

RECURSOS ADMINISTRATIVOS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por Luciano Elias Reis

Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA; Autor das obras “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (2. Ed. Editora Negócios Públicos, 2015) e “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013); Autor de diversos artigos jurídicos e coautor com artigos publicados também nas seguintes obras “Estado, Direito e Sociedade” (Editora Iglu), “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina”(Editora Fórum), “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed. - Editora Fórum), “Direito Público no MERCOSUL” (Editora Fórum, 2013), Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública” (Editora Negócios Públicos).

1 A RELEVÂNCIA DO RECURSO PARA O CONTROLE ADMINISTRATIVO

Recurso administrativo é todo e qualquer meio hábil para se requerer o reexame de decisão tomada pela Administração, sob o enfoque da legalidade ou do mérito.¹ Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto “são os pedidos formais de reexame de atos, geralmente fundados no princípio hierárquico ou especialmente instituídos por lei.”²

Pode-se asseverar que consistem num meio de provocar o controle da Administração Pública. São eles, em verdade, uma decorrência do Estado de Direito. Segundo Hely Lopes Meirelles “são um corolário do Estado de Direito e uma

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 639.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 568.

prerrogativa de todo administrado ou servidor atingido por qualquer ato da Administração. Inconcebível é a decisão administrativa única e irrecorrível, porque isto contraria a índole democrática de todo julgamento que possa ferir direitos individuais e afronta o princípio constitucional da ampla defesa, que pressupõe mais de um grau de jurisdição. Decisão única e irrecorrível é a consagração do arbítrio, intolerado pelo nosso Direito.”³

Esta concepção é corroborada por Odete Medauar a qual pontua-os como uma alternativa de reação às decisões administrativas de maneira menos formalista e onerosa, pois não há a imperiosidade de patrocínio de um advogado diferentemente do que ocorre nos processos judiciais.⁴

Desta feita, o recurso, a grosso modo, é o meio apto para a utilização da prerrogativa das partes em não se contentarem com a decisão proferida, até porque é importante ressaltar que algumas vezes o órgão julgador acaba se equivocando, logo não seria justo que o administrado suportasse prejuízos.

Além disso, por vezes, a parte recorrente pode estar defendendo uma tese inovadora ou um ponto de vista distinto, utilizando assim o recurso como meio para alterar o que foi decidido pelo órgão julgador ou autoridade julgadora da decisão recorrida.

É de notório interesse público que os interessados interponham recursos administrativos, a fim de a Administração Pública reexaminar os seus atos e com isso diminuir a probabilidade de erros ou cometimento de ilegalidades. Impende destacar que o erro nas decisões administrativas é normal, pois os agentes públicos são seres humanos. Às vezes, os agentes poderão decidir com espreque em alguma interpretação normativa equivocada frente ao posicionamento da sua Corte de Contas ou do Poder Judiciário, o que poderá ser saneado pela decisão de um recurso administrativo. Os erros de interpretação e dificuldades de agir em conformidade com os precedentes da Corte de Contas ou do Poder Judiciário são normais também ante o extenso arcabouço normativo na área de licitações e contratos administrativos.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 640.

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 388-389.

Por isso, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão apreciar os recursos administrativos interpostos contra suas decisões de maneira positiva e saudável, já que permitirá a reanálise do ato contestado em um outro momento, por uma outra autoridade ou sob outro enfoque, gerando a menor probabilidade de algum erro ou ilegalidade.

Com base nestas razões explicitadas, por exemplo, o Tribunal de Contas da União tem sempre repudiado atuações inibidoras de recursos administrativos:

Não deve ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios

(...). O relator, entretanto, apesar de concordar com argumento fático pela objetividade das checagens nas etapas de triagem e pré-análise, entendeu que isto não poderia como obstáculo à transparência dos atos administrativos, e tampouco poderia ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios, “uma vez que essa prática não se conforma com os princípios norteadores do processo administrativo”. Além disso, ainda para o relator, a exclusão sumária de um licitante do certame, sem que se informe a este, imediatamente, as razões para tanto, também afrontaria princípios constitucionais, restringindo o direito de defesa, também de índole constitucional, inafastável aos participantes da licitação. Ao votar, o relator, enfatizando a relevância do PNLD para milhões de crianças matriculadas nas escolas públicas do País, entendeu que a melhor providência, no caso examinado, seria, em lugar de fixar prazo para alteração do edital em curso, expedir determinação às instituições públicas envolvidas que, nos próximos editais, insira a previsão de recurso também nas etapas de triagem e pré-análise, tendo o Plenário manifestado sua concordância.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 58 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 950/2011-Plenário, TC-033.271/2010-0, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 13.04.2011).

“(...). 3. São essas as irregularidades apuradas nos presentes autos: (...)

c) orientação para as licitantes, facultativamente, apresentarem, já no envelope referente aos documentos da fase de habilitação, 'termo de renúncia de prazo recursal', o que poderia induzir os concorrentes a disporem de direito subjetivo em momento inoportuno e inadequado; e (...)

(...)

[ACÓRDÃO] (...)

9.2.3. deixe de orientar seus licitantes, mesmo que facultativamente, a apresentarem 'termo de renúncia de prazo recursal' no envelope referente aos documentos da fase de habilitação, vez que não se pode induzir ou obrigar o licitante a renunciar, em momento inoportuno e inadequado, a direito subjetivo não apenas previsto em lei, mas também necessário à garantia do princípio constitucional do contraditório e à busca da proposta mais vantajosa para a Administração; (...).”

