APLICAÇÃO DO ART. 48, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93 NA MODALIDADE PREGÃO, DIANTE DA DESCLASSIFICAÇÃO OU INABILITAÇÃO DE TODOS OS LICITANTES.

Por: Adriano Biancolini

Consultor da JML Consultoria & Eventos Ltda. Desde 2009 atuando profissionalmente na área consultiva de licitações e contratos administrativos direcionada ao Poder Público. Integrante da equipe de apoio técnico da Revista JML de Licitações e Contratos. Responsável pela edição do Blog JML. Autor da obra "Anotações ao Pregão: jurisprudência, doutrina e comentários", Curitiba: Governet Editora, 2014; Criação e administração do blog jurídico "Convir: A sua consultoria jurídica virtual"; Publicou diversos artigos jurídicos em sítios especializados.

Muito já se discutiu, mas ainda não há um consenso sobre a aplicabilidade do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93 nas licitações efetivadas na modalidade pregão.

Inicialmente, impende destacar a redação do supracitado dispositivo, segundo o qual "quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo".

Assim, resta claro que o dispositivo tem como objetivo "resgatar" uma licitação potencialmente fracassada, em razão da exclusão de todos os licitantes, por meio da oportunização de apresentação de documentação regularizada, sem os vícios que causaram a inabilitação ou desclassificação no primeiro momento.

Tal medida consagra os princípios da celeridade e economia processual, ao dar seguimento ao procedimento ao invés, simplesmente, de iniciar uma nova licitação descartando a anterior.

Parece-nos, então, que tal medida está em consonância com os próprios objetivos da modalidade pregão, reconhecido por sua celeridade e economia tanto processual quanto material.

Pois bem, como se sabe, o art. 9º da Lei nº 10.520/02 (lei que institui o pregão) determina a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 ao pregão. Claro é que tal utilização subsidiária depende da conformação sistemática de ambas as normas, ou seja, é o mesmo que dizer que a Lei Geral de Licitação se aplica ao pregão naquilo em que couber.

E na prática, a medida sanatória prevista no § 3º do art. 48 tem ou não aplicabilidade ao pregão?

Parece claro que sim!

Mas, vamos analisar por partes. No pregão, como se sabe, há uma inversão de fases, sendo que a análise e julgamento das propostas vêm antes da habilitação.

Digamos que todas as propostas entregues, por algum motivo, tenham sido consideradas em desconformidade com edital e desclassificadas, já na fase de análise preliminar, com fulcro no inc. VII do art. 4º da Lei nº 10.520/02[1]. Fica fácil perceber que é adequado conceder a oportunidade de todos os participantes apresentarem suas propostas novamente em 8 dias, sanadas dos vícios. Nesse sentido, inclusive, defende Joel de Menezes Niebuhr em seu livro Pregão Presencial e Eletrônico[2].

Indo um pouco adiante, após a análise preliminar das propostas, aquelas melhores classificadas (que estão dentro da margem de 10% da menor proposta), prosseguirão à fase de lances.

Encerrados os lances, será declarado um vencedor. Sua proposta será novamente analisada para verificação de sua exequibilidade e, posteriormente, segue-se sua habilitação.

Nesse momento, é possível conceber que sua proposta seja inexequível ou o licitante seja inabilitado. Diante disso, serão convocados os próximos licitantes em ordem de classificação.

Novamente, pode-se cogitar a inabilitação de todos os licitantes, um a um, estando novamente diante do potencial fracasso deste pregão.

Aqui, as coisas ficam um pouco mais complicadas, no que se refere ao "salvamento" do processo licitatório por meio da oportunização de reapresentação de documentos.

