

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITÓRIA PARCIANELLO KILPP

RECURSOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:
GARANTIAS INDIVIDUAIS E DEMAIS REGRAS APLICÁVEIS

Florianópolis
2019

VITÓRIA PARCIANELLO KILPP

**RECURSOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:
GARANTIAS INDIVIDUAIS E DEMAIS REGRAS APLICÁVEIS**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação
apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Pedro de Menezes
Niebuhr

Florianópolis
2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**RECURSOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: garantias individuais e demais regras aplicáveis**”, elaborado pela acadêmica “**Vitória Parcianello Kilpp**”, defendido em 25/06/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 25 de junho de 2019.



Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador



Patrícia Toledo de Campos Cichocki
Membro de Banca



Eduardo André Carvalho Schiefler
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Vitória Parcianello Kilpp

RG: 5.228.764

CPF: 082.189.689-03

Matrícula: 14101542

Título do TCC: RECURSOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: garantias individuais e demais regras aplicáveis

Orientador: Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, Vitória Parcianello Kilpp, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 25 de junho de 2019.



VITÓRIA PARCIANELLO KILPP

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Leoni, por tudo que me ensinou e me proporcionou, nunca medindo esforços para me ver feliz. Por nunca duvidar das minhas escolhas e me apoiar em todas elas. Por ser exemplo de profissional, mãe e mulher. Nunca terei palavras para agradecer e espero conseguir retribuir todo o amor.

Ao meu pai, Pedro, por sempre possibilitar que eu aproveitasse as oportunidades e por saber que sempre irá comemorar as minhas vitórias.

À Natália Ribas, Amanda Deschamps, Nicolle Blanco e Beatriz Schutz, minhas amigas de toda a vida, por saber que sempre estarão torcendo por mim. Obrigada pela amizade e todos os momentos que já passamos juntas.

À Áudrea Pedrollo Lago, por ter sido a minha dupla desde o primeiro semestre de faculdade, por dividir tantos momentos dentro e fora de sala. À Fernanda Ceccon pela amizade e ombro amigo em qualquer situação. Ao William Leiria, pelas inesquecíveis histórias compartilhadas.

Ao Fernando Dyer, por ter sido a surpresa mais inesperada da minha vida e com certeza a melhor delas. Por se fazer presente mesmo com os milhares de quilômetros que nos separam. Por sempre prontamente me ajudar, com toda a paciência do mundo, principalmente com todas as formatações deste trabalho. Obrigada por ser meu porto seguro e por todo incentivo.

Ao professor Pedro de Menezes Niebuhr, por ter aceitado o convite de orientação e por ter traduzido perfeitamente a ideia deste trabalho. Aos membros da banca, Eduardo Schiefler, por ter se disponibilizado prontamente a contribuir com essa pesquisa, e à Patrícia Cichocki, por toda paciência em suas aulas e por ser sempre solícita.

RESUMO

KILPP, Vitória Parcianello. **Recursos em Licitações Públicas:** garantias individuais e demais regras aplicáveis. Monografia (graduação) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.

O presente trabalho possui como objetivo a análise das garantias individuais, explícitas e implícitas, e demais garantias aplicáveis aos recursos licitatórios. Com isso, parte-se do conceito de licitação pública, suas modalidades previstas, a possibilidade de interposição de recursos em face dos atos da administração pública durante o procedimento licitatório e os tipos recursais previstos em lei. Assim, é feita a análise das legislações vigentes a respeito de licitações públicas, como também das garantias previstas em cada lei e como se dá a aplicação e consequências das mesmas, além de examinar a posição doutrinária acerca de temas controvertidos. Ao final, apresenta-se quais garantias processuais aplicadas ao processo administrativo comum também devem ser aplicadas aos recursos licitatórios, e são demonstradas as consequências de sua aplicação. Por fim, a metodologia empregada é o método dedutivo, com a utilização da análise legislativa e técnica bibliográfica, a qual constituiu na pesquisa de obras doutrinárias, e por meio da análise dessas foi realizada a conclusão particular do tema.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação Pública; Recursos Licitatórios; Garantias Processuais.

ABSTRACT

This research has as objective the analysis of the individual guarantees, explicit and implicit, and other guarantees applicable to the bidding resources. Therefore, it starts from the concept of public bidding, its planned modalities, the possibility of lodging appeals in the face of the acts of the public administration during the bidding procedure and the legal types provided by law. Thus, it is made the analysis of the laws in force regarding public bids, as well as the guarantees provided for in each law and how the application and consequences of the same, and examine the doctrinal position on controversial issues. At the end, it is presented what procedural safeguards applied to the common administrative process should also be applied to the bidding resources, and the consequences of its application are demonstrated. Finally, the methodology used is the deductive method, using the legislative and technical bibliographical analysis, which constituted a research in doctrinal works, and through the analysis of these the particular conclusion of the theme was carried out.

Keywords: Administrative Law; Public Bidding; Bidding Resources; Procedural Guarantees.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Tabela comparativa das leis recursais.....	55
---	----

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	OS RECURSOS LICITATÓRIOS	11
2.1	CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. MODALIDADES.....	11
2.2	O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE OS INTERESSADOS INTERPOREM RECURSOS EM FACE DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS	19
2.2.1	O direito de recurso em um processo competitivo.....	22
2.3	TIPOS DE RECURSOS LICITATÓRIOS.....	25
3	O TRATAMENTO DOS RECURSOS NA LEGISLAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA	28
3.1	LEI Nº 8.666/93 - LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	28
3.2	LEI Nº 10.520/02 - LEI DO PREGÃO	38
3.2.1	Pregão eletrônico – Decreto nº 5.450/05	43
3.3	LEI Nº 12.462/11 – LEI DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC	45
3.4	LEI Nº 13.303/16 – LEI DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	50
3.5	PROJETO DE LEI Nº 6.814/17	52
3.6	TABELA COMPARATIVA	55
4	AS GARANTIAS PROCESSUAIS IMPLÍCITAS DOS RECURSOS LICITATÓRIOS	56
4.1	<i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	56
4.2	PRINCÍPIO DA GRATUIDADE.....	58
4.3	COISA JULGADA ADMINISTRATIVA	59
4.4	PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	61
4.5	PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE.....	62
4.6	PRINCÍPIO DO INFORMALISMO	63
4.7	EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA E RECURSO JUDICIAL	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
	REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A licitação pública é um procedimento administrativo realizado pelos entes públicos, no qual são assegurados os direitos dos licitantes e o interesse público, em que a sucessão de atos e fases indicará o licitante apto a realizar o contrato mais vantajoso à Administração Pública.

Dentre os direitos garantidos aos particulares está a interposição de recursos administrativos. O direito à impugnação dos atos administrativos tem como fundamento legal a constituição e as leis que tratam da matéria licitatória. Além de ser fundamental para garantir o caráter competitivo da licitação e atingir os demais objetivos.

Assim, faz-se necessária a aplicação e a utilização corretas de todas as garantias individuais nos recursos decorrentes do procedimento licitatório, por parte da Administração Pública direta e indireta, a fim de garantir o melhor resultado para ambas as partes no processo administrativo.

Nesse contexto, o trabalho irá analisar os recursos licitatórios e quais garantias individuais e demais regras serão aplicadas a ele. Será por meio de pesquisa doutrinária e análise legislativa que se buscará responder o questionamento: As Leis nº 8.666/93, 10.520/02, 12.462/11 e 13.303/16 contemplam regramento exaustivo sobre todos os direitos dos particulares atinentes à dinâmica recursal, em sede de licitações públicas?

Como hipótese, ter-se-á que as leis que tratam sobre licitações e suas modalidades não abarcam todos os direitos aplicáveis nos recursos, cabendo ao intérprete deduzir regras e princípios aplicáveis ao sistema recursal licitatório a partir das demais garantias aplicáveis ao processo administrativo.

Para o desenvolvimento deste trabalho, a metodologia empregada foi o método dedutivo, com utilização da técnica bibliográfica, a qual se constituiu de pesquisa em obras doutrinárias e sobre o tema abordado, por meio dos quais foi feita a conclusão particular sobre o tema. Também, foi realizada a análise legislativa, com a finalidade de realizar uma comparação entre os tópicos abordados explicitamente nas leis.

Desse modo, o primeiro capítulo teórico tem como objetivo específico conceituar a licitação pública, além de tratar sobre suas modalidades previstas em lei. Também, será feita a análise do caráter competitivo da licitação, e a possibilidade de os interessados interporem recursos em face de decisões administrativas. Assim como quais são os tipos de recursos licitatórios previstos nas legislações e seu efeito quando do provimento do recurso.

Já o segundo capítulo tem como objetivo a análise de quatro leis, um decreto e um projeto de lei, quais sendo a Lei de Licitações e Contratos, a Lei do Pregão, o Decreto que regulamenta o pregão eletrônico, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, Lei das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, e o Projeto de Lei que tramita no legislativo com uma proposta para unificar a legislação de licitações. Ainda, será feita uma tabela comparativa entre os principais pontos explícitos em cada legislação.

Por fim, no último capítulo, será feita a análise de quais garantias, que não estão explícitas na legislação, podem e devem ser utilizadas nos recursos licitatórios, além de como será feita a sua aplicação e quais as consequências ao particular.

2 OS RECURSOS LICITATÓRIOS

A Administração Pública exerce diversas atividades sempre com o objetivo de alcançar o melhor interesse público. A fim de sempre atingir esse objetivo, realiza contratos administrativos para aquisição de bens e prestação de serviços, mas até o momento de celebração do contrato é preciso seguir uma série de procedimentos pré-determinados, pois a Administração Pública não tem liberdade de escolha da pessoa com quem irá contratar. É assim que surge a licitação.

Como a licitação se desdobra em uma sucessão de atos administrativos, é necessário permitir que o evento potencialmente contrário ao interesse dos competidores possa, por eles, ser recorrido. Assim é que, no decorrer do procedimento licitatório, há a previsão de os licitantes interpirem recursos em face das decisões administrativas. O tratamento normativo dos recursos em licitação não é uniforme; cada legislação define uma própria sistemática recursal. Neste capítulo serão abordadas as diferenças entre cada modalidade licitatória, a possibilidade de interposição de recursos e também os tipos previstos de recursos licitatórios.

2.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. MODALIDADES.

A Administração Pública precisa, rotineiramente, contratar com particulares a execução de obras, serviços, bem como o fornecimento de bens. A regra é que o contrato administrativo seja derivado de uma licitação pública, esta é, portanto, o procedimento que antecede a celebração de um contrato por parte da Administração Pública. Nela ocorre a sucessão de atos por parte da Administração e por parte dos licitantes, a fim de selecionar a proposta que se sagrará vencedora para, posteriormente, celebrar-se um contrato com a Administração.

Trata-se de um procedimento administrativo que tem por base uma legislação específica que possui como objetivo selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública¹. Procedimento administrativo é sequência ordenada de atos administrativos voltados à obtenção de finalidade específica.

No caso, esse procedimento é composto por uma sucessão de atos e fases que ao final vão indicar quem irá celebrar o contrato com a Administração². Conforme Hely Lopes

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 448

² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 175

Meirelles “é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito”³.

O tema é tratado na Constituição Federal no art. 37, XXI⁴ que determina que, em regra, os contratos administrativos sejam precedidos de licitação e garante a igualdade de condições entre todos os participantes. Também na Constituição, o art. 22, XXVII⁵ trata sobre a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

Desse modo, no exercício dessa competência foi promulgada a Lei nº 8.666/93⁶ que instituiu o procedimento da licitação pública, com normas gerais aplicáveis a todas as espécies de contratações, e em todas as esferas federativas, regulamentando o art. 37, XXI e com base no art. 22, XXVII, ambos da Constituição Federal.

Apesar de a Lei nº 8.666/93 não permitir a criação de novas modalidades, entende-se que essa proibição refere-se à criação por parte da Administração (isto é, por ato administrativo). Ela não veda que a União dite outras leis sobre o tema⁷, como fez com a Lei nº 10.520/02⁸ que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, a Lei nº 12.462/11⁹ que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, além da Lei nº 13.303/16¹⁰ que

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 307

⁴ Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵ Art. 22 [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

⁶ BRASIL. Lei n. 8.666, de 1 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. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 308

⁸ BRASIL. Lei n. 10.520, de 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. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 17 jul. 2002.

⁹ BRASIL. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 04 ago. 2011.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 30 jun. 2016.

trata sobre o procedimento de licitações para empresas públicas, sociedades de economia mista e de duas subsidiárias. Existem outras leis que tratam sobre o assunto, mas são estas que serão abordadas com mais detalhes ao longo deste trabalho.

Além das leis que criaram regimes específicos de licitação, como o pregão e o RDC, a Lei de Licitações e Contratos traz outras cinco modalidades. As cinco modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 estão elencadas no art. 22¹¹ e são: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão.

Conforme Adilson Abreu Dallari, é essencial compreender as diferenças entre as modalidades para poder realizar a adequação correta entre as características do objeto que será contratado e do critério de julgamento com a disciplina do determinado procedimento licitatório. Ou seja, não são apenas diferenças acessórias, mas sim fundamentais para a execução correta do procedimento licitatório.¹²

A concorrência é a modalidade que tem como características principais a ampla publicidade, exigindo a divulgação da abertura da concorrência por todos os meios de informação e quantas vezes julgar necessária, e a universalidade, já que qualquer interessado pode participar, independente de qualquer registro, desde que cumpram os requisitos básicos do edital.¹³

É, também, a modalidade obrigatória para contratos de obras e serviços de engenharia com valor acima de R\$ 3.300.000,00 ou para compras e demais serviços de valor superior a R\$ 1.430.000,00, valores atualizados pelo Decreto nº 9.412/18¹⁴. Assim como é obrigatória para contratos de compra ou alienação de bens imóveis, concessão de direito real de uso e licitações internacionais, cabendo exceções.¹⁵

É a modalidade que tem maior complexidade procedimental, por isso pode ser usada para qualquer tipo de licitação. Além de possuir uma maior amplitude de prazo entre a última publicação do edital e a apresentação das propostas, sendo o prazo mínimo de 30 ou 45 dias, dependendo do caso. O procedimento da concorrência é, em regra, ocorrer primeiro a análise dos requisitos de habilitação de cada licitante, verificando se eles cumprem os requisitos legais

¹¹ Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

¹² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 78

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 387

¹⁴ BRASIL. Decreto n. 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 18 jun. 2018.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 277

e editalícios. Depois, então, há a análise das propostas de quem foi habilitado e será selecionado o vencedor com a proposta mais vantajosa à Administração.¹⁶

Ainda, o julgamento será sempre realizado por uma comissão, que deve ser composta por, no mínimo, três membros. Essa comissão deve, em regra, apreciar os requisitos de habilitação, como também fazer o julgamento das propostas. Mas pode ocorrer de ter uma comissão especial somente para fazer o julgamento dos requisitos pessoais.¹⁷

Já o procedimento da tomada de preço pode ser utilizado em contratos de obras e serviços de engenharia com valor até R\$ 3.300.000,00 ou para contratos de compras e demais serviços de valor até R\$ 1.430.000,00, valores atualizados pelo Decreto nº 9.412/18.

É a modalidade em que pode participar qualquer pessoa que já tenha se inscrito, de forma prévia ao lançamento do edital, no cadastro administrativo de determinado ramo de atividade, mas também aos que atendam a todas as condições que são exigidas para realizar o cadastro, requeiram o cadastramento e sejam qualificadas, porém só podem fazê-lo até o terceiro dia anterior à data fixada pelo edital para ocorrer o recebimento das propostas.¹⁸

A tomada de preço é utilizada a fim de tornar o procedimento licitatório mais rápido, já que, em regra, os requisitos de habilitação seriam julgados de forma prévia e com efeitos gerais. Porém, no caso de participação de um interessado ainda não cadastrado, mas que comprove possuir os requisitos necessários à participação até a data estipulada, a análise e o julgamento da habilitação serão realizados simultaneamente a tomada de preço.¹⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Toshio Mukai apresenta a melhor solução para a participação de licitante não cadastrado na tomada de preço, que seria a “apresentação à Comissão de Cadastro de toda a documentação necessária para cadastramento até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas”, e se a comissão julgar a empresa como inabilitada, esta será desqualificada por fato superveniente.²⁰

Há algumas peculiaridades parecidas com a concorrência, como o julgamento que também é feito por uma comissão composta por, no mínimo, três membros. A publicidade aqui também é muito importante, mas aplica-se um prazo um pouco menor entre a última publicação do edital e o recebimento das propostas, de 15 ou 30 dias, a depender do tipo de licitação.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 463-464

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 388-389

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 575

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 464

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 413

Inclusive, a partir do momento em que ocorre o julgamento de habilitação de todos os licitantes, o procedimento é equivalente ao da concorrência.

