

Título : CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCLASSIFICAÇÃO POR ERROS FORMAIS NO PREGÃO ELETRÔNICO
Autor : João André Ferreira Lima

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCLASSIFICAÇÃO POR ERROS FORMAIS NO PREGÃO ELETRÔNICO

JOÃO ANDRÉ FERREIRA LIMA

Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo IDP. Mestre em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2014) e em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (2008). Pós-graduado em Direito Administrativo pela UCAM (2016) e em Direito à Saúde pela UNESA (2018). Autor do livro “Um estudo sobre a normatização e implementação de setores de compras na Administração Pública”, Ed. Dialética, 2020. É oficial do Exército Brasileiro.

RESUMO

O presente artigo busca compreender a sistemática do pregão eletrônico atinente à fase de lances e a pretensa proteção que o menor valor ofertado pelo licitante merece carrear nas fases seguintes do procedimento de compra pública. Nessa toada, os objetivos propostos são: apresentar o procedimento do pregão eletrônico, com enfoque na fase de lances; interpretar o princípio da competitividade no contexto da licitação; e analisar a indisponibilidade relativa do lance ofertado em respeito àquele princípio. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, que abrangeu a doutrina administrativista específica de licitações e contratos e uma coleta jurisprudencial disponível no Tribunal de Contas da União, a pesquisa emergiu os conceitos necessários à resposta ao problema proposto. Os resultados encontrados, confrontando o procedimental da fase de lances no pregão eletrônico com o princípio da competitividade em sede de licitações, são no sentido de que gestor público tem o poder-dever de proteger o menor lance ofertado, desde que exequível, evitando a sua desclassificação por meros erros formais, buscando salvaguardar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, como fim último, o interesse público.

1. INTRODUÇÃO

As aquisições por meio do pregão eletrônico perfazem um total de 58% das despesas públicas empenhadas em 2019, totalizando mais de R\$ 35 bilhões de recursos destinados no âmbito da Administração Pública federal ¹.

Nessa apreciação, cumpre aprofundar o estudo sobre o procedimento do pregão eletrônico, que, conforme Dec. nº 10.024/2019, prescreve a oportunidade de se ofertar lances na forma eletrônica, tornando mais eficiente essa modalidade licitatória, criada pela Lei nº 10.520/2002, e reconhecida pela eficiência, vez que o menor preço ou o maior desconto são os critérios de julgamento na aquisição de bens e serviços exclusivamente comuns.

Ocorre que, por vezes, os agentes públicos imbuídos da função de pregoeiro, em temerária ação administrativa, desrespeitam a competitividade adstrita ao pregão eletrônico por meras questões formais, principalmente as relacionadas à aceitação e à habilitação de fornecedores, ferindo o objetivo fundamental da vantajosidade da contratação e, em último caso, desperdiçando recursos públicos alocados para as estruturas governamentais.

Diante desse cenário convém questionar: o pregoeiro pode desrespeitar o lance exequível ofertado por motivos que não são afetos ao critério do menor preço, em especial às razões formais de aceitação de proposta e habilitação do fornecedor?

O problema proposto será respondido abordando os seguintes pontos: i) apresentar os

procedimentos atinentes ao pregão eletrônico, com enfoque na fase de lances; ii) interpretar o princípio da competitividade no contexto da licitação; iii) do cotejo desses 2 tópicos, analisar a pretensa indisponibilidade do lance ofertado em respeito ao princípio supramencionado.

2. O PREGÃO ELETRÔNICO E A FASE DE LANCES

O pregão, introduzido pela Lei nº 10.520/2002, é modalidade prevista em função do objeto e não pelo valor, como são as modalidades da Lei nº 8.666/1993. O objeto deve ser exclusivamente bem ou serviço comum. Por **comum**, a lei entende que são materiais ou serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (BRASIL, 2002).

De forma sintética, o pregão eletrônico, regido pelo Dec. nº 10.024/2019 (após a revogação do longo Dec. nº 5.450/2005), e sob o manto da Lei nº 10.520/2002, tem como uma das principais alterações, em face da Lei de Licitações, a inversão da fase de habilitação, sendo naquele após a fase de julgamento e, no procedimento da Lei nº 8.666/1993, anterior ao julgamento das propostas.