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 225/08 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman)

“(...). 4.45 A limitação ao uso do recurso na licitação encontra-se inscrita no ponto 22.4, reforçado pelo item 22.9, da Concorrência nº 042/02-00: ‘22.4 A licitante que injustificada e infundadamente se insurgir contra a decisão da Comissão de Licitação ou autoridade superior, quer através da interposição de recurso administrativo ou ação judicial, fica desde logo ciente de que caso seja o seu pedido indeferido, será acionada, judicialmente, para reparar os danos causados ao (omissis), em razão de sua ação procrastinatória’.

4.46 O item editalício acima transcrito tem o efeito de inibir o uso do recurso na licitação. Especialmente porque deixa ao alvitre do administrador processar o licitante, pois não

estabelece o que seja um recurso 'injustificado' ou 'infundado'. Isso fere o princípio da ampla defesa, colocado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, além dos seguintes artigos da Lei 8.666/93 (...).

[ACÓRDÃO] (...).

9.2. determinar ao (omissis) que abstenha-se de estabelecer em suas licitações as seguintes exigências ou condições: (...).

9.2.6. imposição de regra restritiva ao manejo do recurso administrativo, em afronta às disposições da Lei nº 8.666/93 contidas em seus arts. 4º, 49, 109 e 113; (...).”

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.140/05 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça)

Nessa senda, o recurso administrativo mostra-se como ferramenta imprescindível para o exercício do controle sobre os atos e decisões praticados pela Administração Pública, o que é deveras saudável para a sociedade que poderá perquirir a legitimação e legalidade dos atos no exercício da função administrativa e ter uma resposta no seio da própria função administrativa, sendo desnecessário recorrer de imediato aos órgãos do Poder Judiciário em sua função precípua, qual seja, a função jurisdicional.

2 FUNDAMENTO NORMATIVO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Os recursos administrativos têm fundamento constitucional. Dois dispositivos constitucionais expressos conferem-se albergue jurídico. O primeiro é o inciso XXXIV, “a”, do art. 5º, o qual prevê o direito de petição aos Poderes Públicos.⁵ O segundo, o inciso LV do artigo 5º ao assegurar a todos, em processos administrativos ou judiciais, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁶

Em relação ao direito de petição, é interessante transcrever os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O direito de petição (right of petition) teve origem na Inglaterra, durante a Idade Média. Ele serve de fundamento a pretensões dirigidas a qualquer dos Poderes do Estado, por pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, na defesa de direitos individuais ou coletivos.

Conforme ensinamento de José Afonso da Silva (1989:382), ‘é importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

⁶ “Art. 5º. *Omissis*. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

com a devida motivação'. Acrescenta que 'a Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via de mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente do direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o artigo 5º, XXXIV, a. Cabe, contudo, processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso conforme disposto na Lei nº 4.898/65'.

Como a Constituição assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas, não mais têm fundamento as normas legais que exigiam a chamada 'garantia de instância' para interposição de recursos administrativos, ou seja, o depósito de quantias em dinheiro como condição para decisão do recurso.⁷

Em sentido análogo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho relata que "o direito de petição é aquele pelo qual qualquer um faz valer junto à autoridade competente a defesa de seus direitos ou do interesse coletivo. Historicamente, o direito de petição teve grande importância antes de ser estruturada a representação popular."⁸

Quanto ao inciso LV do art. 5º, o dispositivo consagra de forma clara o contraditório. Para a tomada de decisão em processos administrativos ser legítima, faz-se necessária a concessão de contraditório de maneira prévia aos interessados juntamente com os meios e recursos a ela inerentes. Em suma, contraditar é permitir a dialeticidade. Já a ampla defesa está diretamente relacionada com a capacidade de o interessado produzir provas e utilizar todos os meios cabíveis para a defesa dos seus interesses, até para que a sua manifestação no contraditório não fique vazia, isto é, é desamparada de comprovação.⁹

Cumprido destacar que a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99) elencou o contraditório e a ampla defesa inclusive como direitos do administrado perante a Administração, consoante prescrição normativa do artigo 3º:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 626-627.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

⁹ "(...). 9.6.4. assegurar o exercício dos direitos à ampla defesa e contraditório previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, em todas as fases dos processos administrativos, observando se os termos do art. 109, inciso I, alínea "b", da Lei nº 8.666/1993, no que diz respeito à abertura de prazo para recursos administrativos, nos casos previstos nessa lei, em especial na desclassificação de propostas; (...)." (Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.760/10 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro)

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

Fora os incisos XXXIV e LV do artigo 5º da Constituição, o recurso administrativo como dito alhures possui respaldo no próprio Estado Democrático de Direito que está assentado no *caput* do artigo 1º da Lei Maior e há que se ressaltar também o seguinte: enquanto meios de se provocar o controle da Administração Pública, os recursos são uma decorrência do próprio princípio da legalidade e de seus consectários lógicos, quais sejam, os princípios da tutela e da autotutela administrativa.¹⁰

No âmbito infraconstitucional, os recursos administrativos estão disciplinados por leis específicas. Não há uma disciplina jurídica única acerca do tema. A Lei federal nº 8.666/93, por exemplo, traz os recursos que podem ser interpostos em face de decisões exaradas em processos licitatórios. A Lei federal nº 9.784/99, por seu turno, também traz certos recursos. Isso dificulta uma sistematização sobre o assunto, principalmente no que se refere às hipóteses específicas de cabimento, processamento e prazos.