O convite, conforme Adilson Abreu Dallari é a modalidade de licitação que é realizada por meio de convocação específica a pessoas determinadas. Por isso, é essencial que ocorra a publicidade do chamamento, a fim de garantir a isonomia durante o procedimento licitatório. Essas pessoas que são convidadas já tem a idoneidade presumida.²¹

Nessa modalidade não é necessária a publicação de edital, pois a convocação dos interessados é realizada através da carta-convite, com prazo mínimo de 5 dias úteis para apresentação das propostas. A carta-convite deve ser enviada a pelo menos três interessados no ramo, que sejam cadastrados ou não.²²

Ainda, além dos convidados pela Administração, é possível a participação dos demais cadastrados na determinada categoria, desde que manifestem o interesse até vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas. Para que efetivamente possa ocorrer a participação de outras interessados faz-se necessária a afixação, em lugar apropriado, da cópia do instrumento convocatório.²³

O convite pode ser usado em contratos de obras e serviços de engenharia com valor até R\$ 330.000,00 ou para contratos de compras e demais serviços de valor até R\$ 176.000,00, valores atualizados pelo Decreto nº 9.412/18. O julgamento das propostas será feito por uma comissão específica, podendo ser substituída por um servidor formalmente designado para esta finalidade.

Estas três modalidades já analisadas, concorrência, tomada de preço e convite, são as mais comuns e importantes, sendo que a escolha de uma delas será feita, como regra geral, com base no valor provável do contrato que será celebrado.²⁴ Porém, não é somente com base no valor da contratação que deve ser feita a escolha da modalidade de procedimento licitatório, também deve-se analisar a complexidade do objeto da licitação.²⁵

A concorrência e a tomada de preço normalmente são usadas para objetos mais complexos, sendo necessária a análise dos requisitos de habilitação em ambos os casos, mas com procedimentos distintos. Já a modalidade do convite é mais adequada quando qualquer

²¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 79

²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 414

²³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 414

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 572

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 300

profissional de certa área puder realizar o objeto do contrato, que normalmente são simples e não necessitam de muitas especificações ou complexidades.²⁶

Ainda nas modalidades da Lei nº 8.666/93, há o concurso. O concurso é a modalidade específica para a contratação de serviço técnico ou de trabalho artístico, com a instituição de prêmio ou oferta de remuneração aos vencedores, entre quaisquer interessados.

O prêmio tem a função de incentivo aos possíveis interessados em participar no concurso, que poderá ser um bem economicamente avaliável ou uma honraria de outra natureza. É uma contrapartida pela atividade que exterioriza a habilidade físico-intelectual, por isso o produto da atividade não pode ser economicamente avaliável. Ou seja, o prêmio não é uma mera liberdade da Administração, até porque o procedimento licitatório esgota-se com a seleção da proposta e pagamento do prêmio.²⁷

A publicidade deve ocorrer da forma mais ampla possível, através da publicação do edital com, pelo menos, 45 dias de antecedência. Porém, a Administração deve adotar prazos mais longos, caso seja exigido devido a complexidade na elaboração do trabalho. Visto que nessa modalidade o prazo é para o interessado já apresentar, em regra, o trabalho requisitado pronto e acabado. Diferente do que ocorre na concorrência e na tomada de preço, na qual o interessado somente apresenta a proposta para execução do objeto a ser contratado.²⁸

Nesse ínterim, é essencial a exposição dos critérios de participação e julgamento no ato convocatório, que é um regulamento específico para cada concurso. O julgamento será feito por uma comissão especial, que deve ser composta por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, podendo ser servidores públicos ou não.²⁹

Por fim, a última modalidade tratada na Lei de Licitações e Contratos é o leilão. Esse procedimento é utilizado especificamente para a alienação de bens móveis inservíveis à Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis, como exceção à concorrência.

Esses bens devem ser previamente avaliados, e então é realizada uma convocação genérica ao maior número de pessoas possíveis, a fim de garantir uma ampla publicidade, que irão apresentar suas propostas mediante lances formulados oralmente, e o valor deverá ser pago

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 300

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 465

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 300-301

²⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 182-183

ou, pelo menos, garantido imediatamente. Por ter esse procedimento célere, é um ato negocial instantâneo e não necessita de nenhum tipo de contrato formal.³⁰

Assim, não se faz necessária a fase de habilitação nessa modalidade de licitação, no máximo, a Administração pode requerer algum tipo de comprovação de que o interessado realmente possui condições econômicas de realizar as alienações previstas, para reduzir os riscos de algum participante não honrar com as suas obrigações.³¹

Como já falado, além destas cinco modalidades tratadas na Lei nº 8.666/93, foram promulgadas duas leis que criaram duas novas modalidades de licitações, o pregão e o RDC. Porém, mesmo que o art. 22 da Lei de Licitações e Contratos não trate do pregão, é incorreto afirmar que essa modalidade de licitação não possui relação com a lei. Ou seja, em qualquer omissão na Lei do Pregão aplicam-se as regras e princípios da Lei nº 8.666/93, principalmente no que se refere aos princípios enunciados.³²

O pregão é a modalidade utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns e sempre do tipo menor preço, qualquer que seja o valor estimado da contratação. Bens e serviços comuns são aqueles em que os padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, através de especificações comuns e usuais no mercado. Isto é, um objeto que esteja disponível no mercado a qualquer tempo, e que as configurações e características sejam padronizadas pela própria atividade empresarial, mas isso não impede que requisitos mínimos de qualidades possam ser exigidos.³³

Outra característica do pregão é a inversão de fases de habilitação e julgamento das propostas, se comparada com a concorrência. Primeiro ocorre a fase de julgamento das propostas, que é uma fase competitiva, em que primeiro o licitante formula a sua proposta inicial, e após, observadas as devidas peculiaridades, há a possibilidade de o autor da proposta dar lances com valor mais baixo do que o ofertado inicialmente, na intenção de atingir a melhor oferta e vencer o seu oponente.³⁴

Somente após a fase de competição que ocorre a análise da habilitação do licitante, quando somente o primeiro colocado tem os seus documentos analisados. É essa inversão que faz essa modalidade ter um procedimento mais célere, pois caso o primeiro colocado seja

³⁰ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 81

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 466

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 19

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 398-399

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 12

habilitado este é declarado vencedor, somente sendo analisados os documentos dos demais colocados se o primeiro, por algum motivo, for inabilitado.³⁵

Ainda, há a previsão de realizar o pregão de forma eletrônica. Os procedimentos são muito similares, sendo que no pregão presencial há uma sessão presencial e no pregão eletrônico tudo ocorre através de um portal eletrônico, em que somente os licitantes previamente cadastrados têm acesso.³⁶ Há, porém, algumas diferenças que não são somente formais, mas estas não são tão relevantes para o presente trabalho.

Por fim, a última modalidade de licitação é o RDC, disposta pela Lei nº 12.462/11. Inicialmente, foi promulgada para ser utilizada somente nas licitações referentes à realização de obras e serviços relacionados com a Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Rio de Janeiro 2016. Mas, posteriormente, foi ampliado para incluir também outras situações, como obras e serviços relacionados ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, ao Sistema Único de Saúde – SUS, à estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, ao âmbito dos sistemas públicos de ensino, às ações no âmbito da segurança pública, entre outros diversos casos.

Essa modalidade tem uma maior flexibilidade do procedimento licitatório, mas só pode ser utilizado nos casos autorizados, cabendo à autoridade administrativa optar por esta modalidade, ou seja, em nenhum caso o seu uso é obrigatório, e a sua adoção é sempre opcional.³⁷

Dessa forma, sempre que se o optar pela modalidade do RDC deve estar explícito no instrumento de convocação do procedimento licitatório, isso porque a Lei do RDC tem modalidade de tratamento específico, e em vários pontos diverge da Lei de Licitações e Contratos. Logo, as regras de Lei nº 8.666/93 só serão aplicadas ao procedimento do RDC quando for previsto expressamente na Lei nº 12.462/12.³⁸

A ordem procedimental do RDC é similar ao do pregão, primeiro havendo a apresentação das propostas, com uma etapa competitiva, e após há a análise e julgamento da habilitação, ocorrendo uma inversão de fases se comparado ao procedimento da Lei nº 8.666/93.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 401

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 466-467

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 494

³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 204

Também, as licitações devem ser realizadas preferencialmente na modalidade eletrônica, assimilando ao procedimento do pregão eletrônico.³⁹

Estas são as sete modalidades de licitação vigentes de acordo com a legislação brasileira. Importante ressaltar que cada uma tem um procedimento próprio, ou seja, em qualquer licitação ocorrerá uma sucessão de atos que levam a uma finalidade, que é a escolha da proposta mais vantajosa. Mas para chegar a esse fim, os atos e a ordem deles podem variar conforme a seleção da modalidade, isso porque há singularidades em cada uma que são necessárias por causa da complexidade do objeto a ser contratado.

Para selecionar a modalidade que será utilizada, a Administração pode realizar um ato discricionário, com base nos critérios de seleção previstos em lei, normalmente, é utilizado o critério econômico. Porém, em algumas situações, é possível fazer a seleção de uma modalidade mais complexa para um objeto que tenha valor abaixo do necessário, isso por conta da complexidade, e não do valor. E, ainda, há casos em que existe a obrigatoriedade de seleção de uma determinada modalidade.

2.2 O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE OS INTERESSADOS INTERPOREM RECURSOS EM FACE DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS

O recurso administrativo é o direito subjetivo processual detido pela parte que sofreu uma perda em decorrência de decisão proferida no processo de licitação. O ônus processual instala o interesse recursal que poderá, ou não, ser exercitado pela parte.

No estado de direito, regime orientado por diversas normas jurídicas, é ilícito aceitar uma possível subordinação do funcionário ao arbítrio de uma só autoridade, não considerando todos os meios de defesa, os quais podem recompor o direito individual que pode ter sido violado por causa de determinado ato administrativo.⁴⁰

O recurso é a forma que o licitante tem para impugnar determinada decisão proferida pela Administração, tanto no decorrer da sessão da licitação, que pode se entender durante algumas fases, como também em decorrência do contrato celebrado. É através da petição de recurso que o particular irá demonstrar seu inconformismo com a decisão.

O interessado poderá fundamentar o seu recurso em ilegalidades cometidas pela autoridade competente, ou decisões que estejam viciadas, sempre em questões que vão de

³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 206

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 424

encontro ao seu interesse. A faculdade concedida ao particular de interposição de recursos durante um procedimento licitatório é de caráter fundamental para garantir a competição nas licitações.

A competição é característica indispensável à licitação, sendo que a Administração não tem discricionariedade para realizar seus contratos de maneira arbitrária e deve, sempre que possível, propiciar a maior competitividade possível.

Nas palavras de Toshio Mukai, esse princípio é tão importante que “se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo”.⁴¹ Inclusive, não é somente a Administração que pode realizar ações, através de seus agentes, que comprometam o caráter competitivo da licitação, também pode ser feita pelo particular, dessa forma, a legislação também prevê sanções à qualquer tipo de fraude ou tentativa de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório.⁴²

No *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 há um rol exemplificativo de princípios que devem nortear o procedimento licitatório. Mas, após citar os princípios básicos, o artigo fala sobre os princípios que são correlatos. Ou seja, princípios correlatos são aqueles que possuem relação com os princípios básicos e derivam deles. Por causa da natureza derivado, eles estão dispersos na matéria que regula o procedimento licitatório.⁴³

Entre os princípios correlatos o que merece uma análise mais profunda neste trabalho é o princípio da competitividade, que é derivado do princípio da igualdade. Inclusive, o parágrafo 1º do referido artigo estabelece ações que são proibidas aos agentes públicos durante o procedimento licitatório, dispondo no inciso I as condutas que podem vir a restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação. Isto é, mesmo que este princípio não esteja elencado no *caput* do artigo, ele não é menos importante que os outros, pois é citado implicitamente logo após, a fim de sempre garantir a competição no procedimento licitatório.

Já esclarecida a importância do princípio da competitividade no procedimento licitatório, é preciso saber qual exatamente sua função durante a licitação. Esse princípio garante que a Administração irá proporcionar a possibilidade de disputa e concorrência entre os licitantes, para que possa realmente fazer a seleção da proposta mais vantajosa à Administração. Inclusive, sem a aplicação desse princípio, o princípio da igualdade ficaria

⁴¹ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 247

comprometido, pois alguém poderia se beneficiar com o prejuízo de outro, sendo esse outro, em alguns casos, a própria Administração.⁴⁴

A finalidade desse princípio é que a Administração consiga o maior número possível de interessados a participarem em determinada licitação pública, com o objetivo de ter o maior número possível de propostas em análise e assim, possibilitar a escolha mais vantajosa ao interesse público. Para que esse objetivo se concretize é preciso que o princípio da competitividade esteja assegurado desde o início do procedimento.⁴⁵

Dessa forma, desde a elaboração do edital o princípio da competitividade deve estar presente, isso porque a Administração não pode criar regras ou procedimentos que, por alguma razão, seriam capazes de impedir a livre concorrência ou que garantiriam tratamento diverso entre os interessados. Nesse sentido, leciona Joel Menezes Niebuhr “as formalidades descabidas, que não guardam justificativa ou utilidade, agridem o princípio da competitividade”. E ainda complementa “que ao proceder dessa forma, impede-se que particulares em condições de satisfazer o interesse público participem da licitação”.⁴⁶

Conforme preceitua Hely Lopes Meirelles, a licitação tem como pressuposto a competição, visto que é um procedimento que ocorre por meio de “uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”.⁴⁷

Ainda nesse sentido, é possível afirmar que o princípio da competitividade conecta e agrega todos os outros princípios norteadores do procedimento licitatório, pois tem como objetivo assegurar que qualquer interessado possa participar e que todos os participantes de determinada licitação disponham das mesmas condições, contanto que estejam aptos a cumprir com o contrato que será realizado, e que não possuam nenhum tipo de interesse além do interesse público.⁴⁸

Inclusive, o tema também encontra embasamento no art. 37, XXI da CF, que assegura que as contratações mediante licitação pública devem assegurar igualdade entre todos os

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 247

⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 46

⁴⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 46

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 310

⁴⁸ NIEBUHR, Pedro de Menezes. **O Princípio da Competitividade na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2004. pp. 53-54

concorrentes, inclusive determinando que qualquer exigência de qualificação técnica e econômica deva se ater somente ao que é indispensável para garantir o cumprimento das obrigações. Sendo assim, é inconstitucional a adoção de qualquer medida que limite o caráter competitivo da licitação.

Neste passo, conclui-se que o princípio da competitividade é a essência da licitação, e que sempre se busca o maior número possível de concorrentes, tratando todos de forma igualitária, para que ocorra a escolha da proposta verdadeiramente mais vantajosa à Administração.

Existem algumas maneiras de garantir o caráter competitivo da licitação, entre essas está a possibilidade de interpor recursos administrativos. O interessado poderá interpor recurso em face de qualquer ato realizado durante o procedimento licitatório que vá de encontro aos seus interesses.

Isto é, para garantir a perfeita aplicação dos princípios que regem a Administração Pública, o particular tem o direito de provocar a Administração a rever os seus atos proferidos através de seus agentes públicos, pois esses atuam para garantir os fins que são específicos à Administração.