Essa inovação torna mais célere a licitação e prestigia a maior participação de fornecedores, principalmente na forma eletrônica, cuja limitação geográfica é mitigada, uma vez que todo o procedimento é realizado pela *internet*, em sistema apropriado. Repara-se que a tônica do pregão eletrônico é sempre na priorização do aumento da amplitude de participantes, cuja competição é a forma salutar de se perseguir a vantajosidade da contratação.

Após a divulgação do edital da licitação e seus anexos, a sessão pública é marcada pela autoridade competente. Os licitantes, durante o período estipulado (no mínimo 8 dias úteis), preparam as propostas e os documentos de habilitação e encaminham no sistema para indicar suas participações. Na fase anterior à abertura da sessão pública, o pregoeiro se depara com as propostas enviadas e, em análise perfunctória, pode desclassificá-las ou aceitá-las, sendo esta a ação necessária para credenciar o fornecedor para a fase de lances. O pregoeiro diligente deve evitar ao máximo a desclassificação de propostas antes do pregão propriamente dito, conforme entende o Tribunal de Contas da União ².

A sessão pública prossegue para a fase competitiva. Nesta, os licitantes encaminham os lances, que deverão ser, obrigatoriamente, inferiores aos valores das propostas ofertadas, vez que o próprio sistema entende a proposta como um lance e não aceita valor superior ao ali ofertado.

Na fase de lances, o pregoeiro e os responsáveis pela confecção do edital previram a opção pelo modo de disputa, se aberto ou aberto e fechado, novidades introduzidas pelo Dec. nº 10.024/2019. No modo aberto, os fornecedores encaminham lances públicos e sucessivos em uma fase inicial de 10 minutos, com prorrogações automáticas a cada 2 minutos sempre que houver lances redutores do valor anteriormente ofertado. No modo de disputa aberto e fechado, os lances, após o período inicial de embates de 15 minutos, são introduzidos no fechamento aleatório em até 10 minutos. Os licitantes que ofertaram os valores mais baixos dessa última etapa são conduzidos a uma fase cujos lances são sigilosos e, após o trâmite desse leilão inverso “às cegas”, o menor preço ofertado é conhecido e, em ambos os modos de disputa, o pregoeiro já dispõe do valor ofertado pelo item.

Após a fase de lances, de posse do preço ofertado, o pregoeiro deve negociar, via sistema, com o fornecedor – até então desconhecido – uma redução desse valor. Registre-se que não há obrigatoriedade de redução de valor para o licitante vencedor na etapa de negociação, salvo se a oferta for superior ao valor máximo estipulado a ser pago em edital. O TCU, não obstante, recomenda a negociação mesmo para valores inferiores ao estipulado ³.

Superada a negociação, tem-se o valor ofertado, que aqui entende-se já ser merecedor de dedicada atenção por parte do pregoeiro, porquanto, ante todas as etapas superadas, demonstrou-se, em completa isonomia e transparência, ser o menor preço (ou maior desconto) pelo produto ou serviço exigido pelo ente estatal.

A fase posterior é a da aceitação, em que o fornecedor formaliza a proposta já no valor inferido em lance e, se for o caso, devidamente negociado. Cumprida a formalidade, a licitação se encaminha para

a fase de habilitação, em que são verificados os documentos indispensáveis para a execução contratual, conforme preceitua Niebuhr (2015, p. 392).

Finda a sessão pública, abre-se o prazo recursal, ocasião em que o pregoeiro pode ser questionado pelos fornecedores por qualquer ação relacionada ao procedimento, ou à aceitação da melhor proposta, ou à habilitação da empresa vencedora. Após a apreciação dos recursos, com ou sem mudança relacionada aos vencedores dos itens, o pregoeiro está apto a adjudicar e encaminhar o processo para a homologação da autoridade competente. Então segue-se o procedimento relativo à contratação.