Apesar disso, é possível asseverar que as diversas normas jurídicas nacionais trazem, como regra, as mesmas modalidades de recursos. Em regra, as normas simplesmente traduzem os ensinamentos da doutrina sobre o tema. Dessa forma, a doutrina lista as seguintes modalidades de recursos administrativos (embora — é sempre bom lembrar — a feição específica de cada um é disciplinado por lei específica): a) representação; b) reclamação administrativa; c) pedido de reconsideração; d) recurso hierárquico próprio; e) recurso hierárquico impróprio; e, f) revisão.

3 DOS RECURSOS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Os recursos aplicáveis para as modalidades de licitações públicas encontram amparo em leis distintas. Para o melhor entendimento diga-se que,

¹⁰ Sobre o princípio da autotutela administrativa, imperioso recordar das Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

conforme a modalidade de licitação existente, os recursos que poderão incidir são específicos.

Enquanto para a Lei nº 8.666/93 (denominada de Lei Geral de Licitações) há a previsão de algumas espécies de recursos, já na Lei nº 10.520/02 existe somente um recurso aplicável e a Lei n. 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratação) traz disposição similar àquela preconizada na Lei Geral.

Entretanto, algumas disposições são comuns a ambos os procedimentos recursais, conforme se delineará no próximo item.

3.1 DISPOSIÇÕES COMUNS

Tanto para os recursos advindos de licitações sob a modalidade concorrência, tomada de preços, convite, concurso ou leilão quanto para aquelas provenientes de pregão presencial e eletrônico ou regime diferenciado de contratação, a contagem dos prazos processuais se sucede da mesma forma.

Urge, de antemão, comentar que quando a Lei do Pregão for silente a determinados pontos materiais e procedimentais, então se recorre de forma subsidiária à aplicação da Lei Geral de Licitações. Tal ato possui permissão prescrita no art. 9º da Lei nº 10.520/02, *in verbis* “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Atinente à contagem dos prazos vale a regra geral insculpida no art. 110 da Lei nº 8.666/93, o qual prevê:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Segundo se desprende do texto legal, para a contabilização dos prazos referentes aos recursos e para as demais disposições que necessitem a sua utilização nas licitações públicas vige a regra de que se exclui o dia de início e inclui o dia do término do vencimento. Os dias são computados de forma corrida, ou seja, não se diferencia dia útil de dia não útil.

Para tanto, somente se iniciam e se encerram os prazos em dia de expediente no órgão ou na entidade licitadora. Do contrário, aventar-se-ia a

factibilidade de ocorrer o término do prazo num domingo e como os órgãos e entidades da Administração, em geral neste exemplo, não têm expediente, então a necessidade de que o recorrente apresentasse as suas razões em dia anterior caracterizaria supressão do seu direito de recorrer.

Acerca do assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “de acordo com o artigo 110, na contagem dos prazos previstos na Lei nº 8.666/93 excluir-se-á o dia de início e incluir-se-á o do vencimento, considerando-se os dias consecutivos, salvo quando nela mesma houver explícita disposição em contrário. Além disto, os prazos só se iniciam e vencem em dia de expediente na repartição ou órgão.”¹¹

Quando o renomado doutrinador discorre que salvo quando houver explícita disposição em contrário, quer referir-se à disponibilidade de o ato convocatório estabelecer de forma diferente. Contudo, ressalta-se que esta maneira diversa jamais poderá suprimir o direito de recorrer do licitante, como por exemplo, diminuir o prazo para a interposição do recurso.

Enquanto os prazos atribuídos aos particulares são peremptórios, os quais não podem ser alterados para mais ou para menos, os prazos fixados para a Administração são dilatórios, podendo, assim, ser ampliados ou reduzidos.

Dessa feita, o prazo para a interposição dos recursos deverá reger-se com supedâneo no preceito do art. 110 da Lei de Licitações.

Como regra geral, nos termos do § 5º do art. 109, nenhum prazo recursal se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

Caso o licitante solicite vista dos autos e eles não se encontrem disponíveis, o prazo para recorrer não se iniciará ou ficará suspenso, conforme for o caso. Até porque, o direito de recorrer enquadrar-se-ia inofensivo se o licitante ou contratado não tivesse acesso à integralidade dos autos onde proferida a decisão a atacar e, portanto, não pudesse analisar adequadamente os elementos considerados na decisão. A peça recursal baseia-se nos pontos levantados na decisão administrativa e, por isso, o prazo recursal não se inicia ou corre enquanto o interessado não tiver vista franqueada ou acessível dos autos.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão assentando que:

Mandado de Segurança. Administrativo. Exploração do Serviço de Radiodifusão Sonora. Concorrência Pública. Habilitação Desconstituída. Recurso Administrativo Hierárquico. Prazo. Afirmação de Intempestividade. Conhecimento Negado. Lei 8.666/93 (arts. 109, I, 110 e § 5º). Lei 9.648/98. Edital 021/SFO/MC.

1. Nenhum prazo de recurso administrativo inicia-se ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado (art. 109, § 5º, Lei 8.666/93). Se a Administração, por deliberação interna corporis obstaculiza o conhecimento direto do processo, dificultada a ampla defesa, consubstanciado motivo extraordinário, assegura-se a contagem do prazo a partir da franquia. Sem prejuízo da regra geral excluindo o dia do início e incluindo-se o do vencimento (art. 110, Lei ref.).

