mandado de Segurança n.º 21.714/ DF**. Recorrente: Unisys Brasil Ltda. Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de outubro de 2000.

_____. Tribunal de Contas da União. É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3.º, da Lei de Licitações. Informativo de jurisprudência n.º 151. **TC 007.501/2013-7**. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília. 15 de maio de 2013 apud REIS, 2013, p.563.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3.ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

_____. Tribunal Regional Federal. (5.ª Região) Administrativo. Licitação. Concorrência. Justificativas aceitas após a abertura das propostas. Informação que deveria contar da proposta. Art. 43, § 3.º da Lei 8.666/93. Impossibilidade. AGTR provido. **Agravo de Instrumento n.º 63072 AL**. Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho. Recife, 13 de setembro de 2005.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime diferenciado de contratações públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTA, Eduardo Ganymedes. **Noções gerais de direito**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**: atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/03. 6.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Comissões de licitação**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2002.

_____. **Direito administrativo**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado del derecho administrativo y obras selectas**: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GUIMARÃES, Edgar. **Diligências nas licitações**. Disponível em: <http://www.edgarguimaraes.com.br/v2/arquivos/download/PUBLICACOES_DILIGENCIAS_NAS_LICITACOES.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Amadeu do Carmo; GUIMARÃES, Marcelo. **Casos concretos de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **A processualidade do direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14.ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade e MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Ivo Ferreira de. **Diligências nas licitações públicas**. Curitiba: JM, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Ato administrativo**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**: decreto-lei n.º 2300 de 21/11/1986. São Paulo: Saraiva, 1991.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Bem comum, bem de todos. **Cidade Nova**, n.10, p.30-31, 2012. Disponível em: <http://www.mppu.org.br/novo/download/pdf/bem_comum_bem_de_todos.pdf>. Acesso em 10 abr. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2.ed. 1995.