

O Decreto Federal 10.024/2019 e o sigilo das propostas

Por Diego Ávila¹

O Decreto Federal 10.024/2019 que regulamenta o pregão em sua modalidade eletrônica inovou em diversos aspectos quando comparado com a regulamentação anterior, e um, dentre eles, enseja a análise do tema proposto, qual seja, a apresentação dos documentos de habilitação de forma concomitante com a proposta, em prazo determinado a partir da publicação do edital e antes da abertura da sessão pública:

“Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.

§ 1º A etapa de que trata o **caput** será encerrada com a abertura da sessão pública.

§ 2º Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do Sicaf e de sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes dos sistemas.

§ 3º O envio da proposta, acompanhada dos documentos de habilitação exigidos no edital, nos termos do disposto no **caput**, ocorrerá por meio de chave de acesso e senha.

§ 4º O licitante declarará, em campo próprio do sistema, o cumprimento dos requisitos para a habilitação e a conformidade de sua proposta com as exigências do edital.

§ 5º A falsidade da declaração de que trata o § 4º sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto.

§ 6º Os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta e os documentos de habilitação anteriormente inseridos no sistema, até a abertura da sessão pública.

§ 7º Na etapa de apresentação da proposta e dos documentos de habilitação pelo licitante, observado o disposto no **caput**, não haverá ordem de classificação das propostas, o que ocorrerá somente após os procedimentos de que trata o Capítulo IX.

§ 8º Os documentos que compõem a proposta e a habilitação do licitante melhor classificado somente serão disponibilizados para avaliação do pregoeiro e para acesso público após o encerramento do envio de lances.

§ 9º Os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38”.

Assim, pertinente se faz a apresentação do conteúdo do revogado decreto 5.450/05 que antes regulamentava o pregão eletrônico para demonstrar a diferença:

“Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

¹ Advogado em Curitiba. Consultor da JML Consultoria & Eventos Ltda. Graduado em Direito, no UNIBRASIL. Trabalhou na 2ª Promotoria Criminal de Curitiba, na 2ª Promotoria Criminal de Piraquara e no Tribunal de Justiça do Paraná.

§ 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF.

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.”

Destarte, verifica-se que antes, quando o pregoeiro, após o encerramento da etapa de lances verificasse que eram necessários documentos para além dos que estavam inseridos no SICAF, ele fazia a exigência por meio eletrônico que deveria ser cumprida pelo licitante com a apresentação dos documentos solicitados, no prazo e meios definidos em edital.

Agora, com a redação do novel decreto, isso não mais prospera, devendo o licitante incluir todos os documentos necessários antes da abertura da sessão pública, ficando dispensado apenas daqueles que já estão inseridos no SICAF, como bem preconiza o §2º, do art. 26 do novo decreto.

Observa-se, assim, que os documentos de habilitação devem ser apresentados via sistema juntamente com a proposta e em estrita conformidade com as regras constantes no edital, sob pena de gerarem, como regra, a inabilitação do licitante. E, embora os documentos sejam anexados no momento do cadastro da proposta, somente ficam disponíveis para consulta após encerrada a fase de lances, já que habilitação e julgamento das propostas são etapas distintas.

Infere-se que com o encaminhamento dos documentos de habilitação de forma prévia à sessão, o Decreto Federal tentou resolver dois problemas usualmente identificados no pregão eletrônico: a participação de licitante que à data da sessão não reunia as condições de habilitação e, posteriormente, regularizava tal falha, já que, como dito, à luz do procedimento anterior, os documentos não contemplados no SICAF eram encaminhados após o encerramento da fase de lances, na forma e prazos definidos em edital; e a dificuldade de acesso pelos demais licitantes da documentação dos concorrentes.

Isso porque, conforme esposado, o licitante deve enviar pelo sistema a documentação de habilitação, a qual, após a fase de lances, ficará disponível para consulta, tanto do pregoeiro quanto dos demais licitantes. A alteração, portanto, visou prestigiar o princípio da transparência, assim como do contraditório e da ampla defesa, pois só é possível exercer de forma plena o direito a recurso quando os licitantes têm à disposição a documentação dos concorrentes.

Não obstante, verifica-se que na prática esse encaminhamento dos documentos de habilitação de forma prévia da enseja a recorrentes questionamentos, tais como, se esse procedimento facilitaria a devassa do sigilo da proposta², ou então se em posse de tais informações o pregoeiro poderia favorecer alguns licitantes em detrimento de outros.

² Conduta que é tipificada como crime na Lei 8.666/93:

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Desta sorte, cabe aduzir que a Lei 8.666/93³, no §3º do art. 3º, dando ênfase aos princípios da publicidade e transparência disciplina que a licitação não será sigilosa, exceto no que diz respeito ao conteúdo das propostas.