Quando o particular interpõe recurso em face de determinada decisão administrativa, tem como objetivo alterar a decisão a fim de atender os seus interesses próprios. No caso dos recursos licitatórios, o interessado sempre terá como objetivo a intenção de celebrar contrato com a Administração. É claro que ao fazer isso o licitante pensa, na maior parte das vezes, no seu possível benefício econômico, inclusive pelo fato de que muitas empresas somente têm as licitações públicas como ramo de atuação. Porém, a Administração tem a atribuição de reexaminar os seus atos, pois tem o dever de celebrar contrato com o vencedor da proposta mais vantajosa, visando o melhor interesse comum, e isso inclui a melhor utilização do seu capital econômico.

2.2.1 O direito de recurso em um processo competitivo

Além do princípio da competitividade, outros princípios são de extrema importância à licitação. De nada vale a previsão de uma série de direitos e garantias dos concorrentes, entre si e perante a Administração, se não possuísem meios para postular a revisão do ato ou circunstância que, eventualmente, viole aquelas garantias. Trata-se, em essência, da possibilidade de provocar o reexame da decisão potencialmente violadora da norma jurídica. Essa análise pode e deve ser provocada tanto pelos cidadãos, como pelos licitantes. Nesse

sentido, os atos administrativos no procedimento licitatório podem ser impugnados e estão sujeitos a controle, que pode ser realizado pela própria Administração ou de forma judicial, ou seja, através de controle interno ou externo. Neste trabalho, tratar-se-á somente sobre o controle interno.

O controle interno da Administração será feito através de recursos no processo administrativo. Logo, os atos e decisões administrativas ocorridas no procedimento licitatório em muito são similares às decisões administrativas do processo administrativo padrão, e conseqüentemente, muitas garantias aplicáveis a este aplicam-se àquele também. Nesse sentido, importante diferenciar processo e procedimento no direito administrativo, denominações que geram divergências entre os doutrinadores, alguns não diferenciam os dois termos, mas a grande maioria faz a distinção e aqui também será feita.

Conforme o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o procedimento é “o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”. Complementa, ainda, que nem sempre a legislação prevê um determinado procedimento para chegar a determinado ato, mas no caso da licitação, a lei estabelece “uma sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final”.⁴⁹

Em consonância com o pensamento de Di Pietro, Marçal Justen Filho define o processo administrativo como “uma relação jurídica destinada a compor um litígio mediante a observância necessária de um procedimento. Portanto, o processo é uma solução jurídica para a composição de conflitos de interesses”.⁵⁰

Desta forma, a licitação é procedimento administrativo e da licitação pode originar um processo administrativo. E é através de um processo administrativo que as decisões administrativas podem ser impugnadas, e gerar assim um recurso administrativo, ou, nas palavras de Di Pietro “recurso administrativo, em sentido amplo, é expressão que designa todos os meios postos à disposição dos administrados para provocar o reexame dos atos da Administração”.⁵¹

Neste mesmo sentido, entende José dos Santos Carvalho Filho, quando fala sobre a utilização dos recursos administrativos como “os meios formais de controle administrativo,

⁴⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 684

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 341

⁵¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 441

através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo”.⁵²

Ademais, para que uma decisão seja impugnada, é imprescindível o inconformismo do interessado, ou seja, o ato praticado pela Administração deve ser contrário aos interesses do administrado, ou até mesmo contrário aos interesses públicos.⁵³ Assim como as decisões da Administração devem ser motivados, indicando especificamente quais os fundamentos daquele ato, os motivos pelos quais determinada demanda do administrado foi rejeitado.⁵⁴

O fundamento de interposição de recursos em face de decisões administrativas durante um procedimento licitatório é encontrado na própria Constituição Federal que prevê no art. 5º, XXXIV, *a*, o direito de petição a todos.

Também na Constituição Federal, o inciso LV do art. 5º dispõe que é garantido, no processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa, inclusive com os meios e recursos a ela inerentes.

Desta forma, o recurso administrativo no procedimento licitatório é o instrumento principal proporcionado ao licitante que, por alguma razão sinta-se prejudicado, possa provocar a própria Administração a fim de reexaminar seus atos.⁵⁵

Nesse sentido leciona José Cretella Júnior:

Para assegurar a defesa contra o arbítrio e a violação do direito, os diferentes Estatutos incluem capítulo especial, regulando as diversas formas de recursos contra os atos administrativos que interessam à vida funcional, bem como as normas jurídicas relativas ao recurso.⁵⁶

Ademais, toda e qualquer decisão ou ato praticado no decorrer do procedimento licitatório é vinculado aos atos reguladores, que são a legislação pertinente, o referido edital e a proposta, e estão suscetíveis aos determinados controles cabíveis, que são realizados pelos recursos administrativos.⁵⁷

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 952

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 952

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1054

⁵⁵ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 723

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 424

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 228

2.3 TIPOS DE RECURSOS LICITATÓRIOS

Como exposto no tópico anterior, cada modalidade de licitação possui a sua respectiva legislação, e cada legislação possui a sua sistemática recursal própria. O recurso no processo licitatório é utilizado para exercer o controle interno, efetuado pela própria Administração.

Qualquer que seja o tipo de recurso a ser utilizado, há algumas peculiaridades presentes em todos. Uma delas é que se o recurso for provido, seus efeitos retroagem, ou seja, possui efeitos *ex tunc* até a data do ato ou decisão em questão, anulando todos os seus efeitos a terceiros. Isso porque o ato administrativo seria anulado, que é o que ocorre quando há o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.⁵⁸

Primeiro, na Lei nº 8.666/93 há a previsão de três tipos de recursos licitatórios, são eles: o recurso hierárquico, a representação e o pedido de reconsideração. Todos os três tratados no art. 109 da Lei.

O recurso hierárquico pode ser interposto nos casos de habilitação ou inabilitação; julgamento das propostas; anulação ou revogação da licitação; indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do artigo 79; e aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa. É também chamado de recurso administrativo em sentido estrito, é o pedido para haver a revisão do ato endereçado ao superior de quem o proferiu.

A representação é cabível contra decisão relacionada com o objeto da licitação, da qual não caiba recurso hierárquico.

O pedido de reconsideração é dirigido ao Ministro de Estado ou ao Secretário Estadual ou Municipal, no caso de aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Já no pregão, a sistemática em muito diverge da Lei nº 8.666/93. Conforme o inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02, só há uma ocasião possível de interpor recurso administrativo, que é imediatamente após ser declarado o vencedor, ou seja, após o pregoeiro fazer a análise da habilitação.

Outra diferença do pregão é que no momento da sessão, ao declarar a intenção de interpor recurso, também devem ser apresentados os motivos do mesmo, não podendo somente manifestar a intenção de recorrer a fim de garantir o prazo.⁵⁹

⁵⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 244

⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2005. p.206

Ainda, a Lei nº 10.520/02 somente regulamenta o pregão presencial, e é no Decreto nº 5.450/05 que o pregão eletrônico é regulamentado. Apesar de possuírem uma sistemática recursal muito similar, há algumas diferenças procedimentais que serão explanadas no próximo capítulo.

Na Lei nº 12.462/12 que trata sobre a modalidade do RDC é estabelecido uma sistemática recursal que faz um misto das duas leis já citadas neste tópico. Primeiro, o tema é abordado no art. 27, *caput*, que afirma que o procedimento licitatório do RDC terá uma fase recursal única, que será logo após a habilitação do vencedor. Dessa forma, é somente após a análise das propostas e da habilitação que surge a oportunidade de interpor recursos, conforme o parágrafo único do art. 27.

Assim como no pregão, a intenção de recurso deve ser indicada na própria sessão, logo após a declaração do vencedor, e então será concedido o prazo para apresentar as razões do recurso.

Porém, ainda é prevista a possibilidade de interposição de recursos em face de outras decisões administrativas no decorrer da licitação, e não somente no que se refere à habilitação e julgamento. Essas outras hipóteses estão previstas no art. 45 da Lei do RDC e são: da anulação ou revogação da licitação; do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei 8.666/93; da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública.

Por fim, a Lei nº 13.303/16 que trata, também, sobre o procedimento licitatório nas empresas estatais. No seu art. 59 afirma que, com exceção de quando ocorrer inversão de fases, só haverá um momento para interpor recursos, que é após o julgamento e habilitação. No procedimento comum, seguindo a ordem prevista em lei, o licitante tem cinco dias úteis para apresentar o recurso, e podem ser interpostos em face de decisões relativas ao julgamento e verificação de efetividade dos lances ou propostas. Mas, caso ocorra a inversão de fases no procedimento licitatório, o prazo de cinco dias inicia logo após fazer a análise da habilitação e da verificação de efetividade dos lances ou propostas.

Diante das diferenças encontradas em cada legislação que trata sobre as modalidades licitatórias, e também das peculiaridades específicas de cada uma das sete modalidades, faz-se necessária a análise mais aprofundada das garantias previstas. Além disso, será feita a análise de regras e princípios que não estão previstos expressamente em nenhuma das quatro leis, mas

que também são aplicáveis aos recursos licitatórios. É disso que se tratará nos capítulos seguintes.

3 O TRATAMENTO DOS RECURSOS NA LEGISLAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA

A possibilidade de interposição de recursos nas licitações públicas é de caráter relevante para atingir os objetivos previstos pela Administração, e cada lei de matéria licitatória trata sobre sua própria sistemática recursal e peculiaridades específicas. Neste capítulo, será feita a análise das normas expressamente previstas para os recursos licitatórios, quais garantias são asseguradas aos licitantes, como se dá a interposição de cada recurso em cada modalidade de licitação, prazos, processamento dos recursos e demais regulamentações, ao final será feita uma comparação entre todas as leis.

3.1 LEI Nº 8.666/93 - LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A primeira lei a ser analisada é a Lei nº 8.666/93, também chamada de Lei de Licitações e Contratos. Nesta lei estão disciplinadas cinco modalidades licitatórias, já tratadas anteriormente, que são a concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. A matéria recursal referente a essas cinco modalidades está regulamentada no art. 109 da lei, que prevê três tipos de recursos diferentes: recurso hierárquico, representação e pedido de reconsideração.

O inciso I do art. 109 trata sobre o recurso hierárquico, que na lei é denominado somente de recurso, e pode ser interposto em até cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou lavratura da ata, com exceção da modalidade convite, em que o prazo será de dois dias úteis, conforme §6º, contra os atos decorrentes de a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do artigo 79; e f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa. Esse recurso é o meio correto para o superior reexaminar determinada decisão, ato ou comportamento de algum subordinado.⁶⁰

As hipóteses de cabimento do recurso hierárquico são as seis previstas no inciso I, em um rol taxativo. A primeira hipótese é em casos de habilitação ou inabilitação de licitante. Nas modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93 em que a fase de habilitação é necessária, essa é a primeira da fase externa a acontecer, precedendo à análise das propostas. Nessa fase ocorre a abertura dos envelopes com toda a documentação necessária exigida por lei e pelo edital. Assim, a princípio, o licitante que satisfizer fielmente ao edital deverá ser habilitado, e

⁶⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 750

consequentemente, inabilitado caso não o satisfaça, sendo um ato vinculado da Comissão de Licitação. Também, importante ressaltar que o recurso pode ser interposto tanto no caso de sua própria inabilitação, como da habilitação do concorrente.⁶¹

A segunda possibilidade de interposição de recurso hierárquico é contra o julgamento das propostas. Após a análise da habilitação, parte-se para o julgamento das propostas dos licitantes habilitados. O julgamento será realizado conforme o tipo de licitação e critérios definidos em edital, e da decisão final proferida pode-se interpor recurso.⁶²

Na alínea “c” é prevista a hipótese de recurso contra ato que anulou ou revogou a licitação. A anulação decorre de alguma ilegalidade realizada durante o procedimento, e a revogação pode acontecer por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, conforme art. 49 da Lei nº 8.666/93.⁶³

Outra hipótese é quando houver o indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento. Nas modalidades de tomada de preço e convite o registro cadastral é sempre utilizado, já que essas modalidades prezam por um procedimento mais célere, pois a habilitação é julgada anteriormente ao lançamento do edital, em regra. Assim, das decisões relativas ao registro pode haver interposição de recurso hierárquico.⁶⁴

A quinta hipótese é quando ocorre a rescisão do contrato, conforme prevê o inciso I do art. 79 da Lei. No inciso é prevista a rescisão do contrato por ato unilateral da Administração, com base na supremacia do interesse público sobre o particular e nas hipóteses listadas no art. 78.⁶⁵

Por fim, o último caso de interposição de recurso hierárquico é contra decisão de aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa. Essas penas estão previstas no art. 87, incisos I, II e III da Lei em questão. Cada uma dessas sanções tem suas peculiaridades e regras a serem seguidas no momento da aplicação, e da decisão que determinar uma pena, sendo que o licitante pode interpor recurso, caso não concorde com a aplicabilidade da mesma.⁶⁶

⁶¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 491

⁶² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 492

⁶³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 492

⁶⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 492

⁶⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 493

⁶⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 493

Já nos casos não abordados nas alíneas do inciso I, ou seja, os casos em que não caibam recurso hierárquico, é possível interpor o recurso de representação no prazo de cinco dias úteis a partir da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou contrato, também com exceção do convite, em que o prazo será de dois dias úteis, conforme §6º. Assim, é o mecanismo de recurso residual, em que o legislador oportunizou ao interessado o possível controle de qualquer ato do procedimento licitatório.

A representação é similar ao recurso hierárquico pois também é dirigida à autoridade superior da qual proferiu a decisão que é requerida a modificação. Porém, o procedimento da representação não é disciplinado pela Lei nº 8.666/93, então a Administração tem a liberdade de definir como será o seu processamento.⁶⁷ De forma mais comum, o processamento do recurso de representação tem o mesmo tratamento do recurso hierárquico.⁶⁸

O último recurso da Lei de Licitações e Contratos é o pedido de reconsideração, explanado no inciso III. É cabível no prazo de dez dias úteis que são contados da intimação do ato contra decisão de Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, nas hipóteses do §4º do art. 87 da Lei 8.666/93. Porém, o inciso fez uma remissão incorreta ao §4º do art. 87, já que não existe tal parágrafo no artigo, e na verdade a hipótese a qual o inciso III se refere é encontrada no §3º.⁶⁹

O pedido de reconsideração só pode ser interposto no caso de aplicação de sanção de declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93. Essa sanção tem competência exclusiva, e o agente competente será determinado conforme o caso, sendo o Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal. Também, o recurso deve ser dirigido à autoridade que proferiu o ato a fim de se obter uma reanálise da decisão.⁷⁰

No entanto, há uma falha na redação do artigo ao afirmar que o pedido de reconsideração somente poderá ser interposto contra atos de autoridades do Poder Executivo, pois quando for uma licitação realizada na esfera administrativa do Legislativo e do Judiciário, a sanção será aplicada pela autoridade de cargo mais alto do órgão em questão, e não pelo Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal. Por isto, quando o pedido de reconsideração for oportuno, deve ser encaminhado à autoridade que de fato proferiu a decisão, e ser por ela julgado.⁷¹

⁶⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 493

⁶⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 752

⁶⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 762

⁷⁰ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 725

⁷¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 754

Ainda, há outra parte da doutrina que contesta o uso restritivo a esse recurso, afirmando que o pedido de reconsideração pode ser interposto em face de qualquer decisão administrativa com a qual o recorrente não se conformou, conforme Sidney Bittencourt.⁷² Porém, ao analisar o §4º do art. 109, o processamento dos recursos é feito através da interposição dirigida à autoridade superior, mas por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, a qual poderá reanalisar a sua decisão. Assim, não há lógica em usar o pedido de reconsideração como recurso contra qualquer decisão, visto que nos outros dois tipos de recurso o próprio autor do ato terá a oportunidade de rever sua decisão. Desta forma, o seu uso somente iria retardar o procedimento licitatório por ter um prazo mais largo para ser interposto.