2. Descogitada a prescrição ou a decadência na via judicial eleita (art. 18, Lei 1533/51) e afastada a preclusão na via administrativa, afirmada a tempestividade, edifica-se o direito líquido e certo do administrado recorrer hierarquicamente à autoridade competente, assegurado o processamento e decisão.

3. Segurança concedida. (Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 6048-DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 05.06.2000)

Neste prumo, importante frisar ainda que é comum os interessados rogarem fotocópia dos autos do processo licitatório para que possam estudar e manejar a sua peça recursal, sendo que doutro lado alguns órgãos e entidades da Administração Pública solicitam alguns dias para disponibilizar as cópias do original. Em um caso destes em que a Administração Pública seja a responsável para entregar a cópia integral dos autos após pedido formal do interessado,¹² não se deve permitir a contagem do prazo enquanto não houver a integral disponibilidade da fotocópia dos autos ao licitante. O assunto já foi debatido no Tribunal de Contas da União o qual exarou a ordem para que se **“(...). 9.5.3. promova a extração de cópias de processos licitatórios no prazo suficiente para que os interessados possam exercer seus direitos constitucionais de petição, da ampla defesa e do contraditório das partes envolvidas; (...).”** (Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.280/08 – Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira).

Outra disposição comum a todos os recursos administrativos é o dever procedimental de oportunizar aos demais licitantes o direito de contrarrazoar as

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.

¹² Recordando que as custas para a reprografia deverão ser arcadas pelo interessado e que os órgãos e entidades da Administração Pública poderão ser responsáveis por tal encargo, não podendo cobrar valores extorsivos para a reprodução, mas tão só o numerário adequado para ressarcir as despesas efetuadas.

razões recursais interpostas por um licitante-recorrente nos casos de recorribilidade de decisões de atos relacionados ao certame.

O direito dos demais interessados impugnarem o recurso interposto também decorre dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse momento, os interessados terão a oportunidade de apresentar suas razões a fim de consolidar ou alterar a situação verificada no momento. Portanto, essa manifestação inclusive auxiliará na tomada da decisão pela Administração.

Observa-se, ainda, que dentre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública nos procedimentos recursais figura-se o da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República), que preceitua a ampla divulgação dos atos administrativos, em prol de uma atuação transparente. Dentre esses atos, está a decisão do julgamento dos recursos.

Como regra, a publicidade dos atos administrativos ocorre através da imprensa oficial. Inclusive, a própria Lei de Licitações define a imprensa oficial como o veículo de divulgação da Administração Pública (art. 6º, inc. XIII). Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sob o enfoque da Lei Geral de Licitações:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. RECURSO ADMINISTRATIVO. INTEMPESTIVIDADE. INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL. DECADÊNCIA RECONHECIDA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Nos termos da Lei 8.666/93 e do edital do certame, o prazo de cinco dias úteis para interpor recurso contra a habilitação ou inabilitação do licitante e o julgamento das propostas tem início a partir da publicação do respectivo ato na imprensa oficial.

2. No caso, a habilitação da litisconsorte passiva foi deferida em 31/3/03, tendo os recursos administrativos interpostos por outras empresas participantes do certame sido improvidos em 13/4/07. Já o ato que tornou públicos os resultados da pontuação das Propostas de Preço pela Outorga e determinou a desclassificação da impetrante foi publicado em 5/11/08. Assim, intempestivos os recursos administrativos interpostos apenas em 17/11/08.

3. Reconhecida a intempestividade dos recursos administrativos apresentados pela impetrante, devem ser considerados como não apresentados, motivo pelo qual o prazo de decadência para impetração de mandado de segurança teve início a partir do último dia do prazo recursal, ou seja, 13/11/08. Desta forma, tendo o mandamus sido impetrado apenas em 24/4/09, forçoso reconhecer a decadência da impetração.

4. Segurança denegada.

(Superior Tribunal de Justiça, MS 14.306/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. em 22.06.2011, DJe 02.08.2011).

Conquanto haja a possibilidade de os interessados serem intimados pessoalmente de uma decisão da Administração nas modalidades da Lei n. 8.666/93

para fins de início de contagem de recurso administrativo nos termos do § 1º do artigo 109, substituindo o efetivo conhecimento e intimação na imprensa oficial pela ciência incontroversa do licitante por outros meios, é imprescindível que em tais circunstâncias haja a devida formalização e comprovação de que o licitante tomou conhecimento. Para tanto, deverá ficar comprovado em documento hábil (por exemplo, ata da sessão com aposição da assinatura do intimado) de que o licitante fora informado da decisão administrativa, a fim de evitar situações frágeis como um suposto telefonema. Para ilustrar o raciocínio esposado, colaciona-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. PUBLICIDADE. ARTIGO 109, I, A, E § 2º DA LEI Nº 8.666/93. A mera declaração de que foi efetuado um telefonema para a impetrante e o envio de fax da decisão da Comissão Permanente de Licitações não servem como prova da intimação prevista na Lei de Licitações (artigo 109, inciso I, a, § 2º da Lei nº 8.666/93), sendo necessário que o licitante tenha ciência de sua inabilitação no certame, de sorte que se impõe a publicação na imprensa oficial, ou, ao menos, a demonstração extreme de dúvidas de que o fato chegou ao conhecimento dele. Apresentar declaração por escrito de que houve contato telefônico ou acostar cópia de comprovante de envio de fax revelam-se insuficientes para comprovar que houve a comunicação efetiva acerca da inabilitação da empresa licitante, restando flagrante a violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, na medida em que não há como se estabelecer o marco inicial à contagem do prazo recursal previsto em lei. Apelo desprovido, e sentença confirmada, em reexame necessário”.
(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação e Reexame Necessário nº 70011554474, Segunda Câmara Cível, Rel. João Armando Bezerra Campos, j. em 31.05.2006).