E, o Decreto 10.024/2019, em atenção à previsão da lei 8.666/93, disciplinou em seu art. 26, §8º, que os documentos que compõem a proposta e a habilitação apenas estarão disponíveis para avaliação do pregoeiro após o encerramento da fase de lances:

“Art. 26. (...)

§ 8º Os documentos que compõem a proposta e a habilitação do licitante melhor classificado somente serão disponibilizados para avaliação do pregoeiro e para acesso público após o encerramento do envio de lances.

Aqui, vê-se que o novel decreto preocupou-se com as referidas dúvidas recorrentes, pois, se o pregoeiro somente terá acesso aos documentos quando encerrada a fase de lances, o argumento de que poderia existir um favorecimento se exaure, e, de igual forma, o questionamento da devassa da proposta, pois, se tais documentos não estão acessíveis ao pregoeiro, também não estarão ao público como um todo.

A propósito, aqui cabe destacar que o sigilo destes documentos contribui para repelir outra prática nefasta conhecida nas licitações, que é a fraude intitulada como “coelho”, em que, após o encerramento da fase de lances, antes mesmo de encaminhar a documentação, o licitante melhor colocado (com uma proposta significativamente baixa) se mancomunava com o segundo colocado para desistir da disputa. Neste sentido, expõe a Plataforma Fórum, a partir do entendimento Sidney Bittencourt, vejamos:

O professor Sidney Bittencourt, mestre em Direito pela Universidade Gama Filho e autor de diversos livros sobre Pregão Eletrônico e Licitação, destaca que uma das inovações mais significantes do novo decreto é a determinação de que todos os licitantes deverão enviar os documentos de habilitação juntamente com a sua proposta. Ele explica que, na legislação anterior, os documentos de habilitação eram encaminhados somente pelos licitantes que ofereceram as melhores propostas. Com a mudança, todos os licitantes deverão enviá-los antes do início da sessão pública.

“É importante ressaltar que o sistema do pregão eletrônico deverá manter os documentos habilitados em sigilo e só disponibilizar para avaliação do pregoeiro. **O acesso público será feito somente após a fase de lances. Esta medida auxiliará no combate à fraude conhecida como coelho, a qual um licitante termina a fase de lance em primeiro lugar, com uma proposta de valor excessivamente baixa, e, antes de enviar a sua documentação, faz um acordo com o segundo colocado sobre a sua desistência na disputa.**”⁴ (grifo nosso)

Dessa forma, se o sistema adotado respeitar o correto processamento do pregão eletrônico, as referidas condutas que desvirtuam a finalidade do pregão serão afastadas.

³ Aplicável ao pregão de acordo com a redação do art. 9, da Lei 10.520/2002:

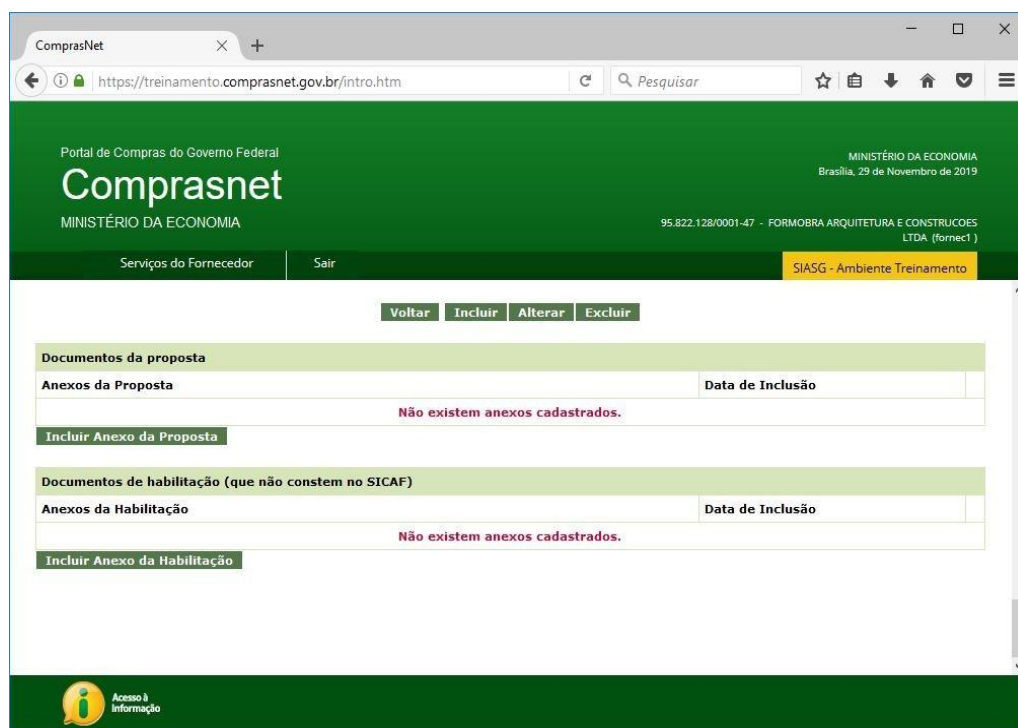
Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁴ Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/decreto-do-novo-pregao-eletronico-inibira-fraude-conhecida-como-coelho-nas-licitacoes-afirma-especialista/>> Acesso em: 08.10.2020