Há alguns pressupostos recursais que são aplicados aos três tipos recursais previstos na Lei nº 8.666/93, são esses pressupostos que irão classificar o pleito administrativo como recurso e são essenciais para realizar o juízo de admissibilidade. Os pressupostos existem a fim de evitar a impugnação de atos administrativos de maneira arbitrária, pois a análise dos mesmos demanda tempo do procedimento licitatório, e não devem ser utilizados somente por mero desagrado do particular. Marçal Justen Neto classifica os pressupostos em subjetivos e objetivos. Os subjetivos são a legitimidade e o interesse recursal. E os objetivos são a tempestividade, a existência de um ato administrativo de cunho decisório, a forma escrita, a fundamentação e o pedido de nova decisão.⁷³

Primeiro, há o pressuposto da legitimidade. Em que somente quem tem legítimo interesse no certame licitatório, no cadastramento ou no contrato é que pode interpor recurso. De acordo com Diógenes Gasparini “só os envolvidos, direta ou indiretamente, na licitação, no contrato ou no registro cadastral podem recorrer. Os absolutamente externos a esses procedimentos não podem recorrer”.⁷⁴ Quem não participa de nenhuma das fases do certame, ou seja, um terceiro interessado, possui o direito de petição e alguns meios específicos para fiscalizar os atos da Administração Pública.⁷⁵

Entretanto, alguns doutrinadores afirmam que o recurso de representação pode ser interposto por qualquer pessoa a fim de denunciar irregularidade, pois se entende que qualquer cidadão tem interesse em impugnar os atos da Administração, pois pode também realizar o

⁷² BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo**: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 726

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1055

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 748-749

⁷⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 491

controle da licitação.⁷⁶ Tal entendimento não deve aperfeiçoar-se, pois o cidadão comum, que não possui nenhuma relação com a licitação, pode exercer o seu controle por outros meios específicos para tal, como a representação ao Tribunal de Contas da União, como determina o art. 113 da lei.

Também é um pressuposto subjetivo o interesse recursal. O recorrente somente preencherá esse requisito de admissibilidade do recurso se houver uma decisão que, de forma direta ou indireta, o tenha prejudicado. Isto é, precisa comprovar que teve seus direitos feridos ou que foi prejudicado no procedimento licitatório por conta de determinado ato, do qual será interposto o recurso.⁷⁷

Quanto aos pressupostos objetivos, a tempestividade é sobre o prazo para interpor o recurso. Pode ser de dois, cinco, ou dez dias úteis, a depender do tipo de recurso e da modalidade licitatória. É importante o interessado atentar-se à intimação do ato, que será a data inicial de contagem do prazo.⁷⁸

Para ter início efetivo da contagem do prazo processual, a intimação do ato pode ser feita por comunicação pessoal, pela imprensa ou por ato público a que os interessados devam comparecer. Também, preza-se pela ciência efetiva do intimado, e não somente a mera intimação formal.⁷⁹

No parágrafo 1º do artigo supramencionado, determina-se que qualquer intimação quanto aos atos de habilitação ou inabilitação de licitante, julgamento das propostas, anulação ou revogação da licitação, rescisão do contrato e aplicação da sanção de declaração de inidoneidade deverá ser realizada por meio de publicação na imprensa oficial.

Isto é, o §1º faz menção às decisões referidas no inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “e”, com exceção dos atos relativos à advertência e multa de mora, e ao inciso III. Porém, nos casos previstos no inciso I acredita-se que houve uma falha do legislador ao excluir a alínea “f”, que são os atos relativos à pena de advertência, sanção ou multa. Posto que o Decreto-Lei nº 2.300/86, que foi a base para a promulgação da Lei nº 8.666/93, trata os casos da alínea “e” e “f” em uma só alínea. Assim, deve-se utilizar a interpretação histórica para superar o erro do

⁷⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 367

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1056

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1057

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1057

legislador e interpretar que a intimação também deverá ser feita por meio da publicação na imprensa oficial.⁸⁰

Além da intimação por meio de publicação na imprensa oficial, conforme a segunda parte do parágrafo 1º afirma que os recursos hierárquicos nos casos das alíneas “a” e “b”, que são os recursos contra habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas, o prazo também pode ser contado a partir da lavratura da ata, durante ato público do procedimento licitatório em que é feita a comunicação direta aos licitantes, se todos os representantes legais dos licitantes lá estiverem presentes. Ato público, no caso, é uma sessão pública com a finalidade de divulgar determinada decisão, nessa sessão será feita a comunicação direta e realizada uma ata como instrumento de documentação. Ainda, caso ocorra alguma falha na realização ou na citação à sessão pública, o prazo não poderá ser contado a partir da realização da mesma, ou seja, a lavratura da ata não terá efeitos para os interessados que, por algum vício, não foram convocados ao ato público.⁸¹

Também, em qualquer um dos recursos, sempre prevalecerá o princípio da ciência efetiva sobre o da intimação formal.⁸² Assim, qualquer forma de intimação eficaz não será uma ilegalidade, inclusive hoje são realizadas intimações através de e-mail, desde que ocorra a confirmação de recebimento, ou seja, que assegure a certeza da ciência do interessado, com fulcro no art. 26, §3º, da Lei nº 9.784, que trata sobre o processo administrativo no âmbito federal.⁸³

Ademais, o §5º regulou que o prazo dos recursos só terá início quando os autos do processo estiverem com vista franqueada aos interessados. Isto pois o interessado precisa ter acesso à integridade dos autos a fim de formular corretamente as suas razões recursais.

Além do pressuposto da tempestividade, é necessária a existência de um ato administrativo de cunho decisório. No procedimento licitatório não é possível interpor recurso administrativo em face de omissão da Administração Pública. Assim, o objeto do recurso será sempre uma decisão administrativa.⁸⁴

⁸⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 865

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 1057-1058

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1057

⁸³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 494

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1057

A forma do recurso deve ser sempre escrita e deve ser endereçado à autoridade que praticou o ato. Ademais, o recorrente deve apresentar os fundamentos do recurso, os motivos pelos quais está em divergência com o ato administrativo. Por fim, é preciso formular um novo pedido à Administração, qual seja o desejo de mudança da decisão em questão.⁸⁵

Posto os elementos essenciais para a admissibilidade do recurso administrativo, passe-se a análise dos efeitos e das consequências do prosseguimento do recurso, perante à Administração e a terceiros.

Os recursos administrativos poderão ter dois tipos de efeitos no rito processual, devolutivo e suspensivo. O efeito devolutivo é inerente a todos os recursos, e representa a devolução de toda a matéria para novo julgamento, posto que a nova decisão substituirá a anterior, seja no sentido de confirmá-la ou não. E o efeito suspensivo é para suspender a decisão recorrida, impedindo que a licitação tenha continuidade, até que a nova seja proferida. A decisão sobre o processamento do recurso apontará em quais efeitos o recurso será processado, somente devolutivo ou também suspensivo.⁸⁶

O §2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93 prevê que somente os recursos hierárquicos interpostos contra decisão sobre habilitação ou inabilitação de licitante e julgamento das propostas terão sempre efeito suspensivo. Os demais recursos em regra, só terão o efeito devolutivo, poderão também ter o efeito suspensivo, mas este deverá ser determinado por meio de ato motivado, na decisão que o recebe, pois este efeito é consequência de um ato discricionário da Administração Pública, então é preciso demonstrar as razões e o interesse público para tal.⁸⁷ Desta forma, na falta de previsão legal e caso haja omissão sobre quais efeitos o recurso é recebido, este deverá ser processado somente com efeito devolutivo, e nunca deve ser interpretado com o efeito suspensivo também.

O legislador fez essa previsão diferenciada dos efeitos a fim de impossibilitar possível confusão de procedimento entre a fase da habilitação e de julgamento das propostas. Também, comumente é feita a análise da habilitação e das propostas na mesma sessão, e caso seja interposto algum recurso contra a habilitação ou inabilitação não será possível realizar o julgamento das propostas. Para evitar que o certame estenda-se mais do que o previsto pela comissão de licitação e seja feita em sessão única a apreciação dos requisitos de habilitação e

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 1059-1060

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1061

⁸⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 726-727

das propostas, é indispensável a renúncia, de todos os interessados, do interesse em recursos referentes à primeira fase do certame. Encerrando, assim, a fase de habilitação e permitindo realizar o julgamento das propostas.⁸⁸

Outra consequência da interposição do recurso é a necessidade de comunicação aos demais licitantes de tal feito, os quais terão cinco dias úteis para se manifestar, como determinado pelo §3º do art. 109. A mesma decisão em que são determinados o processamento, admissibilidade e os efeitos em que o recurso será recebido, deve também determinar a audiência dos interessados. A comunicação deve ser feita aos demais licitantes visto que eles também possuem interesse na questão que será decidida pela Administração, podendo impugnar o recurso, apresentando contrarrazões, ou então aderir ao recurso de outro licitante, a fim de atingir o mesmo objetivo.⁸⁹

Por fim, para ocorrer a perfeita tramitação do recurso hierárquico e da representação, ambos devem ser destinados à autoridade superior à que proferiu a decisão recorrida, mas por intermédio desta. A autoridade terá cinco dias úteis para proferir a sua nova decisão, quando poderá reconsiderá-la, encerrando a tramitação do recurso, ou, então, mantê-la, com posterior envio à autoridade superior, de acordo com o §4º do art. 109.⁹⁰

Há divergências na doutrina acerca da necessidade de encaminhar o recurso à autoridade superior e o poder de julgamento desta. Para Carlos Motta⁹¹ e Sidney Bittencourt⁹² a interpretação do §4º só leva ao entendimento de que a autoridade que proferiu o ato tem duas possibilidades, primeiro reconsiderar a decisão recorrida e findar a tramitação do recurso, ou decidir por mantê-la, sendo a única possibilidade em que o recurso deve ser encaminhado à análise da autoridade superior e terá cinco dias úteis para proferir a sua decisão, que pode ser no sentido de acatar o entendimento da comissão de licitação, ou proferir nova decisão em sentido contrário.

Porém, Marçal Justen Filho tem um outro entendimento em relação a necessidade de encaminhar o recurso para análise da autoridade superior:

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 301

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1061

⁹⁰ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 727

⁹¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 806

⁹² BITTENCOURT, Sidney. **Licitação Passo a Passo: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 728

O recurso previsto no art. 109 busca a *retratação* da autoridade julgadora. Ora, retratar-se e alterar a decisão anterior configura uma *nova* decisão. Seria inconstitucional reputar que a nova decisão, invalidatória da anterior, estaria imune a ataque. Tem de assegurar-se a todos os interessados precisamente o mesmo tratamento. Se a reconsideração produzida em virtude do recurso não estivesse sujeita a outro recurso, ter-se-ia a infração à garantia constitucional do art. 5º, inc. LV.⁹³

Ainda, o autor acrescenta que não há cabimento para encerrar o procedimento caso a autoridade que proferiu a decisão decidir por acolher o recurso. Pois isso acarretaria por impedir o direito de recorrer pela parte da qual o interesse foi afetado, ou então seria necessário facultar aos interessados a possibilidade de interposição de recurso em face da nova decisão, renovando todo o processamento do recurso, o que acarretaria em um maior gasto de tempo e poderia criar o risco da controvérsia tornar-se eterna, caso a decisão fosse modificada cada vez com um novo recurso. Também, não pode a autoridade superior não julgar o recurso novamente alegando que não há mais objeto, pois os demais interessados poderiam ter interesse em manter a decisão inicial. Assim, a autoridade superior sempre tem o dever de manifestar-se sobre o recurso interposto no prazo de cinco dias úteis.⁹⁴

No mesmo sentido de Justen Filho, Jessé Torres defende a mesma corrente. Com a exceção dos casos em que nenhum outro interessado ofereceu impugnação ao recurso, situação em que a autoridade que proferiu a decisão, caso decida por alterá-la, pode encerrar a tramitação do recurso.⁹⁵

Tal entendimento, apesar de ter jurisprudência neste sentido, é raramente aplicado pelos órgãos administrativos, por ser apenas um entendimento doutrinal. Essa possibilidade de encaminhamento do recurso à autoridade superior perante qualquer decisão da comissão de licitação não encontra amparo legal, pois o legislador fez uma distinção expressa no parágrafo 4º. O melhor entendimento é que o recurso só pode ser encaminhado à autoridade superior quando não houver reexame da decisão. Isto a fim de não estender o julgamento do recurso, e, conseqüentemente, o procedimento licitatório, além de também evitar a possibilidade de outro interessado interpor novo recurso em face da nova decisão.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1063

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 1063-1064

⁹⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 608

Outra possibilidade acerca do julgamento dos recursos é trazida por Toshio Mukai e Lúcia Valle Figueiredo⁹⁶. Toshio Mukai defende que, nas modalidades da concorrência e da tomada de preços, a competência para julgamentos é exclusiva da comissão de licitação, motivo pelo qual a autoridade superior não poderá proferir decisão que substitua a de quem proferiu o ato, então somente poderá confirmar a decisão da comissão, ou invalidar a licitação.⁹⁷ Já para Lúcia, esse entendimento é válido para todas as modalidades de licitação, a competência para julgamento é somente da comissão e por isso a decisão tem efeito vinculante, e caso o recurso seja encaminhado à autoridade superior e esta acreditar que a decisão está incorreta, deve devolver o processo à comissão e solicitar uma nova decisão, mas a comissão pode optar por não alterar o seu entendimento.

Essa corrente doutrinária, apesar de bastante difundida, também não merece prosperar, pois de nada serviria a previsão legislativa do recurso hierárquico administrativo, com a possibilidade de reanálise da questão por quem proferiu o ato e também pela autoridade superior, se esta não tiver poder de alterar a decisão.

Assim, deve-se seguir o disposto por Carlos Motta e Sidney Bittencourt, que o recurso só deve ser encaminhado à autoridade superior quando quem proferiu a decisão recorrida optar por não a reconsiderar, tendo a autoridade superior a discricionariedade de ou seguir com o entendimento da comissão de licitação, ou proferir nova decisão em sentido oposto.

Em qualquer situação e entendimento, quando o recurso for encaminhado à autoridade superior, este deverá ser devidamente informado com as informações e justificativas pertinentes da decisão. Após, a autoridade competente terá cinco dias úteis, contados a partir do recebimento do processo, para proferir a sua decisão. Caso não cumpra com o prazo, está sujeita à pena de responsabilidade.

Após a decisão da autoridade superior não cabe mais recurso administrativo, somente restando as vias judiciais.

A contagem dos prazos na licitação, conforme art. 110 da lei, será sempre realizado excluindo o dia do início e incluindo o do vencimento. Também, se não for explicitado ao contrário, serão considerados em dias consecutivos, mas o art. 109 fala que, em qualquer tipo de recurso, os dias serão sempre úteis. O parágrafo único do artigo determina, ainda, que os prazos só podem iniciar e findar em dias de expediente no órgão ou na entidade, isso também se aplica para a contagem de dias úteis. Então, a contagem de prazos nos recursos só terá início

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. pp. 63-63

⁹⁷ MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144

quando for franqueada vista dos autos aos interessados, excluindo o primeiro dia e incluindo o do vencimento, sempre em dias que houver expediente no órgão em questão.

Caso o interessado deixe transcorrer o prazo determinado para cada recurso não poderá mais interpor recurso administrativo, a decisão, no âmbito administrativo, torna-se inalterável, ocorrendo preclusão administrativa. Nesse caso, a questão só poderia ser discutida no judiciário.

3.2 LEI Nº 10.520/02 - LEI DO PREGÃO

Neste passo, passa-se à análise da Lei 10.520/02 que disciplina a modalidade do pregão presencial. Diferentemente da Lei nº 8.666/93 que prevê três tipos diferentes de recursos, no pregão há somente um tipo e está assegurado no art. 4º, inciso XVIII⁹⁸ da Lei nº 10.520/02.

Importante salientar que no pregão aplica-se, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666/93, conforme art. 9º da Lei do Pregão. Essa previsão também é utilizada aos recursos, em questões que a lei mais recente for omissa.

