

NOTA JURÍDICA

ASSUNTO: Pregão Eletrônico. Fase Competitiva. Oferta de lances e posterior retificação. Impossibilidade.

Consulta o Portal Gestão Cidade Compras acerca da possibilidade de, num pregão eletrônico, um licitante, durante a fase competitiva deste pregão, ofertar um lance e, posteriormente, retificá-lo ou excluí-lo, sob o argumento de tê-lo digitado de forma errônea. Indaga ainda o Consulente acerca da possibilidade de, após encerrada a fase competitiva, o licitante que solicitar a retificação ou exclusão de seu último lance, ter validado o penúltimo, permanecendo assim na disputa, com sua consequente reclassificação e validação do penúltimo lance como o correto.

Toda modalidade licitatória, esclareça-se, tem como um dos princípios norteadores o princípio da isonomia ou igualdade, por meio do qual se assegura à Administração Pública a escolha da melhor proposta, e, aos interessados, igualdade de direitos e condições de participação.

Do referido princípio decorre ainda o princípio da competitividade, segundo o qual é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem” o caráter competitivo do certame.

Com efeito, para dar eficácia aos referidos princípios, o legislador estabeleceu regras objetivas, que garantem ao Agente Público não apenas o direito, mas o dever de agir no estrito limite da lei.

No caso específico do pregão eletrônico e da sua fase competitiva (oferta de lances), o legislador definiu, no Artigo 24 do Decreto nº 5.450/2005, como o pregoeiro deverá proceder.

No §1º do referido dispositivo, estabeleceu-se, então, que após o envio do lance por cada licitante, o pregoeiro deverá imediatamente informar sobre seu recebimento e sobre o valor consignado no registro, permitindo assim o início e a continuidade da disputa até a oferta do último lance válido.

A própria dinâmica da licitação, especialmente do pregão, portanto, denota que eventual possibilidade de retificação ou exclusão de um lance já ofertado e recebido pelo pregoeiro não se mostra em sintonia com os já citados princípios e com os ditames do Decreto supra mencionado, pois retira do certame a isonomia que a ele deve sempre ser peculiar e, via de consequência, a possibilidade de ampla competição.

Com efeito, da análise dos demais comandos contidos nos parágrafos do já mencionado Artigo 24 do Decreto nº 5.450/2005, verifica-se que eventual retificação ou exclusão posterior de lances já ofertados e recebidos pelo pregoeiro viola frontalmente alguns destes comandos, seja por afrontar o princípio norteador do dispositivo, seja por não permitir que seus efeitos sejam regularmente produzidos durante o certame.

Ora, o §3º do referido Artigo 24, por exemplo, dispõe que o licitante somente poderá oferecer lance inferior ao último por ele ofertado e registrado pelo sistema. Ato contínuo, o §4º estabelece que não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

Ocorre, contudo, que se um lance é ofertado e, posteriormente, retificado ou excluído, aquele licitante que ofertou ou ofertaria um lance logo em seguida ao lance supostamente digitado

de forma errônea, terá sido flagrantemente prejudicado, haja vista que não teria tido a necessidade de ofertar um novo lance, em patamar inferior, se soubesse que o lance supostamente digitado de forma errônea de fato estava errado.

Ademais, justamente como forma de garantir a isonomia, a ampla competitividade e também a moralidade e a publicidade do certame, a modalidade de licitação do pregão eletrônico não permite que haja comunicação com o pregoeiro durante a fase competitiva se não pelo sistema, de modo que todos os licitantes possam, desta forma, acompanhar toda a negociação, senão vejamos o que dizem o Artigo 7º e o §9º do já citado Artigo 24 do aludido Decreto:

“Art. 7º - Os participantes de licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, têm direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido neste Decreto, **podendo qualquer interessado acompanhar o seu desenvolvimento em tempo real, por meio da internet.**”

“Art. 24 – (...)

§ 9º - A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.”

Outrossim, a subjetividade que eventual retificação de lances conferiria ao certame permitiria a possibilidade de ocorrência de fraude e colocaria em dúvida a moralidade do procedimento, de modo que não se aconselha permitir tal possibilidade na plataforma.

Ora, se dois licitantes combinarem, é plenamente possível que um oferte um lance válido e, em seguida, o outro oferte um lance bem mais baixo, fazendo assim com que a disputa se encerre. Se, nesta hipótese, aquele licitante que ofertou o lance mais baixo desiste desta oferta, fazendo com que ela seja excluída do sistema, o licitante que apresentou a primeira oferta mencionada terá levado vantagem e se beneficiado do ato realizado pelo segundo.

Tal hipótese se assemelha ao que a doutrina chama de “mergulho”, prática esta ilícita não admitida por violar a legalidade, a isonomia e a moralidade do certame. Marçal Justen Filho, a propósito, trata do tema:

“Trata-se da atuação conjugada de dois licitantes. Um deles formula lance e, de imediato, o segundo apresenta lance significativamente mais reduzido, possivelmente eivado de inexequibilidade. O sistema bloqueia a formulação de outros lances e o pregão se encerra. Posteriormente, a Administração convoca o licitante vencedor a assinar o contrato, ao qual que ele não acede. **Como decorrência, a Administração convoca o segundo colocado – que participara do esquema. Esse segundo classificado fica em situação vantajosa de negociação, evitando reduções muito significativas.**”¹ (grifamos)

Poder-se-ia, entretanto, argumentar que a ocorrência da referida hipótese seria possível mesmo que o lance mais baixo tivesse sido mantido, bastando ao licitante que o ofertou não honrá-lo, tal como ocorre no “mergulho”.

Ocorre, contudo, que se o lance é simplesmente excluído do sistema, o Poder Público – e os demais licitantes – perdem a possibilidade do exercício do controle da legalidade do certame, mais uma razão pela qual não se recomenda admitir tal possibilidade.

Cumpre-se, aliás, destacar, que o Decreto que regulamente o pregão eletrônico inclusive estabelece, taxativamente, seu Artigo 13, que caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica, **responsabilizar-se formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras suas propostas e lances**, inclusive os atos praticados diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros;

Observe-se que o próprio legislador fez questão de retirar do pregoeiro ou do provedor do sistema qualquer responsabilidade por quaisquer atos errôneos ou equivocados do licitante, inclusive aqueles decorrentes do uso indevido da senha, ainda que por terceiros.

Sendo assim, este Consultor oficia pela impossibilidade de retificação ou eliminação posterior de lances já recebidos pelo pregoeiro e, com maior razão ainda, pela impossibilidade de, finalizada a etapa de lances, excluir um lance de um licitante e reclassificá-lo com a validação do último lance por ele ofertado antes do lance excluído.

Brasília, 27 de março de 2014.
Carlos André Milhomem de Sousa
OAB/DF nº 15.793