3. O PRINCÍPIO DA COMPETIVIDADE NA LICITAÇÃO

A função primordial da licitação é garantir a competição entre os aspirantes a fornecedores de bens ou serviços para a Administração Pública. Ademais, as finalidades previstas da Lei nº 8.666/1993 estão no art. 3º, quais sejam: a observância da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O princípio da competitividade está o previsto no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993, quando prescreve que é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (...)” (BRASIL, 1993). O mandamento deve ser entendido não somente quando da observação estrita das condições de participação prevista em edital, como observa Dallari (2003, p. 13), mas a todo e qualquer momento do procedimento licitatório, como adverte o parágrafo único do art. 4º, do Dec. nº 3.555/2000, que regulamenta o pregão: “As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação” (BRASIL, 2000).

A ampliação da disputa dá o substrato à competitividade. Assim pensa Niebuhr, quando entende que é no princípio da competitividade que opera os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, principalmente em sede de habilitação no pregão:

Ocorre que tais princípios oferecem os parâmetros para decidir se determinada exigência ou formalidade é compatível ou não com o princípio da competitividade. Sobretudo, deve-se atentar ao bom senso, bem como à proporção entre as exigências a serem realizadas e o objeto licitado, especialmente no momento de se definir as exigências para a habilitação (2015, p. 61).

Não à toa que o constituinte originário embutiu no inciso que aborda a licitação pública o mandamento que os gestores só podem fazer, no ato convocatório, as exigências indispensáveis ao cumprimento do contrato. Niebuhr pondera o estatuído de forma a facilitar a interpretação do termo “indispensáveis” pelo operador da compra pública:

Então, deve prevalecer em relação ao vocábulo indispensável (tal qual empregado na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal) interpretação de cunho teleológico sobre a eminentemente literal. Nesse sentido, a Administração, em princípio, pode fazer exigências de habilitação que sejam úteis, necessárias, pertinentes ou relevantes para aferir se os licitantes têm ou não capacidade e idoneidade para celebrar contrato administrativo, conquanto não sejam *absolutamente indispensáveis*. As exigências inúteis, desnecessárias, impertinentes ou irrelevantes são as que atentam ao princípio da competitividade (2015, p. 392).

Nessa perspectiva, é necessário compreender que a competitividade opera durante todo o procedimento licitatório, em especial na previsão dos requisitos de habilitação, bem como na assimilação dos atos realizados durante o procedimento, tendo-a como norte para garantir a isonomia e, da mesma forma, a proposta mais vantajosa.

4. DA PROTEÇÃO AO LANCE OFERTADO E O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA COMPETIVIDADE

Como se depreende do aqui exposto, é na fase de lances, que não admite o retorno de fase ou anulação que implique em invalidação completa do procedimento, que a proposta mais vantajosa é

ofertada, quer pelo menor valor, quer pelo maior desconto aplicado.

O menor valor ofertado é o preço posto e aperfeiçoado, submetido ao escrutínio dos licitantes, cada qual movendo sua estrutura empresarial para pensar, calcular e projetar, em tempo exíguo, o produto ou serviço ofertado. Mal comparando, é algo parecido com o jogo de futebol, em que o resultado no campo é sempre o que deve prevalecer. É essa mentalidade que o gestor público deve ter: o respeito ao rito oriundo da própria disputa licitatória.

Diante disso, do preço obtido após o lance, com ou sem a negociação (desde que inferior ao valor máximo permitido), as fases subsequentes exigem uma proteção por parte do pregoeiro, que deve assimilar que o menor valor é, em matéria de pregão eletrônico, o critério principal e apto a resguardar o interesse público naquela aquisição. A exceção é cabível quando o valor for manifestamente inexecutível.

A percepção da proteção ao lance ofertado exige ações concretas e ativas por parte do pregoeiro, salvo intenção de o fornecedor predizer possíveis inexecuções contratuais ou manifestações e/ou omissões dolosas que maculem o procedimento. Destarte, a habilitação não pode se tornar um obstáculo insuperável por meros erros formais. A fase de habilitação vem, historicamente, sendo simplificada, demonstrando que a autoridade regulamentadora requer, cada vez mais, e com arrimo na Constituição Federal, o binômio celeridade e preço, objetivos que são congruentes com as necessárias e urgentes demandas sociais. É o que recomenda Justen Filho (2002, p. 57): “Não é cabível excluir propostas mais vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o ‘princípio da isonomia’ imporia tratamento de extremo rigor”.