Além da lei criar uma nova modalidade de licitação, também inovou na sistemática recursal. No pregão há apenas um momento para interposição de recurso durante todo o procedimento licitatório, que é logo após a declaração do vencedor. Como no pregão as fases da licitação são invertidas se comparadas com o previsto na Lei de Licitações e Contratos, primeiro ocorre o julgamento das propostas e após é feita a análise da habilitação, então o momento para o interessado interpor recurso é logo após o vencedor ser declarado habilitado.

A decisão do legislador ao optar por um só momento de impugnação não vai de encontro aos princípios do contraditório e ampla defesa, consagrados constitucionalmente, apenas preferiu simplificar a sistemática recursal, a fim de tornar o procedimento mais célere, pois qualquer ato anteriormente praticado poderá ser objeto da impugnação, desde o credenciamento até a declaração do vencedor, mas o cabimento do recurso sempre será contra o ato que põe fim à licitação.⁹⁹

Essa sistemática recursal diferenciada também traz diferenças acerca da preclusão. Enquanto o procedimento licitatório não é encerrado, a possibilidade de opor-se a uma decisão não preclui, já que a fase recursal é concentrada ao final, quando o interessado poderá impugnar

⁹⁸ Art. 4º [...] XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 212

qualquer decisão ou omissão ocorrida durante o pregão.¹⁰⁰ O direito a recorrer através de recurso administrativo irá precluir se não for manifestada a vontade ao final da sessão pública.

Neste sentido prevê o art. 4º, inciso XX da Lei do Pregão, que a falta de manifestação imediata e com motivos do interessado acarretará na decadência do direito de recurso, e o objeto da licitação será adjudicado ao vencedor, pelo pregoeiro. Ou também pode ser que o certame seja extinto. Apesar de a lei falar em decadência, trata-se de preclusão, pois perde-se a faculdade processual de interpor recurso administrativo, e não a perda do direito de ação. Por isso, é imprescindível a presença do interessado na sessão pública, ou então de um representante com procuração específica, para não ocorrer a preclusão instantânea.

Apesar da intenção do legislador em reunir o momento do recurso somente ao final do procedimento licitatório, houve uma falha na redação do inciso. Com isto, só é prevista a possibilidade de interposição de recurso após a declaração do vencedor, porém é possível que haja decisão que ponha fim ao pregão sem que tenha vencedor.¹⁰¹ Ou seja, o recurso poderá ser interposto em face de qualquer decisão que tenha como objetivo encerrar o pregão, seja por extingui-lo ou declarar um vencedor.

Pelo fato de o pregão ser regido pelos princípios da oralidade, concentração e simplificação, é que o recurso só pode ser interposto em um momento e de forma oral. Assim, é indispensável o acompanhamento dos interessados durante toda a duração da sessão pública. Neste passo, a legitimidade é conferida aos licitantes e interessados presentes, mesmo que não possuam nenhum interesse imediato na questão.¹⁰² Sendo o momento de interposição do recurso logo após ser declarado o vencedor, quando o pregoeiro deve questionar sobre a intenção de recursos.

O recurso deve ser interposto verbalmente, ao pregoeiro, no momento anterior ao encerramento da sessão pública. O inciso determina que o interessado deve manifestar imediatamente a intenção de recorrer, assim como os motivos do recurso. Os motivos do recurso são diferentes das razões do recurso, estas serão a fundamentação a fim de demonstrar que os motivos devem ser acolhidos, e podem ser apresentadas em até três dias.

Em consequência, as decisões da Administração não precisam ser publicadas na imprensa para que ocorra a intimação dos interessados, sendo que somente os presentes à sessão

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. pp. 212-213

¹⁰¹ FERREIRA, Sergio de Andréa. Fase Recursal. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). **Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 156

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. pp. 216-218

poderão interpor recurso. Isto também traz celeridade ao certame, que não precisa ficar suspenso caso não haja interposição de recurso.¹⁰³

A interposição do recurso precisa ser motivada, não podendo o interessado impugnar determinado ato de forma genérica, deve apontar qual o ato e o porquê de estar sendo impugnado, qual a ilegalidade ou o erro presente, podendo optar por fazê-lo de modo resumido, e nos três dias de prazo apresentar razões mais sólidas, complementando os motivos expostos anteriormente.

A partir disso, surgiram algumas correntes doutrinárias acerca da necessidade de vinculação, ou não, entre os motivos formulados juntos à interposição do recurso, e as razões apresentadas de fato no recurso.

Para Joel Menezes de Niebuhr, as razões devem ser vinculadas, pois o legislador já previu expressamente a necessidade de demonstração dos motivos para evitar a interposição de recurso somente a fim de garantir a disponibilidade do prazo. Caso o interessado apresente motivos diferentes dos declarados na sessão, o recurso não deve ser conhecido. Assim, com o intuito de garantir a eficácia da lei “é forçoso reconhecer que há estrita vinculação entre os motivos esposados na sessão e os declinados nas razões escritas”.¹⁰⁴

Porém, com todos os requisitos para interposição de recurso no pregão, quais são a presença dos interessados, a manifestação do interesse de recorrer verbal e imediatamente junto dos motivos, acabam por dificultar à interposição de recurso administrativo, o que vai de encontro com os princípios básicos da Administração Pública.

Por isso, alguns doutrinadores afirmam que os motivos explanados na sessão do pregão e as razões apontadas no recurso não precisam ser vinculados.

Assim, leciona Carlos Pinto Coelho Motta que as razões do recurso podem abordar outros motivos, pois “o direito ao contraditório é intrinsecamente deferido aos demais contendores, e que o exercício desse direito não ficará, na prática, condicionado àquela informação sobre os motivos do recurso do oponente, recebida durante a sessão”. A lei previu o prazo para as contrarrazões somente quando acabar o prazo recursal, justamente para a conveniência do interessado de produzir novas razões. Ou seja, o próprio legislador já reconheceu a eventualidade de a motivação do recurso divergir das razões finais, e de serem até

¹⁰³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2005. p. 205

¹⁰⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2005. pp. 206-207

mesmo contraditórias, ao garantir consulta aos autos, e especificamente, ao conteúdo do memorial do recorrente.¹⁰⁵

Ainda, outro entendimento é de que as razões devem ser vinculadas aos motivos, com exceção de quando advir questão que se qualifica como nulidade absoluta. Nesses casos, a matéria deve ser analisada pela Administração de ofício, inclusive. Então, este recurso deverá ser conhecido por conta do interesse público superveniente.¹⁰⁶

Não há razão para crer que o legislador concedeu o prazo para apresentar as contrarrazões somente quando findar o prazo recursal por acreditar que os motivos expostos no momento de interposição do recurso podem divergir das razões apresentadas. O que ocorre, na verdade, é que, na maioria das vezes, os motivos serão expostos de maneira sucinta, e na fundamentação do recurso que serão mais aprofundados e explanados, a fim de convencer a Administração que sua tese merece ser acolhida, e será somente com a leitura do recurso completo que o outro interessado poderá formular a sua impugnação, também. Por isso, deve haver pertinência material entre os motivos apresentados oralmente ao pregoeiro e os escritos na fundamentação depois.

Após a apresentação das razões no prazo de três dias, abre-se o prazo para interposição de contrarrazões pelos demais interessados. A intimação é feita na própria sessão pública, e o prazo inicia logo após o término do prazo recursal, certificando que os interessados tenham acesso imediato aos autos, sabendo que não pode o prazo iniciar se não for concedido o acesso.

Com o fim do prazo para as contrarrazões, o procedimento recursal deve seguir o previsto na Lei nº 8.666/93, já que a Lei do Pregão não faz nenhuma menção ao processamento recursal. Então, findado o prazo para as manifestações dos interessados, ocorre a intervenção do pregoeiro no processo, já que o recurso deve ser dirigido à autoridade superior de quem praticou o ato, mas por intermédio desta.¹⁰⁷ Primeiro, deve reconhecer a procedência e revisar o ato ou indeferi-lo. Como o recurso no pregão tem a mesma natureza de recurso hierárquico da Lei de Licitações e Contratos, surge a mesma dúvida do §4º do art. 109. Como já foram apresentados o problema e a discussão doutrinária acerca do caso, aqui serão aplicados os mesmos entendimentos. Então, se o pregoeiro decidir por acolher o recurso, deverá encerrar o processo. Mas, se o pregoeiro decidir por não acatar o recurso, deverá encaminhar à autoridade superior de ofício, devidamente informado, a qual poderá proferir nova decisão.

¹⁰⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 939

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 217

¹⁰⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2005. p. 209

O pregoeiro não tem competência para julgar o recurso, apenas fará o aceite e admissibilidade, ou não, com base na tempestividade e na existência das razões do recurso, isto é, os requisitos objetivos e formais do recurso. Também poderá fazer o reexame do seu ato, mas, de qualquer maneira, os interessados no recurso têm o direito de obter a manifestação da autoridade superior.¹⁰⁸

Outra omissão da Lei 10.520/02 é acerca do prazo da Administração para realizar a análise do recurso. Pode-se aplicar o prazo da Lei 8.666/93, que é de cinco dias úteis, ou o mesmo prazo concedido aos particulares, de três dias. O maior entendimento é de aplicar o prazo de cinco dias úteis, mesmo que este seja mais largo do que o imposto ao particular. Entretanto, caso o prazo posto à Administração não seja cumprido, não terá muitas consequências, tanto para o particular, quanto para o responsável pela análise do recurso, apenas este pode vir a sofrer a pena de responsabilidade. Contudo, por ser um dos objetos do pregão ter uma licitação mais célere, deve a autoridade proferir a sua decisão o mais breve possível.

O efeito do recurso será devolutivo e suspensivo, pelo previsto no inciso XXI do art. 4º da lei, em que somente ocorrerá a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor após decididos os recursos. Como o próximo passo, após a análise dos recursos, é adjudicar o objeto do pregão, ato que a autoridade não pode fazer até a decisão final dos recursos, entende-se que mesmo que não previsto o efeito suspensivo expressamente, pela interpretação do inciso é evidente que todos os recursos serão recebidos com esse efeito.

Em virtude de o recurso ser interposto somente ao final do certame, mesmo que contra qualquer decisão praticada no curso do pregão, é chamado de recurso *ex post*, pois caso alguma decisão venha a ser anulada, o pregoeiro terá que refazer todo o procedimento a partir do ato invalidado, fazendo com que a relação processual retroceda.¹⁰⁹

Conforme o inciso XIX, somente os atos insuscetíveis de aproveitamento que devem ser invalidados, então todos os atos que possuírem algum tipo de vício, irregularidade ou ilegalidade insanáveis devem ser desconsiderados. Em via de regra, todos os atos proferidos após o ato viciado estariam prejudicados.

Quanto à contagem dos prazos, os dias serão contados sempre em dias corridos, conforme prevê o art. 110 da Lei 8.666/93, já que a Lei do Pregão não disciplina o assunto,

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. pp. 219-221

¹⁰⁹ FERREIRA, Sergio de Andréa. Fase Recursal. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). **Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 156

então a Lei de Licitações e Contratos é usada de forma subsidiária. Também, como o inciso XVIII do art. 4º é omissa nessa questão, o edital do pregão pode determiná-la, até porque se for concedido três dias úteis oferecer-se-á mais tempo ao particular. Apesar de o Decreto Federal nº 3.555/00, decreto anterior à lei que regula o pregão presencial no âmbito da União, falar que o prazo para recurso será de três dias úteis, deve ser considerado o previsto da Lei, por ter hierarquia superior ao Decreto. Então, será considerado o prazo de três dias corridos para a apresentação das razões do recurso, assim como para as contrarrazões.

Ainda, importante ressaltar que a sistemática recursal concentrada do pregão impede a interposição de recursos se não no momento imediato para isso. Ou seja, é possível afirmar que não há prazo a ser contado para a interposição de recursos administrativos no pregão, somente há prazo para apresentar as razões do recurso, após já ter demonstrado o interesse e os motivos deste. Porém, sempre há a possibilidade de o interessado utilizar-se do direito constitucional de petição, art. 5º, XXXIV da Constituição Federal. Assim, caso seja apresentado fato que gere alguma irregularidade no pregão, a Administração tem o dever, de ofício, de sanar o vício ou anular o ato em questão.

Então, conforme Marçal Justen Filho “o único efeito do disposto no inciso XX é impedir que nulidades relativas sejam questionadas posteriormente. Ou seja, a limitação temporal é relevante em face de defeitos que afetem o interesse privado”. Mas, caso seja um vício de nulidade absoluta, deverá ser proclamada a qualquer tempo, inclusive de ofício pela Administração.¹¹⁰

Posto isto, fica clara a intenção do legislador em facilitar o procedimento licitatório e torná-lo mais simples e célere. Apesar de várias normas terem sido incluídas e modificadas, comparando com a Lei de Licitações e Contratos, diversos outros pontos foram omitidos na nova lei, tendo que recorrer à Lei nº 8.666/93 para realizar a correta compreensão acerca dos recursos licitatórios. Também, alguns pontos não foram corretamente explicitados na Lei do Pregão, causando divergências no entendimento doutrinário, o que dá abertura à discricionariedade da autoridade julgadora.

3.2.1 Pregão eletrônico – Decreto nº 5.450/05

A Lei nº 10.520/02 foi elaborada para regulamentar uma modalidade mais célere de licitação, o pregão, hoje tratada como pregão presencial. Nesse passo, surgiu o pregão

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. pp. 224-225

eletrônico, para facilitar e integrar ainda mais as licitações. Trata-se da mesma modalidade de licitação, apenas com algumas diferenças procedimentais. Como já foi explicada a sistemática recursal no pregão presencial, será dado enfoque às divergências entre os dois sistemas.

Da mesma forma que ocorrer no pregão presencial, a fase recursal é concentrada no momento após ser declarado o vencedor, conforme art. 26 do decreto. Inclusive, este artigo tem a redação muito similar ao inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/02.

O interessado que quiser interpor recurso deve demonstrar o interesse imediato durante a sessão pública, não mais oralmente, mas sim no campo próprio do sistema, logo após ser declarado o vencedor. Além disso, deve declarar os motivos pelos quais deseja recorrer, como determina §1º do art. 26.

Novamente surgem divergências a partir da redação do *caput* do artigo, isso pois, assim como pregão presencial, a lei determina que o interessado deve indicar os motivos determinantes de sua intenção.

Para Sidney Bittencourt, o licitante deve manifestar a intenção de recorrer imediata e motivadamente, exatamente como a lei determina e igual ocorre no pregão presencial, mas o prazo de três dias para apresentação das razões do recurso só terá início a partir do momento que for concedido o direito de vista dos documentos relativos aos demais concorrentes.¹¹¹

Em contrapartida, para Marçal Justen Filho, não é possível que o licitante apresente os motivos junto à intenção de recorrer, pois o acesso aos documentos dos outros licitantes é restrito, diferente do que ocorre no pregão presencial, que qualquer interessado pode ter vistas de todos os documentos. Então, exigir que sejam demonstrados os motivos do recurso, durante a sessão, é obstaculizar o direito à ampla defesa.¹¹² De fato, não há lógica em preceituar que o licitante deva expressar seus motivos sem ter conhecimento da documentação de habilitação e propostas, pois teria que manifestar-se sobre elementos dos quais não tem ciência, sendo que no pregão eletrônico não é possível ter acesso à detalhes dos demais oponentes.

Após manifestar a intenção de recorrer durante a sessão pública, será concedida vistas aos documentos que tem interesse, quando então iniciará o prazo de três dias. E também verificará se existe fundamentação para corroborar a sua intenção de recurso. Findado o prazo de apresentação das razões, inicia o prazo aos demais licitantes para apresentarem contrarrazões, sendo estes já intimados durante a sessão pública.

¹¹¹ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 210

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. pp. 394-395

Caso o licitante não manifeste imediatamente a sua intenção de recorrer, logo após ser analisada, pelo pregoeiro, a habilitação do melhor colocado nos lances das propostas, ocorre a preclusão desse direito, e não a decadência dele como fala o §1º do artigo 26.