Ademais, utilizando como parâmetro o sistema do Comprasnet⁵, sabe-se que o campo de envio da proposta e seus anexos não é o mesmo do envio da documentação de habilitação, conforme explica Ronaldo Corrêa⁶:

O Portal de Compras do Governo Federal, mais conhecido como Comprasnet*, é um dos subsistemas do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais). Ele é adotado no âmbito da Administração Pública Federal por todos os órgãos do SISG (Sistema Integrado de Serviços Gerais), para operacionalizar os pregões eletrônicos regidos pelo Decreto 10.024/2019. Sendo assim, o Comprasnet é parametrizado com regras de negócio alinhadas ao que fixa o regulamento federal, que pode ser diferente do regulamento dos outros entes federados.

No Comprasnet, o envio da proposta e seus eventuais anexos e também dos documentos de habilitação, ocorre em campos distintos do sistema, na etapa anterior à abertura da sessão pública.



”

E, além de possuir campo distinto para a proposta e para a habilitação, o sistema também permite a inclusão de informações como marca, fabricante, entre outros, sem que isso desvirtue a sistemática do pregão, pois apenas após o final da etapa de lances é que o pregoeiro terá acesso a tais informações. Neste sentido Julieta Mendes Lopes Vareschini explica:

“(…) a fim de evitar a identificação do licitante antes da fase de lances, já que o anonimato até o encerramento da etapa de disputa é da essência do pregão eletrônico, o próprio sistema

⁵ Formatado para atender o processamento previsto no Decreto 10.024/2019.

⁶ CORRÊA, Ronaldo. Sigilo das propostas no novo Decreto do pregão eletrônico. Disponível em: <https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=15648&n=sigilo-das-propostas-no-novo-decreto-do-preg%C3%A3o-eletr%C3%B4nico> Acesso em: 08.10.2020

do COMPRASNET foi adaptado para permitir ao licitante cadastrar informações como marca, fabricante, etc., em campos próprios que só ficarão disponíveis para visualização do pregoeiro após a fase de lances.⁷

De igual forma, e novamente trazendo como é na prática, cita-se Ronaldo Corrêa⁸:

“(…) quando da abertura da sessão pública o pregoeiro somente terá acesso aos dados de valor e descrição detalhada do objeto ofertado, não sendo possível identificar a empresa licitante ou informações como marca, fabricante e modelo do objeto. O mesmo ocorre quando da consulta aos dados da licitação, feita por qualquer cidadão, conforme verifica-se nas imagens abaixo, retiradas da área de consulta pública do ambiente de produção do Comprasnet.

Antes do término da etapa de lances:



The screenshot shows a web browser window titled "Pregão Eletrônico - Mozilla Firefox" with the URL "comprasnet.gov.br/livre/Pregao/propostas.asp?ipgCod=22686001". The page header features the "COMPRASNET Pregão Eletrônico" logo and the word "PROPOSTAS". Below this, it displays "Pregão nº 462019" and details for "Item: 1 - Licenciamento de Direitos Permanentes de Uso de Outros Softwares / Programas de Computador". It also lists "Tratamento Diferenciado: -", "Aplicabilidade Decreto 7174: Não", and "Aplicabilidade Margem de Preferência: Não". A section titled "ATENÇÃO:" contains two bullet points regarding disqualification of proposals. A table with three columns: "Propostas", "Qtde Ofertada", and "Valor Total(R\$)", shows one proposal with a quantity of 5 and a total value of 60.000,0000. Below the table, there is a link for "Descrição Detalhada do Objeto Ofertado" and a "Fechar" button.

Propostas	Qtde Ofertada	Valor Total(R\$)
Proposta 1	5	60.000,0000

Após o término da etapa de lances:

⁷ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Pregão e desclassificação da proposta por identificação do licitante. Disponível em: <<https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=14dfa952127629a117a56f296e9e4ae2>> Acesso em: 09.10.2020

⁸ CORRÊA, Ronaldo. Op. cit.