Destaca-se que no pregão, a Lei já preceituou a intimação de todos os licitantes na própria sessão para que apresentem as suas contrarrazões assim que houver o fim do prazo para o protocolo das razões após a manifestação da intenção recursal.

Outro ponto que merece atenção é o prazo para que a Administração Pública decida o recurso. O Tribunal de Contas da União já se posicionou favorável à inserção nos editais de prazos para que as autoridades façam a análise dos recursos interpostos:

“(…). 9.1.5. com fundamento no art. 109, § 4º, da Lei 8.666/1993, nos casos de interposição de recurso em procedimentos licitatórios, observe o prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso para proferir a decisão, sob pena de responsabilidade, evitando-se situações como a verificada no Pregão Eletrônico 085/2010;
9.2 com fundamento no art. 250, II, do Regimento Interno/TCU, determinar à Prefeitura Municipal de (omissis) que: (...).

9.2.5. faça constar nos editais de licitação previsão de prazo para análise dos recursos eventualmente interpostos pelas licitantes, em consonância com o estipulado no art. 109, § 4º, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência prevalecente neste Tribunal (Acórdãos 167/200, 1201/2006, 2.248/2008, todos do Plenário e 2.615/2008, da Segunda Câmara), de forma a evitar ocorrências como as detectadas nos Editais 15/09 e 72/09, relativos, respectivamente, aos pregões eletrônicos 17/09 e 90/09; (...).”
(Tribunal de Contas da União, Acórdão 536/11 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz)

A título complementar, salienta-se que a interposição dos recursos administrativos, qualquer que seja a sua espécie, consoante Diógenes Gasparini “não se circunscreve à simples protocolização de uma petição, onde se tem a menção da autoridade superior competente para decidi-lo, a identificação do recorrente, o resumo dos fatos, a violação do direito e o pedido de nova decisão. O exercício desse direito observa, dado o aspecto formal do ordenamento jurídico, o atendimento de exigências cuja desatenção pode levar a derrocada do recorrente, sem o exame de mérito do recurso interposto. Essas exigências ora referem-se à pessoa do recorrente, ora ao próprio procedimento.”¹³

Comenta-se, ainda, que as regras operacionais para recebimento e apreciação do recurso devem constar no instrumento convocatório da licitação (art. 40, inc. XV). O edital deverá exteriorizar todas as peculiaridades do recebimento e processamento do recurso (ex.: indicação da autoridade a quem deve ser endereçado, vias de interposição, etc.).

O Tribunal de Contas da União tem decisão no sentido de aceitar o recurso administrativo remetido via fax:¹⁴

“[VOTO] (...)

4. No que se refere à não-aceitação do recurso, cabe destacar a ausência de comprovação documental, por parte da representante, acerca do envio efetivo do fax, porquanto nem mesmo a documentação original relativa a esse expediente foi juntada

¹³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 501.

¹⁴ Para Diógenes Gasparini é possível inclusive a aceitabilidade de recurso por e-mail para as licitações em geral e não somente àquelas processadas pela internet (eletrônicas): “A regra é a protocolização do recurso, dentro do prazo de interposição, no setor de protocolo da entidade prolatora do ato contestado, mas é possível sua remessa por fax desde que respeitado esse prazo e juntado ao respectivo processo recursal o seu original no prazo de cinco dias contados do término do prazo recursal. O fundamento, aplicável por analogia ao processo administrativo, é o art. 374 do CPC, regulamentado pela Lei federal nº 9.800, de 26.05.1999. Essa lei, ao que nos parece, também permite a interposição do recurso via internet, pois seu art. 1º permite a utilização do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita. Deve ser dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato. No caso de ato praticado por comissão de licitação ou de registro cadastral há de ser dirigida a essa autoridade através desses colegiados. Tais considerações nos levam ao procedimento recursal.” (GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 501).

aos autos, mas tão-somente o recibo de envio emitido pelo aparelho de fax (fl. 113), que não traz informações outras que não o horário de envio e o número telefônico do destinatário.

5. Entretanto, a comprovação direta desse fato não se mostra imprescindível ao exame da questão, vez que, em face dos precedentes jurisprudenciais desta Corte de Contas sobre a matéria, não é dado à administração o direito de rejeitar a entrega de recursos administrativos via fax. É o que se depreende da leitura da Decisão 156/2002 – TCU – Plenário, mencionada pela unidade técnica.”

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.616/08 – Segunda Câmara, Rel. Min. André Luís de Carvalho)

Outrossim, Marcos Juruena Vilela Souto discorre a imperiosidade de todo recurso levar a cabo o conhecimento do seu inconformismo à autoridade superior, com as seguintes palavras:

Se não há julgamento pela autoridade superior, inexistente a aplicação da forma prevista em lei, violando-se não só o princípio do procedimento formal como o próprio princípio da legalidade; e mais, inviabilizado restará o exercício do poder hierárquico, que confere ao hierarca, entre outras, as atribuições de comendo, de fiscalização, inspecionando as atividades dos subordinados, de revisão, que lhe permite, dentro dos limites legais, alterar ou suprimir as decisões inferiores de dirimir controvérsias. O autocontrole, exercido no âmbito da própria Administração, é previsto no art. 70, in fine, da Constituição Federal, sendo fundamental para assegurar a legalidade e legitimidade de seus atos, evitando o recurso aos mecanismos de controle externo, tais como medidas judiciais (mandado de segurança e ação popular) ou representação ao Tribunal de Contas.¹⁵

Portanto, existem vários pontos comuns entre os recursos administrativos nas licitações, independentemente da modalidade.

