

**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 carregar 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 <sup>1</sup>.

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 longevo 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 perfunctoria, 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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>.

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 indispesáveis 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 indispesáveis ao cumprimento do contrato. Niebuhr pondera o estatuído de forma a facilitar a interpretação do termo “indispesáveis” pelo operador da compra pública:

Então, deve prevalecer em relação ao vocábulo indispesável (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 indispesáveis*. 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 inexequível.

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 omisso, 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 exequível, 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/constituicacompi-lado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompi-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](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](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](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](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](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.

<sup>1</sup> 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://paineledecompras.economia.gov.br/execucao>.

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

decorre^ncia da apresentac,a~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”.

<sup>3</sup> 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.