COMPRASNET - O SITE DE COMPRAS DO GOVERNO - Mozilla Firefox

comprasnet.gov.br/livre/Pregao/lista_propostas_encerradas.asp?ipgCod=22685962&prgCod=821353

PREGÃO ELETRÔNICO

Pregão nº 952019

Item: 1 - COPO
Tratamento Diferenciado: Tipo I - Participação Exclusiva de ME/EPP
Aplicabilidade Decreto 7174: Não
Aplicabilidade Margem de Preferência: Não
Valor Estimado: R\$ 2.615,0000

Melhores Lances							
CNPJ/CPF	Razão Social/ Nome	Qtde Ofertada	Melhor Lance (R\$)	Data/Hora Melhor Lance	Valor Negoc. (R\$)	Situação do Lance	Anexo
20.425.201/0001-48	N. B. DISTRIBUIDORA E IMPORTADORA DE PRODUTOS E EQUIPAM	500	1.660,0000	29/11/2019 15:09:15:577			Consultar

Marca: NADIR
Fabricante: NADIR
Modelo / Versão: NADIR
Descrição detalhada do objeto ofertado: Copo tipo longo 330 ml, em vidro meio cristal, liso, transparente, incolor, cilíndrico, fundo reforçado, medindo 14 cm de altura x 6,5 cm de diâmetro. ...
Porte ME/EPP: Sim **Declaração ME/EPP/COOP:** Sim

”

Portanto, resta demonstrado que, se corretamente utilizado o sistema, apenas após o encerramento da fase de lances é que o pregoeiro passa a ter acesso às informações do licitante, bem como a marca, fabricante, modelo do objeto e etc.

Mas, muito embora existam campos distintos para alimentar as informações e documentos da proposta e da habilitação, devendo o sistema estar programado para revelar as informações apenas após o encerramento da fase de lances, muitas vezes os licitantes acabam por confundir⁹ os campos de inserção e são identificados no momento de análise de aceitabilidade das propostas, o que, segundo expõe Julieta Mendes Lopes Vareschini, é um vício insanável¹⁰, devendo resultar na desclassificação do licitante:

“Ocorre que, por lapso ou mesmo desconhecimento por parte das empresas, tem sido recorrente o registro no sistema de informações que acabam identificando o licitante no momento da aceitabilidade das propostas, hipótese em que, em nosso sentir, deve acarretar a desclassificação do licitante.

Com efeito, sabe-se que a jurisprudência majoritária das Cortes de Contas tem reconhecido o princípio do formalismo moderado e, seria possível vislumbrar que a identificação do licitante antes da etapa de lances não teria o condão de ferir o anonimato porque na fase de disputa o pregoeiro não consegue interferir. Mas, é preciso ponderar que a identificação do licitante pode levar o pregoeiro, ao menos em tese, a flexibilizar eventuais exigências ao realizar a aceitabilidade do objeto, no intuito de classificar a proposta para a fase de lances, hipótese que afronta os princípios aplicáveis à licitação e pode levar ao favorecimento indevido.

⁹ Ou até mesmo de forma intencional, buscando um eventual favorecimento.

¹⁰ Muito embora a corte de contas tenha reconhecido o princípio do formalismo moderado nas licitações.

Por tais razões, em nosso entender, a identificação da empresa antes da fase de lances deve acarretar sua desclassificação, impondo-se ao edital definir a questão, alertando os licitantes a respeito.

O princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas devem ser sopesados com os princípios aplicáveis à licitação, já que a linha entre regularização de falhas e favorecimento indevido é bastante tênue, sendo importante levar em conta que a licitação não é para amadores, razão pela qual o licitante deve ser diligente quanto ao cumprimento das exigências disciplinadas em edital.”¹¹

Ora, de fato, concordamos com a autora, se a segregação das informações no sistema visa justamente afastar a dessava da licitação, bem como um possível favorecimento de um licitante em detrimento de outro, a identificação do licitante pelo pregoeiro antes mesmo do fim da etapa de lances desvirtua o processamento do pregão, imperando a necessidade de desclassificar o licitante, sugerindo-se, inclusive, a instauração de procedimento administrativo para apurar a conduta e eventuais prejuízos à Administração.

Portanto, recomenda-se tanto aos particulares como aos entes públicos envolvidos no pregão, a observância a regularidade do processamento, sob pena de responsabilização, visto que, o sigilo das propostas não pode ser violado.

¹¹ VARESCHINI. Julieta Mendes Lopes. Op. cit.