3.2 REQUISITOS RECURSAIS

Para que algum interessado possa recorrer, faz-se imprescindível a presença dos requisitos recursais, os quais expressam-se como: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para recorrer e interesse de agir.¹⁶ Sem a presença de algum destes, não poderá ser aceito e processado.

Mais, se não está presente algum dos requisitos recursais, a Administração Pública receberá as razões como direito de petição, com fulcro no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal. Da mesma forma, deve ocorrer se o recorrente perde o prazo

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 427.

¹⁶ Alguns preferem falar em **pressupostos recursais que seriam constituídos por sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação**.

para a interposição da medida administrativa, então prepondera o dever de a entidade administrativa receber o documento como direito de petição.

Nesta esteira, Renato Geraldo Mendes diz que “se após o decurso do prazo legal para interposição de recurso um licitante vier a impugnar a habilitação de outro concorrente, com fundamento em fato superveniente ou só conhecido após o julgamento, a comissão de licitação não poderá com o argumento desta ser intempestiva em face do rótulo da sua denominação: recurso ignorar o seu teor. A comissão deverá, nesse caso, receber a impugnação (recurso) e processá-lo como direito de petição, nos termos da alínea a, inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição da República.”¹⁷

Atinente à legitimidade para protocolizar as suas razões e vê-las processadas como recurso, tal requisito tem o condão de que se demonstre que mencionada pessoa possui legitimidade para se contrapor à decisão prolatada, ou seja, para externar o seu inconformismo quanto ao ato que decidiu sobre determinado fato.

Já o interesse em recorrer enquadra-se como sendo a possibilidade de o recorrente aguardar, no julgamento do seu recurso, que a decisão proferida anteriormente seja revista no todo ou na parte em que rogou. Para o devido preenchimento desta condição, o recorrente deverá transluzir em suas razões a pragmaticidade (atendimento do binômio utilidade x necessidade) da modificação da decisão administrativa para o seu direito subjetivo.

E o cabimento, ou também chamado de possibilidade jurídica do pedido em um recurso administrativo tem por finalidade, na Lei de Licitações, almejar a invalidação, a reforma total ou parcial do ato administrativo praticado no decorrer do procedimento licitatório.

Nessa direção, Reinaldo Moreira Bruno aduz que:

Nesta verificação de admissibilidade, impõe-se ressaltar serem exigíveis ainda, como pressupostos para o recurso:

- a) haver ato decisório entre os elencados no inciso do art. 109 da Lei de Licitações;
- b) demonstração de interesse processual, ou seja, a demonstração da lesividade a interesse do recorrente;
- c) legitimidade para interposição – apenas os licitantes, excluídos os terceiros interessados a partir do que dispõe o artigo 109, § 3º da Lei nº 8.666/93;

¹⁷ MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 5. ed. Zenite: Curitiba, 2004, p. 201.

d) tempestividade – ou seja, tenha sido interposto no prazo de cinco dias úteis para as modalidades concorrência, tomada de preços, concurso e leilão, nos termos do artigo 109, I da Lei de Licitações e dois dias para convites, conforme artigo 109, § o do mesmo Estatuto.¹⁸

3.3 Recursos previstos na Lei n. 8.666/93

Pela inteligência do artigo 109 da Lei de Licitações, há três tipos de recursos administrativos, quais sejam: (i) recurso hierárquico; (ii) representação e, (iii) reconsideração.

O **recurso hierárquico** é previsto no art. 109, I, da Lei de Licitações, sendo admitido contra decisões especificamente de: a) julgamento de habilitação ou inabilitação; b) julgamento das propostas; c) alteração ou cancelamento de inscrição em registro cadastral; d) rescisão contratual e e) aplicação de penalidades de advertência, suspensão temporária ou multa.

Tem como objetivo principal impugnar os atos administrativos previstos no inc. I do art. 109 por intermédio do pedido de reexame da decisão dirigido à autoridade superior.

O prazo para a interposição do recurso hierárquico é de 5 dias úteis, no caso de Concorrência, Tomada de Preços, Concurso ou Leilão, e 2 dias úteis, no caso de Convite. Reitera-se que a contagem se inicia da data da ciência da decisão pelo contratado (seja no momento da sessão pública ou através de intimação devidamente formalizada).

Para a impugnação do recurso pelos demais interessados (contrarrazões), há o prazo de 5 dias úteis no caso de Concorrência, Tomada de Preços, Concurso ou Leilão, e 2 dias úteis, no caso de Convite, contados da efetiva comunicação.

Já a autoridade *a quo*, a fim de que reconsidere sua decisão ou proceda o subimento do recurso com as devidas informações de praxe, tem 5 dias úteis, contados do término do prazo de impugnação do recurso. Em momento ulterior, a autoridade superior para exarar a decisão final relativa aos recursos interpostos goza de 5 dias úteis, contados da data em que foi recebido o recurso por esta.