Nessa linha, embora o foco do pregão seja o embate entre fornecedores pelo melhor preço, entende-se que a atitude passiva do pregoeiro em certas ocasiões não é a mais recomendada, v.g, a negociação para redução do valor da proposta e a utilização do mecanismo de diligências. Diante de tais ações positivas, reconhece-se que o pregoeiro deve, também, buscar manter a proposta vencedora quando o licitante vitorioso, por razões ínfimas, não atende à celeridade necessária do procedimento, por exemplo.

As medidas ativas podem e devem ser acionadas no caso de omissão culposa por parte do vencedor omissor, tais como: convocação pelo sistema, acionamento no *chat* e, em última hipótese, suspensão da sessão e acionamento por outros meios – vetando-se o contato presencial – desde que previsto em edital e informado no *chat* para os outros participantes.

O lance vencedor ofertado é soberano e merece maior vigília por parte da Administração na sua preservação. Ora, pensamento idêntico se tem nas compras em empresas privadas ou na economia doméstica. Se o valor ofertado for menor, é o caminho natural do consumidor buscá-lo, mesmo que implique em alguns outros custos indiretos (deslocamento, filas, tempo etc.), devidamente sopesados na escolha por essa opção.

5. CONCLUSÃO

Feita essa pequena observação acerca do estudo do lance ofertado pelo licitante no pregão eletrônico, convém pontuar os objetivos aos quais a pesquisa abrangeu.

No primeiro tópico, o estudo sobre a sistemática do pregão eletrônico, em especial a sua fase de lances, foi requerida para introduzir o observador ao tema. Já no segundo tópico, foi necessário buscar o que a lei e a doutrina abordam sobre o princípio da competitividade nas licitações públicas. O terceiro tópico demonstrou a necessidade de se respeitar o lance de menor valor ofertado na fase competitiva do pregão eletrônico, evidenciando o supremo interesse público no critério irrevogável do menor preço ou do maior desconto previsto no edital da licitação.

Nessa toada, por meio de uma breve revisão bibliográfica, principalmente de leis e de autores que exploram o tema, o questionamento de referência pode ser respondido na perspectiva de que o pregoeiro deve buscar ao máximo salvaguardar o preço mínimo obtido na fase de lances do pregão eletrônico, desde que executível, evitando a desclassificação ou a inabilitação do licitante que ofertou o menor valor por meros erros procedimentais ou descuidos formais durante o trâmite do certame,

podendo agir, inclusive, de forma proativa a saná-los para resguardar a maior vantajosidade na contratação e a manutenção do interesse público nas compras governamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompi-lado.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/decretos/de5450_2005.html>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

_____. **Lei nº 10.520, 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FROTA, Bruno Mariano; FROTA, David Lopes. O princípio da competição ou ampliação da disputa: princípio norteador da elaboração do ato convocatório e de sua interpretação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5888, 15 ago. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64268>>. Acesso em: 27 set. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

¹ Dados obtidos confrontando a execução geral da despesa de 2019 no site da Transparência Brasil, disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/?ano=2019>, e os dados específicos de pregão eletrônico, acessível em <http://painelcompras.economia.gov.br/execucao>.

² TCU, Acórdão nº 2.131/2016: “a desclassificação das licitantes, antes da fase de lances, em

decorre^ncia da apresentaçã~o de propostas cujos valores sa~o superiores ao valor estimado afronta o disposto no art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002 e no art. 25 do Decreto 5.450/2005”.

³ TCU, Acórdão 2.637/2015: “no pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação. Nesse sentido, os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário”.

Como citar:

LIMA, João André Ferreira. Considerações sobre a desclassificação por erros formais no pregão eletrônico, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 20 out. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.