Veja, por exemplo, o que defende Marçal Justen Filho:

> "Pode imaginar-se hipótese em que se verifique a inabilitação de todos os licitantes, ainda que tal se configure como bastante improvável. **Nesse caso, a Administração deverá encerrar o certame e iniciar outro. Não seria possível aplicar o disposto no art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666, tendo em vista a disparidade de situações dos diferentes licitantes.** A reabertura da oportunidade de apresentação de documentos se destina a permitir a continuidade da competição. No caso, isso não aconteceria. **Apenas se promove o exame dos documentos apresentados pelo mais bem classificado na etapa de lances** e assim por diante. Conceder nova oportunidade para apresentação de documentos equivaleria a outorgar ao melhor classificado esse benefício."[3]

Marçal Justen se posiciona pela impossibilidade de aplicação da medida em razão de uma pretensa quebra de isonomia. No entanto, não visualizamos tal vício. Ainda que não se conceda a possibilidade de todos os licitantes inabilitados reapresentarem seus respectivos documentos, potencialmente, tal oportunidade existe. Basta imaginar que, no caso de todos inabilitados, o primeiro (inicialmente sagrado vencedor) reapresente seus documentos e ainda se constate falhas. Esse será

---

[1] "Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
...
VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

[2] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico.* 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 418

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão. *Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 205-206.

inabilitado, sendo concedida a mesma chance ao próximo e assim por diante, até que alguém seja habilitado e receba a adjudicação do objeto da licitação ou, em última instância, todos sejam novamente inabilitados, sendo declarado o fracasso do certame.

Também não se alinha com o entendimento do referido autor, Joel de Menezes Niebuhr, com os seguintes argumentos:

> Portanto Marçal JUSTEN FILHO opõe-se à tese aqui defendida, (...). Sem embargo, não se vislumbra óbice à concessão de tal vantagem, até porque ela decorre de vantagem legitimamente obtida pelo licitante, que ofereceu o menor lance. Não se esqueça que o princípio da igualdade demanda que os iguais sejam tratados com igualdade e os desiguais com desigualdade.[4]

Outra questão digna de nota é aventada por Joel de Menezes Niebuhr. Segundo ele, em suma, não seria cabível a aplicação do § 3º do art. 48, quando após a fase preliminar das propostas, aqueles que prosseguiram para a fase de lances sejam desclassificados ou inabilitados. Nessa hipótese, não caberia a referida aplicação, visto que essa só se justifica diante da desclassificação ou inabilitação de todos os licitantes. Na hipótese ora aventada, ainda haveria alguns licitantes que não foram excluídos, visto que apenas não prosseguiram à fase de lances, mas não tiveram suas propostas desclassificadas.

Por óbvio, não há que se aventar, nesse caso, a aplicação do dispositivo em comento. Isso porque, como dito anteriormente, ele visa "resgatar" o certame, evitando a necessidade de instauração de um novo. Na hipótese relatada pelo autor, não há o que ser resgatado porque o certame não chegou ao fim. O fato de todos os licitantes que participaram da fase de lances serem desclassificados ou inabilitados, de forma alguma dá fim ao certame. Como o próprio autor disse, há licitantes que não foram excluídos (desclassificados ou inabilitados), apenas não participaram da fase de lances.

Portanto, ainda que se inabilitem todos os classificados a fase de lances, o pregoeiro chamará os demais licitantes até que se declare um vencedor, como pode se retirar dos próprios dispositivos legais:

> **Lei nº 10.520/02**
> Art. 4º ...
> ...
> XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;
>
> **Decreto nº 3.555/00**
> Art. 11 ...
> ...
> XV - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a oferta subseqüente, verificando a sua aceitabilidade e procedendo à habilitação do proponente, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a

[4] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico.* 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 419.

apuração de uma proposta que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor e a ele adjudicado o objeto do certame;

Fica claro, aí, que não há razão para se utilizar do § 3º do art. 48 enquanto existirem licitantes não excluídos do certame.

Assim é que se entende plenamente cabível a aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93 na modalidade pregão[5], pois, além de ser possível conformá-lo à sistemática dessa modalidade de licitação, também corrobora com os princípios da celeridade e economicidade tão presentes e perseguidos nesse tipo de processo concorrencial.

[5] Cumpre esclarecer que este é o entendimento pessoal do autor desse texto, e que não coincide com o entendimento perfilhado pela JML Consultoria, segundo o qual o art. 48, §3º da Lei 8666/93 não aplica-se a modalidade pregão.