¹⁸ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Recursos do processo licitatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 140.

Convém frisar que a Lei de Licitações prevê o efeito suspensivo automático somente para o recurso hierárquico contra o ato de habilitação ou de julgamento e atribui à autoridade competente o poder de concedê-lo nas demais hipóteses, desde que presentes razões de interesse público que assim determinem. Essa conclusão decorre do disposto no § 2º do art. 109.

Esclareça-se que o art. 109, § 2º, num primeiro momento, parece permitir a concessão do efeito suspensivo somente em sede de recurso hierárquico. Entretanto, tendo em vista o escopo do efeito suspensivo, o qual existe para tutelar possíveis lesões que possam decorrer da eficácia do ato recorrido, propugna-se como mais razoável que - independentemente da espécie do recurso administrativo e desde que, no caso concreto, estejam presentes razões de interesse público que justifiquem a concessão do predito efeito - a Administração poderá concedê-lo.¹⁹

O **recurso de representação** é o instrumento cabível contra decisões ou atos não atacáveis pelo recurso hierárquico ou pelo recurso de reconsideração, conforme estatui o art. 109, inc. II. Exemplos de cabimento do recurso ocorrem em circunstâncias de indeferimento de provas ou diligências, providências tomadas quando da fiscalização do contrato (como afastamento de empregados do contratado), etc.

O efeito via de regra é somente devolutivo, entretanto pode ser acolhido com efeito suspensivo se houver justificativa, como explicado anteriormente, reconhecido por um despacho da autoridade competente.

O prazo para interposição é de 5 dias úteis, no caso de Concorrência, Tomada de Preços, Concurso ou Leilão, e 2 dias úteis, no caso de Convite, contados da ciência da decisão de que não caiba recurso hierárquico.

O recurso de representação não se confunde com a medida, de nome igual, elencada no § 1º do art. 113 do Estatuto de Licitações, que faculta a qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica, denunciar ao Tribunal de Contas da União ou outros, conforme o caso, contra irregularidades na aplicação dessa lei, no que respeita ao controle das despesas decorrentes de contratos e demais

¹⁹ Quanto à autoridade para atribuir efeito suspensivo, aquiesce-se com a posição de Ronny Charles: “Na verdade, tanto a autoridade recorrida como a autoridade superior (que julgará o recurso) podem atribuir efeito suspensivo, caso identifiquem justo receio de prejuízo de difícil reparação ou incerta reparação.” (CHARLES, Ronny. **Leis de licitações públicas comentadas**. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2014, p. 761).

instrumentos por ela regulados, como são os convênios. Atente-se que, nesse mesmo sentido e com maior amplitude, o § 2º do art. 74 da Constituição Federal prevê essa faculdade a ser exercitada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato na forma da lei.

Para complementar, comenta-se que a representação mencionada no inc. II do art. 109 da Lei federal nº 8.666/93 é recurso administrativo, enquanto a referida no § 1º do art. 113 dessa mesma lei é mera denúncia, tal qual está consignado no § 2º do art. 74 da Lei Maior. Mediante aquela, deseja-se o reexame do ato administrativo decisório da autoridade recorrida, já esta almeja questionar a legalidade e a moralidade dos atos, decisões e comportamentos denunciados e, por via de consequência, a nulidade da medida irregular, ilegal ou imoral e a punição dos responsáveis, sempre primando pelo interesse público.

O **recurso de reconsideração** é o meio adequado para requerer o reexame do ato administrativo que aplicou a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, dirigido à própria autoridade que o emitiu ou por uma outra autoridade superior competente (art. 109, inc. III cumulado com o art. 87, § 3º).

É deveras questionável a prescrição normativa do § 3º do artigo 87 da Lei Geral de Licitações, tanto que se concorda com a posição de Diógenes Gasparini o qual entende pela inconstitucionalidade da previsão legal de que a declaração de inidoneidade deverá ser emitida impreterivelmente por ato do Secretário Estadual ou Municipal:

No que concerne à indicação do Secretário Estadual ou Municipal, como autoridade competente para conhecer e julgar esse recurso no âmbito do Estado, do Distrito Federal e do Município, a entendemos inconstitucional, pois não cabe à lei federal atribuir competências administrativas aos seus agentes. Se assim não se entender haverá quebra do princípio federativo e afronta à autonomia que a Constituição Federal assegura a essas pessoas políticas. A regra, tal como posta, só obriga a Administração Pública federal direta e indireta e, ainda assim, em termos. O fato desse dispositivo não ter mencionado o Distrito Federal não é óbice à sua aplicação no âmbito da Administração Pública Distrital, segundo sua própria legislação. Portanto, na esfera dessas entidades a competência para decidir sobre esse recurso é da autoridade indicada nas respectivas legislações.²⁰

²⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 501.

Marcos Juruena Villela Souto ainda discorre que o “pedido de reconsideração da decisão que aplicou a penalidade não se confunde com o pedido de reabilitação, que também é promovida pela mesma autoridade sancionadora, porém, somente após 2 (dois) anos de sua aplicação e condicionado ao ressarcimento dos prejuízos causados. O fato de o Estatuto só ter mencionado como fato motivador do pedido de reconsideração a aplicação de pena de declaração de inidoneidade não significa que não caiba tal pedido de outras decisões. Qualquer autoridade pode ser provocada a reconsiderar sua decisão, ainda que (como no processo civil) tal pedido não suspenda a execução do ato ou prazo para interposição do recurso ou a prescrição.”²¹

O prazo de interposição é de dez dias úteis, contados da intimação do ato. Não tem efeito suspensivo, salvo se assim for recebido. Sua interposição é formalizada por petição em que o recorrente expõe os fatos, indica o direito que entende ter sido violado e requer a anulação ou revisão do ato decisório.