Quanto ao processamento do recurso o Decreto nº 5.450/05 é omissivo e será feito do mesmo modo que o pregão presencial, já explanado no tópico anterior, assim como no que tange aos efeitos em que o recurso será recebido.

Também, assim como no pregão presencial, o §2º determina que somente os atos insuscetíveis de aproveitamento serão invalidados, no caso de provimento do recurso. Os efeitos do provimento do recurso no pregão eletrônico tendem a ser mais discretos se comparados ao do pregão presencial, pois naquela modalidade todos os licitantes classificados passam à etapa de lances, então somente em raros casos em que um licitante é excluído do procedimento é que o acolhimento do recurso geraria a necessidade de reabrir a disputa.¹¹³

O ponto mais relevante do Decreto é o §3º, que é inovador a fim de diminuir as formalidades do certame. O parágrafo determina que tanto no julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem as suas substâncias e a validade jurídica dos mesmos, mediante despacho fundamentado, registrado em ato e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

Quis o legislador, com a nova norma, afastar qualquer tipo de exigência que seja meramente formal, que se não forem feitas não irão produzir nenhum efeito avultado. Apesar de a redação dessa determinação ao pregoeiro ser nova, a prática já era realizada com fundamento nos princípios da competitividade e da razoabilidade, ou seja, não trouxe novidades à ordem jurídica, mas somente à legislação.¹¹⁴

As diferenças entre a sistemática recursal do pregão eletrônico em pouco destoam do previsto para o pregão presencial, as principais diferenças serão formais, já que um é feito em sessão pública e de forma oral, e o outro em sessão pública, mas de maneira eletrônica. Também, importante ressaltar que não é possível admitir, como pressuposto para admissibilidade do recurso pelo pregoeiro, a necessidade de expor os motivos do recurso, visto que o interessado não tem acesso aos documentos dos demais licitantes.

3.3 LEI Nº 12.462/11 – LEI DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES - RDC

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 400

¹¹⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 215

Em 2011, as vésperas de sediar alguns eventos mundialmente importantes, o legislador viu a necessidade de promulgar uma lei para criar uma nova modalidade de licitação, que fosse mais célere e econômica, para alcançar os objetivos relacionados aos eventos. Porém, posteriormente, o legislador decidiu por ampliar as hipóteses de uso do RDC. Pelo fato de ser uma nova modalidade licitatória, também possui uma sistemática recursal diferente, que segue o mesmo objetivo da lei, um sistema célere e econômico.

Conforme prevê o art. 27, *caput*, da Lei 12.462/11, em regra, a fase recursal é única. Assim como ocorre no pregão, todos os recursos serão julgados de maneira concentrada, ao final.

O procedimento do RDC tem sua ordem de fases prevista no art. 12 da lei ocorrendo primeiro o julgamento das propostas, para, então, fazer a análise da habilitação do licitante. Ainda, o artigo estabelece que logo após a habilitação vem a etapa recursal, e em seguida, é feito o encerramento da licitação.

Estabelece o art. 27, parágrafo único, que por ser a fase recursal somente no momento anterior ao encerramento, serão analisados os recursos referentes a qualquer ato ocorrido nas fases anteriores – o julgamento das propostas e da habilitação do vencedor.

Pelo fato de o RDC possuir fase recursal única, os recursos administrativos não podem ser interpostos no momento imediato após serem proferidas as decisões no decorrer da licitação, mas somente ao final, depois de proclamado o resultado e o vencedor. Por isso, deve o interessado estar atento a todos os atos e decisões que ocorrem durante a licitação, para relacionar, ao final, precisamente a decisão que deseja ser reformada.

Como o RDC tem como objetivo ser um procedimento mais célere, em regra, os documentos de habilitação só serão analisados quando o licitante for o vencedor das propostas, assim não se faz necessária a interposição de recursos em momentos distintos, pois nenhum licitante será eliminado do certame, como ocorre nas modalidades da Lei de Licitações e Contratos.¹¹⁵

Porém, a lei prevê a possibilidade de inversão de fases no procedimento do RDC, ou seja, primeiro ocorre a habilitação dos licitantes e após, com os licitantes habilitados, o julgamento das propostas, desde que seja por meio de um ato motivado e previsto no instrumento convocatório, conforme art. 12, parágrafo único.

¹¹⁵ ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 296

Se ocorrer a inversão de fases, o sistema recursal também sofrerá modificações, que é a exceção tratada no art. 27, *caput*. Nesse caso, haverá dois momentos oportunos para a interposição de recurso, primeiramente após a fase da habilitação, contra qualquer decisão relacionada a licitantes habilitados ou inabilitados. E, também, logo após o julgamento das propostas, sendo que nesse momento somente serão aceitos recursos que tenham como objeto decisões acerca das propostas.¹¹⁶

Então, dependendo do procedimento adotado na licitação em questão, terá uma sistemática recursal distinta. Na maior parte das licitações do RDC a fase recursal será única, a fim de tornar o procedimento mais célere e alcançar os objetivos dessa modalidade. Porém, pode a Administração, motivadamente, optar pela inversão de fases, provocando a instituição de duas fases recursais.

É no art. 45 da Lei do RDC que estão previstos os recursos cabíveis, hipóteses de interposição, prazos e como se dará o processamento dos recursos. O artigo é muito similar ao artigo 109 da Lei nº 8.666/93. No inciso II está definido o recurso hierárquico, que poderá ser interposto em até cinco dias úteis a partir da data da intimação ou da lavratura da ata em face de a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados; b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; c) do julgamento das propostas; d) da anulação ou revogação da licitação; e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93; e g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública. E o inciso II prevê o recurso de representação, também no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação, em face dos atos que não caibam recurso hierárquico.

A intenção de recorrer através de recurso hierárquico contra os atos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, do inciso II, pré-qualificação, habilitação e julgamento das propostas, conforme o §1º do artigo, deve ser feita imediatamente na sessão da licitação, sob a pena de preclusão. Essa previsão é similar à do pregão, porém mais moderada por não prever a apresentação de motivos do recurso.

A lei não explicita em qual momento que inicia de fato o prazo para interposição do recurso, pois o inciso fala somente a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, porém

¹¹⁶ ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 297

não se sabe quando será feita a intimação. Assim, há divergências se o prazo de cinco dias úteis terá início logo após o ato e a manifestação de recorrer, ou se somente ao final da licitação, após declarado o vencedor. Mas, analisando a segunda possibilidade do inciso, de o prazo iniciar a partir da lavratura da ata, entende-se que esse ato só é feito ao final da licitação. Então, o prazo de cinco dias para apresentação das razões só terá início na fase final da licitação, com a lavratura da ata, e somente a intenção em interpor recurso que deve ser manifestada imediatamente após realizada a decisão prejudicial aos interesses do recorrente. Neste sentido também para evitar que sejam interpostos mais de um recurso pelo mesmo interessado, só que em momentos distintos.¹¹⁷

Nesse sentido também opina Sidney Bittencourt acerca do momento de início do prazo para apresentar as razões do recurso, que por conta da interpretação sistemática das normas do RDC, entende-se que é somente a intenção de interposição de recurso que deve ser feita no momento imediato após o término da fase em que ocorreu a decisão prejudicial aos interesses do licitante, e é após a lavratura da ata da fase de habilitação, isto é, ao final da licitação, que se inicia o prazo para apresentar as razões.¹¹⁸

Já nos casos de recursos das alíneas “d”, “e”, “f” e “g”, não há dúvidas acerca de sua interposição, pois o prazo iniciará quando o licitante for intimado de tal decisão, que deverá ser feita através da imprensa oficial, comumente ocorre externamente ao procedimento licitatório.

Conforme §§2º e 3º do art. 45, após o término do prazo para apresentação do recurso, inicia o prazo aos demais interessados em apresentar contrarrazões, que também será de cinco dias úteis. Além de ser sempre concedido aos licitantes vistas dos elementos indispensáveis à defesa de seus interessados, e nenhum prazo poderá ter início sem que seja oferecida vistas dos autos.

O processamento do recurso será na qualidade de recurso administrativo hierárquico, o mesmo previsto na Lei de Licitações e Contratos. Segundo §6º, o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio de quem praticou o ato recorrido, a qual poderá acolher o recurso no prazo de cinco dias úteis, ou, então, no mesmo prazo, encaminhá-lo, devidamente informado, à autoridade superior, que terá cinco dias úteis a partir do seu recebimento para proferir a sua decisão, sob pena de apuração de responsabilidade. Aqui também surge a mesma

¹¹⁷ ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 301-302

¹¹⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 164-165

divergência doutrinária acerca da necessidade de encaminhar o recurso à autoridade superior caso quem praticou o ato decida por reconsiderar a sua decisão, a discussão já foi exposta no tópico que trata sobre a Lei nº 8.666/93, cabendo aqui só reafirmar que, caso a autoridade que proferiu o ato acatar o recurso, deve findar com o processo, e caso contrário, deve encaminhar à autoridade superior que terá o poder da decisão final.

A primeira consequência da interposição do recurso administrativo é quanto aos efeitos em que será recebido e a Lei nº 12.462/11 é omissa quanto aos efeitos do recurso. Mas, o art. 28 da Lei, afirma que o procedimento licitatório só será encerrado quando forem exauridos os recursos administrativos e então será encaminhado à autoridade superior que poderá, entre outros, adjudicar o objeto e homologar a licitação. Ou seja, enquanto os recursos não forem julgados, a licitação estará suspensa. Então, no caso da sistemática recursal concentrada, os recursos serão recebidos com efeito devolutivo e suspensivo.

Entretanto, quando ocorrer a inversão de fases, e, conseqüentemente, a possibilidade de dois momentos para interposição de recursos, o processamento dos recursos contra a habilitação precisa ser analisado segundo a ordem prevista para entrega das propostas. Conforme o art. 14, III da lei, quando houver a inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados. Assim, é impossível um licitante entregar a sua proposta após a abertura dos valores dos outros licitantes, no caso de um licitante inabilitado que tem o seu recurso deferido. Então, pelo fato de a entrega das propostas ser condicionada à habilitação prévia dos licitantes, além do efeito devolutivo próprio dos recursos, deve-se receber o recurso no efeito suspensivo, também.¹¹⁹

Nesse sentido, entende-se que os recursos interpostos por causa de atos relativos à pré-qualificação, habilitação e julgamento das propostas, sempre terão efeito devolutivo e suspensivo. Já nas outras hipóteses o recurso terá somente efeito devolutivo, podendo a autoridade, ao receber o recurso, recebê-lo com efeito suspensivo também, assim como determina a Lei de Licitações e Contratos.

Por todos esses pontos, principalmente por ter uma fase recursal única, via de regra, que somente irá analisar os recursos referentes ao julgamento das propostas e à habilitação do vencedor, o procedimento licitatório na modalidade de Regime Diferenciado de Contratações tem uma maior celeridade e gera mais economia à Administração. Também é uma modalidade

¹¹⁹ ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 299-300

mais elástica, pois o órgão que fará a licitação tem a liberdade, desde que por ato motivado, de determinar a ordem das fases, e, conseqüentemente, a sistemática recursal. É evidente que foi feita uma combinação entre o que é previsto na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, a fim de se obter o melhor método, através da análise do que acreditou-se ser o melhor de cada legislação.

3.4 LEI Nº 13.303/16 – LEI DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A Lei das Estatais disciplina a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, incluindo normas específicas sobre licitações e contratos para empresas públicas e sociedades de economia mista.

A sistemática recursal prevista na lei faz uma mescla entre a Lei de Licitações e Contratos, a Lei do Pregão e, principalmente, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações. Assim como ocorre no pregão e no RDC, primeiro são julgadas as propostas para então fazer a análise da habilitação, via de regra.

Estabelece, o art. 59, duas sistemáticas de recursos, conforme for determinadas as fases da licitação. A regra geral é concentrar a fase recursal ao final do certame, após a fase da habilitação, conforme o *caput* do artigo. Excepcionalmente, quando ocorrer a inversão de fases, com a análise da habilitação antes da etapa de julgamento, os recursos poderão ser interpostos em dois momentos, após a habilitação dos licitantes e, também, após o julgamento das propostas, nos termos do §1º do artigo. Essa sistemática é a mesma prevista na Lei do RDC.

Se a licitação seguir a ordem prevista pela lei, isto é, sem inverter as fases, segundo o §1º do art. 59 o interessado terá o prazo de cinco dias úteis para apresentar o seu recurso, a contar da habilitação do vencedor, que poderá ter como objeto qualquer ato ocorrido durante as fases de julgamento, verificação da efetividade dos lances ou propostas, e habilitação. Apesar do artigo somente citar essas três etapas, também podem ser interpostos recursos em face de atos praticados durante a apresentação de lances ou propostas, e de negociação.¹²⁰

No caso em que ocorrer a inversão de fases haverá dois momentos oportunos para interposição de recurso, primeiro será concedido o prazo de cinco dias úteis, logo após a habilitação, para recursos que versem somente sobre os documentos de habilitação dos licitantes. E, novamente o prazo de cinco dias úteis, após o encerramento da fase de verificação

¹²⁰ BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações e contratos nas empresas estatais**: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 396

da efetividade dos lances ou propostas, quando os recursos poderão ser contra atos ocorridos durante o julgamento e durante a verificação das ofertas.

A lei não faz mais menção aos recursos e como se dará o processamento deles, somente expressa, no inciso V do art. 40, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão sempre ter o seu próprio regulamento interno de licitações e contratos, o qual deverá tratar sobre a tramitação de recursos, claro que o regimento deve estar em consonância com a Lei nº 13.303/16.

Ainda, a lei determina a escolha preferencial da modalidade do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, conforme art. 32, IV. Caso a estatal opte pelo pregão, deverá seguir os procedimentos desta modalidade, inclusive no que tange aos recursos, com a única exceção do prazo. Isto é, caso o licitante tenha interesse em interpor recurso deverá manifestar a tua intenção imediatamente na sessão pública, juntamente com a exposição dos motivos para tal. Mas, como a Lei do Pregão determina o prazo de três dias corridos para a apresentação dos recursos e a Lei das Estatais fala em cinco dias úteis, deve-se considerar o prazo da Lei nº 13.303/16, por ser o mais benéfico ao particular.

Ademais, caso o licitante não cumpra com o previsto em contrato, a estatal poderá aplicar as devidas sanções, previstas no art. 83. Destas, será conferido o direito à defesa prévia do interessado, o qual terá o prazo de dez dias úteis para apresentá-la.

Assim, quando as estatais realizam uma licitação, tem-se três possibilidades de processamento dos recursos. A primeira será o que for disposto pelo regulamento interno da empresa pública ou sociedade de economia mista, que terá processamento próprio, seguindo sempre as garantias e princípios relacionados ao assunto. Também, se for utilizada a modalidade de pregão, ocorrerá o processamento conforme determina a Lei nº 10.520/02, com a exceção do alargamento do prazo, que será de cinco dias úteis. Ou, então, a licitação será feita conforme uma das cinco modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, quando a sistemática recursal seguirá conforme o previsto na Lei de Licitações e Contratos, com a exceção dos prazos para recursos no caso de aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou multa, em que terá dez dias úteis, e não somente cinco.

Também, fazendo uma interpretação mais ampla do art. 62 da lei e aplicando seu entendimento aos recursos, tem-se que, caso o recurso seja acolhido, os atos que não tiverem viciados devem ser aproveitados, assim como é previsto no Decreto nº 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico.¹²¹

¹²¹ BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações e contratos nas empresas estatais**: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 397

Como visto, o legislador optou por unir pontos da sistemática recursal de legislações diferentes, mas o fez de maneira muito rasa, sem prever como será feito o processamento dos recursos, após o momento da sua interposição. Então, torna-se mister a utilização das demais leis que tratam sobre licitações para fazer a tramitação dos recursos administrativos na realização de licitações pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

3.5 PROJETO DE LEI Nº 6.814/17

O Projeto de Lei nº 6.814/17 tem como objetivo criar um novo marco regulatório para as contratações públicas e revoga as Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e dispositivos da Lei nº 12.462/11, a fim de unificar as normas e modernizar a legislação de licitações.

O projeto da nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que atualmente está para análise do Plenário da Câmara dos Deputados, tem como finalidade fazer com que as contratações estatais tenham mais segurança jurídica, transparência e agilidade. Assim, foi criado um sistema recursal completamente novo, havendo como base a experiência das demais leis que tratam sobre licitações e reunindo os melhores e mais eficientes conteúdos de cada lei, além da inclusão de pontos completamente inéditos. Importante ressaltar que a ordem das fases das licitações será, via de regra, primeiro a apresentação e julgamento das propostas, para então fazer a análise da habilitação, com a possibilidade de inversão de fases mediante ato motivado.

É no capítulo X, título VIII que o projeto de lei tem a sua normatização acerca das impugnações, dos pedidos de esclarecimento e dos recursos. Primeiro, o art. 115 trata sobre as impugnações ao edital de licitação. O art. 116 prevê dois recursos possíveis em face dos atos da Administração decorrentes da aplicação da lei, que são o recurso hierárquico e a representação. O art. 117 regulamenta os recursos contra a aplicação de sanção administrativa. As impugnações não serão tratadas nesse tópico, somente os recursos.

O art. 116, inciso I trata sobre o recurso hierárquico, que também é redigido como somente recurso na lei. O licitante terá o prazo de oito dias contados da data da intimação ou da lavratura da ata para interpor recurso hierárquico em face: a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; b) do julgamento das propostas; c) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; d) da anulação ou revogação da licitação; e) da rescisão do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração. O inciso II prevê a representação, também no prazo de oito dias a partir da data da intimação, relativamente a ato do qual não

caiba recurso hierárquico. Diferente da lei atual, o novo artigo não prevê o pedido de representação.

A primeira diferença é quanto aos prazos, que à primeira vista parecem ter sido dilatados, mas, na lei em vigor, os dias são contados sempre em dias úteis, e o projeto de lei, conforme §5º do art. 116, determina que a contagem dos prazos seguirá ao disposto nos arts. 66 e 67 da Lei nº 9.784/99, lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Os artigos citados definem que os prazos comecem a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, e o §2º determina que os dias serão sempre contados de modo contínuo. Essa diferença na contagem dos prazos, de cinco dias úteis, na maioria dos recursos, na prática, não prejudica o particular, inclusive se for uma semana comum, sem feriados, dará um dia a mais ao licitante.

Nas possibilidades de interposição do recurso hierárquico, o legislador retirou-a em face de aplicação das penas de advertência, suspensão temporária e multa, a alínea “f” do art. 109 da Lei nº 8.666/93, que foi transformado, em partes, no art. 117.

O art. 117 determina que o licitante terá sete dias, a contar da data da intimação, para interpor recurso da aplicação de sanção administrativa. O recurso será dirigido à autoridade que praticou o ato, a qual terá, também sete dias, para reconsiderar ou não a sua decisão, e caso decida por não reconsiderá-la, os autos devem ser encaminhados à autoridade superior, antes do fim do prazo de sete dias, para análise do recurso, e, novamente, terá sete dias, a partir de seu recebimento, para proferir a decisão acerca do caso (§§1º e 2º). Ainda, conforme o §3º, se for declarada a inidoneidade do licitante, somente caberá pedido de reconsideração no prazo de sete dias, tendo a autoridade também sete dias para apreciá-lo. O antigo inciso III do art. 109 da Lei nº 8.666/93 transformou-se no então §3º, alterando somente o prazo.

O §1º do art. 116 do novo projeto de lei foi retirado da Lei do Pregão, a fim de garantir a celeridade do procedimento. O parágrafo determina que recursos apresentados em virtude das alíneas “b” e “c” do inciso I do *caput* do artigo terão que seguir determinações específicas. Primeiro, a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão (antes a lei falava erroneamente em decadência). E o prazo para o interessado apresentar as razões recursais terão início na data da intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação, isso se seguir a ordem de fases prevista no art. 15 do projeto de lei. Caso ocorra a inversão de fases, o prazo iniciará na ata de julgamento. Ainda, conforme inciso II do parágrafo em questão, a apreciação dos recursos se dará em fase única. O julgamento em fase única atualmente é aplicado no pregão e no RDC.

O Decreto nº 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico, determina, no art. 26, §2º, que o acolhimento de recurso implicara invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento. A redação do §2º do art. 116 do projeto de lei é idêntica, assim quis o legislador a fim de garantir a máxima celeridade ao procedimento.

Após a interposição do recurso, e a apresentação das razões nos casos em que se fizer necessário os procedimentos em momentos diferentes, será conferida a faculdade de apresentação de contrarrazões aos demais licitantes, os quais terão oito dias a contar da data de intimação pessoal ou de publicação que informe ter havido interposição de recurso, conforme §3º do art. 116.

Nos incisos do art. 116 não há previsão de como será feita a intimação do interessado, se será realizada pessoalmente ou por meio da imprensa oficial, a única determinação acerca da intimação é que poderá ser feita por lavratura da ata, quando for possível intimar todos interessados em sessão. E somente previu que para a apresentação de contrarrazões os demais interessados serão intimados pessoalmente.

Também, é assegurado aos licitantes vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses (§4º). Na redação do projeto de lei não consta que não é possível os prazos terem início sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado, porém dessa forma deve-se continuar o entendimento para dar início aos prazos.

O processamento do recurso será igual previsto na Lei nº 8.666/93, deverá ser dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de oito dias ou, no mesmo prazo, encaminhá-lo à autoridade superior, devidamente informado, a qual terá oito dias a contar do recebimento do recurso, para proferir a sua decisão, sob pena de apuração de responsabilidade (§6º).

Por fim, o último parágrafo do art. 116 (§7º), determina que ambos recursos previstos no inciso I terão efeito suspensivo do ato recorrido, até que sobrevenha decisão final da autoridade competente.

Pelo exposto, é possível compreender a intenção do legislador com o projeto da nova lei de licitações. Já que serão revogadas as Leis de Licitações e Contratos, Lei do Pregão e Lei do RDC, foi feito uma composição do que se entendeu serem as melhores normas de cada lei. Também, é possível ver que o legislador analisou discussões doutrinárias e as solucionou na letra da lei. Contudo, muitos outros pontos divergentes da doutrina não foram elucidados e continuarão a ser discutidos e interpretados a critério da autoridade julgadora.

3.6 TABELA COMPARATIVA

Figura 1

	Lei nº 8.666/93	Lei nº 10.520/02	DL nº 5.450/05	Lei nº 12.462/11	Lei nº 13.303/16	PL nº 6.814/17
Tipos de recursos	Recurso hierárquico, representação e pedido de reconsideração	Recurso hierárquico	Recurso hierárquico	Recurso hierárquico e representação	Recurso hierárquico	Recurso hierárquico e representação
Interesse em recorrer	Não há necessidade	Manifestação imediata após declarado o vencedor, e motivada	Manifestação imediata após declarado o vencedor	Manifestação imediata nos recursos hierárquicos em face de pré-qualificação, habilitação e julgamento das propostas	Não há previsão	Manifestação imediata nos recursos hierárquicos em face do julgamento das propostas e habilitação
Prazo para interposição do recurso ou apresentação das razões	Cinco dias úteis para interposição de recurso hierárquico e representação, e dez dias úteis para pedido de reconsideração	Três dias corridos para apresentação das razões recursais	Três dias corridos para apresentação das razões recursais	Cinco dias úteis para apresentação das razões ou interposição do recurso, a depender do ato	Cinco dias úteis dos atos durante o procedimento licitatório, e dez dias úteis nos casos de sanções decorrentes do contrato	Oito dias úteis para interpor recurso
Forma intimação	Por meio da imprensa oficial ou lavratura da ata	Durante a sessão pública	Durante a sessão pública	Durante a sessão pública	Não há previsão	Por meio da lavratura da ata ou intimação (sem previsão como)
Efeitos recursos	Efeito devolutivo em todas situações, e suspensivo contra atos da habilitação e julgamento das propostas	Efeito devolutivo e suspensivo	Efeito devolutivo e suspensivo	Efeito devolutivo e suspensivo	Não há previsão	Efeito devolutivo e suspensivo
Fases recursais	Possibilidade de recurso após cada fase da licitação	Fase única ao final	Fase única ao final	Fase única ao final ou, caso haja inversão de fases, após análise de habilitação e após julgamento das propostas	Fase única ao final ou, caso haja inversão de fases, após análise de habilitação e após julgamento das propostas	Fase única ao final

4 AS GARANTIAS PROCESSUAIS IMPLÍCITAS DOS RECURSOS LICITATÓRIOS

Como visto, apesar de existirem algumas leis regulamentando os procedimentos licitatórios e seus determinados sistemas recursais, ainda há diversos pontos que são controvertidos na legislação e no entendimento doutrinários e jurisprudencial, e outros variados pontos que são omissos da lei. Também, pelo fato de os recursos em matéria licitatória serem, também, recursos administrativos, muitas das garantias processuais aplicadas ao processo administrativo comum devem, ou ao menos deveriam, ser aplicadas no âmbito dos recursos licitatórios.

Ademais, a única legislação acerca do processo administrativo é a Lei nº 9.784/99¹²², que somente regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, mas por ser a única previsão legislativa acerca do tema também é utilizada por outros entes federativos. Entretanto, ainda que em licitações realizadas pela União, há divergências acerca da aplicação de suas normas.

As garantias processuais administrativas são diversas, inclusive variam conforme o doutrinador, contudo somente serão abordadas as que são relevantes para os recursos licitatórios. Assim, neste capítulo serão analisadas quais garantias processuais administrativas estão implícitas aos recursos licitatórios, e, dessa forma, devem ser sempre aplicadas nos processos licitatórios.

4.1 REFORMATIO IN PEJUS

O princípio da *non reformatio in pejus* é uma garantia de que a instância julgadora recursal não pode prejudicar a situação do recorrente, quando somente este interpuser recurso de uma decisão. É princípio expresso no direito processual penal, em que a situação do réu não pode ser agravada pela decisão da autoridade superior, no caso o Tribunal, isto é, não pode piorar a situação do particular, nos casos em que somente este tenha recorrido. Também é aplicado do direito civil, embora não tenha normas relativas a esse princípio.¹²³

¹²² BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 29 jan. 1999.

¹²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 963

Já no direito administrativo há discussão acerca da aplicação dessa garantia, ou não. No âmbito dos processos licitatórios, essa garantia é aplicada nos casos de sanções administrativas, previstas nas legislações com suas devidas particularidades a cada caso.

Para fazer essa análise, é preciso diferenciar os critérios de julgamento da autoridade em critérios objetivos e subjetivos, segundo José Carvalho Filho. Assim, caso a autoridade inferior tenha utilizado critérios objetivos para proferir a sua decisão, e tenha sido essa praticada em desacordo com a lei, a autoridade superior tem o dever de reformar a situação aplicando a pena correta. Mas, se a primeira decisão baseou-se em critérios subjetivos, não pode a autoridade superior realizar nova análise subjetiva do caso, então, nessa hipótese aplica-se a *non reformatio in pejus*.¹²⁴

Para Hely Lopes Meirelles, nos casos de recursos hierárquicos próprios, que é um tipo previsto na legislação licitatória, a Administração tem ampla liberdade para alterar a decisão, inclusive podendo agravar a situação do recorrente, isto é, aplicar a *reformatio in pejus*.¹²⁵

Os fundamentos de quem defende a aplicação da *reformatio in pejus*, é de que a Administração tem o dever de rever os seus próprios atos, segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, inclusive atos que considere inadequados, ultrapassados ou ineficazes.¹²⁶ Além disso, a Administração tem, dentre suas finalidades e objetivos, a satisfação do interesse público, a qual deve prevalecer sobre o interesse do particular.

Ainda, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 64, parágrafo único, determina que no caso em que puder ocorrer a *reformatio in pejus* no recurso administrativo, isto é, quando a situação puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deve ser intimado, pois tem o direito de apresentar suas alegações antes da decisão.

Contudo, há entendimento contrário. Regis Oliveira leciona que, quando o recurso à autoridade superior for feito por meio de ato vinculado da Administração, é inadmissível a reforma agravante, quando o recurso for interposto apenas pelo interessado. Defende essa posição por ser o recurso uma garantia do particular, e não pode ser usado em detrimento do administrado.¹²⁷

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 963

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 813

¹²⁶ BRUNING, Raulino Jacó. **Processo Administrativo Constitucional**. Florianópolis: Conceito. 2007. p. 112.

¹²⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 129

Então, analisando essa última corrente no processamento dos recursos licitatórios, tem-se que o recurso deve ser dirigido à autoridade superior, mas por meio da qual praticou o ato, que poderá reexaminar a decisão, e caso não a faça deve fazer o recurso subir. Aqui, há um ato vinculado da autoridade inferior, a qual proferiu o ato que é recorrido, que, caso opte por não acatar o recurso, deve encaminhá-lo ao seu superior. A autoridade superior deve se ater ao julgamento da matéria que lhe foi devolvida.

Ademais, Regis Oliveira trata de uma outra possibilidade, quando algum interessado impugnar a decisão, alegando a inadequação da sanção aplicada à gravidade dos fatos. Nesse caso, então, a autoridade tem mais limite de apreciação, e assim pode aplicar a *reformatio in pejus*.¹²⁸

Posto isso, fazendo a análise do princípio somente nos recursos licitatórios, e considerando que a aplicação da *reformatio in pejus* pode ser utilizada como um meio para coagir indiretamente os particulares a fim de não interpirem recursos em face dos atos praticados pela Administração, pois esses enfrentariam o risco de terem suas situações pioradas, a *non reformatio in pejus* deve ser aplicada nos recursos licitatórios, mesmo em licitações realizadas pela União. Ou seja, em recursos licitatórios em face de decisões sancionatórias não pode a autoridade, ao proferir a sua decisão, agravar a situação do licitante, isso aplica-se aos recursos hierárquicos, tanto no reexame da autoridade que proferiu o ato, como da autoridade superior, e também aos pedidos de reconsideração.

Aliás, por ser a licitação um procedimento competitivo, não pode a Administração, através de qualquer meio, restringir o direito a recurso, pois acabaria por também restringir a competição. Isto é, como já explicitado, nos recursos licitatórios esse princípio é principalmente utilizado em face de decisões sancionatórias, então, se a autoridade puder aplicar a *reformatio in pejus* nas sanções aplicadas ao particular, este, na maioria das vezes, optaria por não interpor o recurso, posto que a dosimetria da sanção é decisão subjetiva da administração. Assim, entende-se que a aplicação da *non reformatio in pejus* no procedimento licitatório também visa alcançar o melhor interesse público. Única exceção é quando tratar-se de questão de nulidade absoluta, que a Administração tem o dever de declará-la, até de ofício.

4.2 PRINCÍPIO DA GRATUIDADE

¹²⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 130-131

Diferente de como ocorre no processo judicial, para a interposição de recursos administrativos é vedada a cobrança de custas processuais ou a exigência de garantia para admissibilidade do recurso.

Trata-se do princípio da gratuidade, mas que deve ser interpretado como ausência de custas, pois, apesar de não ser obrigatório, caso a parte opte pela contratação de um advogado para tal, deverá arcar com os honorários às suas expensas.

Esse princípio é previsto na Lei nº 9.784, que apesar de tratar do processo administrativo da União, serve de apoio para os demais entes federativos. Também, foi expressamente proibida a exigência de depósito prévio para interposição de recursos administrativos por meio da Súmula nº 373 do Superior Tribunal de Justiça, e da Súmula Vinculante nº 21 do Supremo Tribunal Federal “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiros ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”

Assim, ao licitante que tenha interesse em interpor recurso em face de decisões administrativas não pode ser exigido o pagamento de depósito de valores ou o arrolamento de bens como uma condição de admissibilidade. Tanto não pode o edital prever tal situação, como não pode a Administração recusar-se a admitir o recurso somente pela falta de garantia.

4.3 COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

A chamada coisa julgada administrativa, é expressão criada pela doutrina para determinar a imutabilidade de uma certa decisão e a definitividade dos efeitos dela. É uma expressão que é criticada por alguns, pois tomou-se o termo do direito processual.¹²⁹

É preciso ressaltar que a coisa julgada é um princípio próprio da função jurisdicional do Estado, a fim de garantir que o juiz irá aplicar a lei ao caso concreto, porém, a Administração não tem função jurisdicional. Então, diferente das decisões judiciais que possuem caráter de definitividade absoluta, a definitividade da decisão administrativa é somente relativa.¹³⁰

Essa diferenciação dos efeitos entre a coisa julgada judicial e administrativa é necessária, já que no processo administrativo, a Administração Pública é, ao mesmo tempo, parte na relação processual e, também, a parte julgadora. Assim, tem uma função parcial no processo. Então, pelo fato de o Direito não aceitar que alguém seja parte e juiz ao mesmo tempo,

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 471

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 966

é que as decisões da administração não serão definitivas, somente, claro, no próprio âmbito administrativo.¹³¹

Os efeitos da coisa julgada administrativa é a preclusão dos efeitos internos, pois sempre poderá ser reanalisada e reformada por decisão do poder judiciário. Assim, o que ocorre é a irretratabilidade do ato perante a Administração, a impossibilidade de a decisão ser alterada através do processo administrativo.¹³²

Determinado ato pode adquirir a característica de coisa julgada administrativa quando forem exauridos todos os meios de impugnação administrativa, isto é, quando a Administração decidir determinado assunto em sua última instância permitida ao caso. Também, faz-se necessária a aplicação dos demais princípios processuais, como o contraditório e ampla defesa, assim como a Administração deve ter decidido a questão de maneira contenciosa, ou seja, ter aplicado o Direito em uma situação de litígio.¹³³

Outra diferença importante entre o processo judicial e o administrativo, é que no segundo só há possibilidade de coisa julgada formal, não existindo a coisa julgada material, pelo fato de sempre poder ser discutida no Poder Judiciário.¹³⁴

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella, outras possibilidades de uma decisão adquirir os efeitos da coisa julgada administrativa é quando a decisão não puder mais ser revogada por causa de razões de mérito, quando ocorrer a prescrição judicial e quando for proferida decisão judicial transitada em julgado.¹³⁵

Ademais, os efeitos produzidos em consequência da coisa julgada administrativa só têm validade entre as partes, limita-se ao caso e será extinto quando o processo administrativo for encerrado se não alcançando terceiros e seus direitos.¹³⁶

Nas sistemáticas recursais das licitações, há previsão de recorrer somente até a autoridade superior da qual praticou o ato, nos recursos hierárquicos e representação. A exceção encontra-se no pedido de reconsideração, que é interposto a própria autoridade que declarou o licitante inidôneo, não podendo ser encaminhada à autoridade superior deste, pois o recurso já é dirigido a autoridade de mais alta hierarquia possível.

¹³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 809

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 815

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 472

¹³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 809

¹³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 809

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 815-816

Assim, as decisões proferidas em recursos licitatórios adquirirão a condição de coisa julgada administrativa quando a autoridade superior proferir a sua decisão, via de regra. Caso o recurso não seja aceito, o particular só poderá recorrer ao judiciário a fim de obter nova decisão sobre o tema. Além de garantir ao particular, caso o recurso tenha sido provido, que a decisão não poderá ser alterada por causa de razões de mérito.

4.4 PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Este princípio está expressamente previsto na Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, garantindo sua aplicação nos processos judiciais e administrativos, aos litigantes. Ou seja, é preciso haver um processo com interesses de conflitos, que é o caso dos recursos licitatórios, em que litigam o particular e a Administração.

A ampla defesa refere-se, também, conforme leciona José Carvalho Filho, ao fato de o particular poder atuar por si mesmo, elaborando a sua defesa e acompanhando o processo, ou também pode ser representado por advogado munido de procuração.¹³⁷

Ainda, é inerente a esse princípio, inerente ao direito de defesa, a possibilidade de produção de provas, da vista do processo, e todo e qualquer meio que acredite ser necessário para provar o seu direito.¹³⁸

O princípio do contraditório é decorrente da bilateralidade do processo administrativo, isto é, quando uma parte faz uma alegação, é conferida a faculdade a outra parte de realizar a sua resposta. Para que esse instituto seja corretamente aplicado, alguns pressupostos são essenciais, como a intimação efetiva dos interessados, vista aos autos e direito de apresentar as suas alegações. Se algum desses fatores não for corretamente aplicado, o processo será totalmente anulado.

No processo licitatório, esses princípios estão relacionados a todas as sistemáticas recursais, principalmente no que tange à intimação eficiente dos interessados, o que inclui o licitante que será diretamente afetado com determinada decisão, e também os demais interessados que poderão apresentar impugnação ao recurso do outro concorrente. Ademais, como previsto expressamente na legislação licitatória, os prazos recursais só podem ter início quando os interessados tiverem vista franqueada aos autos, pois somente assim que poderão formular corretamente as suas alegações.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 979

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 979

4.5 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE

Esse princípio é de extrema importância ao processo licitatório sancionador, e é lecionado por Maria Sylvia Zanella. No direito administrativo, ao contrário do que deve ser feito no direito penal, “somente existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal”. Mas, não exige a tipicidade, também. Isto é, são raros os casos, já que as sanções administrativas não são precisamente descritas, em que há exato modelo de infração administrativa previsto em lei.¹³⁹

No caso concreto da Lei de Licitações e Contratos, há o exemplo da infração prevista em face da inexecução total ou parcial do contrato, no art. 87. Apesar de o artigo mencionar todas as sanções que poderão ser aplicadas, não prevê em quais hipóteses serão cabíveis.¹⁴⁰

Nessas situações, que no direito penal são chamadas de norma penal em branco, o particular fica sujeito à apreciação da Administração, que irá analisar e proferir a sua decisão com base nas informações e fatos de cada caso específico. Trata-se de ato subjetivo da Administração, que irá apreciar a gravidade do ilícito e quais foram as consequências do ato para o serviço público.¹⁴¹

Apesar de ser um ato subjetivo da Administração, a autoridade competente para aplicar a sanção deverá analisar o caso concreto, e, então, os fatos irão restringir a sua discricionariedade. Assim, não se pode afirmar que a Administração irá somente ter como base “razões de oportunidade e conveniência para decidir qual a penalidade a ser aplicada, ela terá que escolher, diante dos fatos, qual a sanção cabível para a situação, cumprindo a finalidade punitiva da lei”.¹⁴²

Ademais, para proferir corretamente a sua decisão e realizar a dosimetria da sanção, a autoridade deve se basear nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dos meios aos fins. Então, é por meio da motivação do ato expresso pela autoridade julgadora competente que será determinado a correta dosimetria da sanção administrativa.¹⁴³

¹³⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 776

¹⁴⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 776

¹⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 776

¹⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 777

¹⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 777

Ainda, é possível que o edital da licitação faça uma previsão mais precisa acerca da aplicação das sanções, a fim de evitar confusões no momento de realizar a adequação da pena, feita pela autoridade competente do órgão.

4.6 PRINCÍPIO DO INFORMALISMO

O princípio do informalismo aplicado ao processo administrativo refere-se ao fato de que não são necessárias formas rígidas e ritos rigorosos, e não a ausência de formas. O recurso somente deve ser formal no que tange à certeza jurídica, para garantir a credibilidade minimamente necessária ao processo administrativo.¹⁴⁴

Entretanto, em algumas situações a lei específica impõe uma determinada forma ao processo. Essas formalidades não vão de encontro com o princípio do informalismo, apenas servem como uma garantia ao particular de que a sua impugnação será solucionada conforme a lei, e para que não ocorra nenhuma arbitrariedade no julgamento. No caso das licitações há certas previsões nesse sentido, inclusive, no pregão presencial, o interessado em interpor recurso deve manifestar imediatamente a sua intenção, assim como os seus motivos, e deve fazer de maneira oral ao pregoeiro, que irá redigir em ata, ou seja, as previsões de formalidades para os recursos licitatórios são simples.

Com isso, somente quando for necessário proteger os direitos dos particulares, e, também, atender ao interesse público, objetivo de qualquer ato da Administração, é que deve ser exigido algum formalismo. Contudo, a formalidade deve ser mínima, somente o essencial para garantir o direito do particular.¹⁴⁵

Assim, o benefício desse princípio nos recursos licitatórios é a possibilidade de o próprio licitante formular as suas impugnações aos atos administrativos, pois esse não necessita de maiores conhecimentos acerca da forma de recursos, como é exigido no judiciário, assim como é uma faculdade do particular em optar por ter uma representação por advogado, o que gera uma maior economia ao licitante.

4.7 EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA E RECURSO JUDICIAL

Como se viu, em determinado momento o recurso administrativo adquire a qualidade de coisa julgada administrativa e então a questão só poderá ser discutida novamente no Poder

¹⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 1071-1072

¹⁴⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 772

Judiciário. Porém, o interessado não precisa exaurir os recursos administrativos para interpor ação judicial, pode realizá-lo a qualquer momento, via de regra.

Quando o interessado possuir interesse em interpor recurso em face de alguma decisão administrativa tem duas possibilidades, realizar através de recurso administrativo ou ação judicial. Nesse primeiro momento a escolha será inteiramente do particular, a seus critérios. Pode-se iniciar ação judicial sem ter sido interposto recurso administrativo e, em regra, se foi interposto recurso administrativo, mas ainda não sobreveio decisão, também poderá recorrer ao judiciário. Porém, a exceção é quando foi interposto recurso administrativo e esse possui efeito suspensivo.¹⁴⁶

Assim, sabe-se que os recursos administrativos nos procedimentos licitatórios podem ser recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, ou somente devolutivo, a depender do caso. Há recursos que possuem efeito suspensivo por determinação expressa na legislação, ou através da interpretação das normas fica claro que determinados recursos devem ser recebidos sempre com ambos efeitos. Ainda que certos recursos não possuam a previsão legislativa do efeito suspensivo, a autoridade sempre tem a discricionariedade de recebê-lo com efeito suspensivo, se estiverem presentes os pressupostos necessários, que se resumem no interesse da Administração.

Neste sentido, a exceção à possibilidade de interposição de ação judicial se dá nos casos em que o recurso administrativo já foi interposto, não julgado, mas recebido com efeito suspensivo. Nesses casos, é vedado iniciar o processo judicial.¹⁴⁷

Essa diferenciação ocorre, pois, quando o recurso é recebido só com efeito devolutivo, efeito inerente a todos os recursos, a decisão que está sendo atacada continua a produzir os seus efeitos, então o particular já está sofrendo as consequências daquela decisão que pretende reformar. Então, para o Poder Judiciário, em nada irá interferir o fato de já ter interposto o recurso administrativo.¹⁴⁸

Mas, quando o recurso também for recebido com efeito suspensivo, seja por previsão legal ou por decisão da autoridade, os efeitos da decisão recorrida estarão suspensos, ou seja, o ato não gera nenhuma operatividade e não atinge a esfera jurídica do interessado. Por isso, o particular deverá aguardar a decisão administrativa, para, se o recurso não for aceito, os efeitos passarem a ter eficácia e, a partir desse momento, terá interesse processual e poderá interpor

¹⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 755

¹⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 755

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 960

ação judicial. Também, não é possível considerar que tem uma ameaça de lesão, enquanto a decisão está com seus efeitos suspensos não gera nenhum efeito jurídico.¹⁴⁹

Assim, é uma faculdade do interessado escolher como irá impugnar determinada decisão administrativa, somente deverá analisar a situação quanto ao efeito suspensivo do recurso. No caso das licitações públicas, há certos recursos que sempre serão recebidos com o efeito suspensivo, além do devolutivo, por previsão legal, e para todos os demais há a possibilidade da autoridade assim o receber, também. Ainda, apesar de também serem previstos os prazos para a autoridade proferir a sua decisão, sabe-se que não há controle acerca do cumprimento.

Então, posto isso, o interessado deve sopesar os seus interesses ao decidir por qual procedimento recursal que irá recorrer, considerando a gratuidade, celeridade, formalismo, necessidade de advogado, entre outros pontos.

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 960

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto na presente pesquisa, a licitação pública é o procedimento que a Administração Pública realiza para celebrar contratos de fornecimento de bens ou realização de obras. Isto é, é procedimento utilizado sempre e por todas as esferas da Administração Pública direta e indireta. Ainda, a interposição de recursos em face de decisões administrativas durante os procedimentos licitatórios é, além de um direito do licitante, uma faculdade posta à disposição do particular importante para atingir os objetivos da licitação pública.

Entretanto, as legislações que tratam da matéria licitatória são rasas e esparsas sobre como se dá o processamento dos recursos. Além das normas serem esparsas, algumas delas são muito rasas ao tratar sobre a matéria de recursos, tendo que usar a Lei de Licitações e Contratos, a Lei nº 8.666/93, subsidiariamente. Ademais, com o avanço das tecnologias e a utilização das mesmas para o melhor interesse da Administração Pública, a legislação torna-se cada vez mais desatualizada, pois pouco se trata sobre licitações via eletrônica, sendo esses casos regulamentados por decreto, como o Decreto nº 5.450/05 que regulamenta o pregão eletrônico, e a nova modalidade de licitação, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, Lei nº 12.462/11, expressamente prever a utilização do pregão eletrônico como modalidade preferencial de contratações.

Ainda, tanto é sabido que a legislação necessita de melhorias, que em 2017 foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.814/17 que regulamenta e unifica a maioria dos casos e modalidades de licitações. Porém, mesmo com essa inovação legislativa o tema não é tratado com profundidade pelo legislador, que deixa a critério da autoridade que irá julgar o determinado recurso para fazer a aplicação de garantias processuais.

Porém, não é possível que diversas garantias processuais amplamente utilizadas e conhecidas do processo administrativo comum estejam postas a juízo de determinada autoridade que apreciará o recurso. Essas garantias devem ser sempre aplicadas a todos recursos licitatórios.

Por isso, fez-se extremamente necessária uma compilação de todas as garantias individuais que devem ser aplicadas nos recursos licitatórios, para que tanto os interesses da Administração Pública sejam atendidos da melhor maneira, mas também protegendo as garantias de quem se propõe a celebrar contratos administrativos.

Assim, os princípios da gratuidade, da coisa julgada administrativa, da *reformatio in pejus*, da ampla defesa e contraditório, da atipicidade, do informalismo e a exaustão da via administrativa, que são garantias constitucionais e aplicadas ao processo administrativo

comum, também devem ser sempre empregadas nos recursos licitatórios, a fim de garantir o melhor resultado para ambas as partes no processo, o particular por ter a certeza que seus direitos serão resguardados, e a Administração por saber que irá celebrar o contrato com licitante apto e que terá a proposta mais vantajosa.

Então, se a Administração realizar seus processos administrativos da forma mais eficiente, aplicando todas as garantias implícitas e explícitas aos recursos licitatórios, o fará sempre em benefício do interesse público.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Licitação Passo a Passo: Comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Pregão Eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei n. 8.666, de 1 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. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 29 jan. 1999.

_____. Lei n. 10.520, de 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. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 17 jul. 2002.

_____. Decreto n. 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. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 31 mai. 2005.

_____. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 04 ago. 2011.

_____. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 30 jun. 2016.

_____. Senado Federal - Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos. Projeto de Lei n. 6.814, de 03 de fevereiro de 2017. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 03 fev. 2017.

_____. Decreto n. 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, DF. Brasília, 18 jun. 2018.

BRUNING, Raulino Jacó. **Processo Administrativo Constitucional**. Florianópolis: Conceito, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Fase Recursal. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). **Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Pregão**: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização de: José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 575

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2005.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **O Princípio da Competitividade na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 295-308

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2018.