3.4 RECURSOS NA LEI DO PREGÃO

A disciplina recursal do pregão, criado pela Lei federal nº 10.520, de 17.06.2002, como modalidade licitatória, é diversa daquela instituída pela Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), conforme disposto anteriormente.

A Lei do Pregão previu apenas o recurso hierárquico contra atos do pregoeiro no art. 4º, inc. XVIII, o qual prescreve que:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(....)

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;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

²¹ SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 431.

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e
XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

O recurso hierárquico assim instituído só pode ser interposto pelo licitante no final da sessão pública do pregão, após, portanto, à declaração do vencedor ou da extinção do processo feita pelo pregoeiro. Nesse momento, sob pena de preclusão, o licitante que assim se manifestar terá interposto o recurso hierárquico contra qualquer dos atos decisórios praticados pelo pregoeiro durante a sessão pública do pregão.

Marcos Juruena Villela Souto diz que o procedimento recursal “é unificado, contra o ato final de julgamento da licitação e deve ser precedido de manifestação pública e motivada do interesse em recorrer. Ainda que as razões sejam entregues até o terceiro dia da decisão, a intenção de recorrer deve ser manifestada. Busca-se o entendimento do ‘princípio da celeridade’.”²²

A manifestação recursal e o resumo de sua motivação devem constar da ata da sessão, sendo que após o licitante-recorrente goza do prazo de três dias para protocolizar as razões do seu recurso hierárquico.²³ A concessão desse prazo para a apresentação das razões prestigia o princípio constitucional da ampla defesa, o qual seria aniquilado, pelo procedimento imediatista criado pela Lei do Pregão, se apenas houvesse a previsão da impetração do recurso amparado em argumentos organizados de improviso e, na praxe, por quem nem sempre tem aptidão técnica (muitas vezes representantes comerciais que não possuem profundo conhecimento acerca das infundáveis interpretações decorrentes da legislação).

A entrega das razões dentro desse prazo é um direito do licitante. Se não exercer tal direito nenhum prejuízo lhe causará a omissão, pois o recurso interposto será, ainda assim, processado e julgado. Esta corrente é defendida por Vera

²² SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p. 429.

²³ Quanto ao prazo de interposição das razões recursais, nota-se que o inc. XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 faz referência ao prazo de 3 dias, enquanto que o inc. XVII do art. 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000 prevê o prazo de 3 dias úteis e o artigo 26 do Decreto Federal nº 5.450/05, três dias. Existe, então, contradição entre a Lei nº 10.520/2002, que prescreve prazo em dias corridos, e o Decreto Federal nº 3.555/2000, que prescreve prazo em dias úteis. Nada obsta que seja concedido e estatuído no edital o prazo de três dias úteis, isto porque amplia os direitos dos administrados, não havendo que se falar em ablação de direitos.

Scarpinella, a qual expõe “assim é que a intenção de recorrer deve ser manifestada ao final da sessão, sendo concedido o prazo de três dias para a juntada de eventuais razões escritas. A falta delas não pode impedir a análise do recurso interposto oralmente.”²⁴ No mesmo sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que neste caso o direito de recorrer não decaiu, isto porque “ao apresentar a motivação na sessão, o recorrente externou o seu inconformismo.”²⁵ Doutro lado, Joel de Menezes Niebuhr advoga que “a ausência das razões escritas importa na decadência do direito de interpor recurso”, uma vez que “o direito de recorrer só é exercido com a apresentação das razões por escrito, momento em que se considera o recurso interposto e a partir do qual existe o dever de a Administração apresentar resposta.”²⁶

Convém recordar que as razões quando apresentadas devem ser compatíveis com as consignadas na ata, sob pena de serem desconsideradas, prevalecendo, no caso, as ofertadas na sessão pública do pregão. Embora desconsideradas para o procedimento e a finalidade recursal, devem ser aceitas e processadas como direito de petição.²⁷

Com as razões recursais podem ser juntados documentos, provas e, quando for o caso, a procuração do advogado do recorrente. Ao término deste prazo, tem início outro, também de três dias, para os demais licitantes apresentarem, se assim quiserem, suas contrarrazões.

²⁴ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159-160.

²⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 694.

²⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite: 2008, p. 346.

²⁷ Acerca do direito de petição, os Tribunais Pátrios têm julgado na seguinte diretriz:

“MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO DE PETIÇÃO – PRONUNCIAMENTO.

O direito de petição tem como corolário o direito ao pronunciamento da autoridade destinatária do pedido. O silêncio em tal pronunciamento constitui omissão ilícita, dando ensejo a Mandado de segurança.” (STJ – Acórdão nº 5.203/DF, DJ 25/05/1998.)

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO. APRECIÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PELA APLICAÇÃO DE ANISTIA – ART. 8º DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISOS XXXIII, XXXIV, ALÍNEA ‘A’ E LV.

1. Direito constitucionalmente assegurado, o de petição deve merecer da autoridade administrativa a quem se dirige o requerimento não só a devida apreciação como, de antemão, a tomada as providências necessárias a tanto. Se a providência requerida - anistia - impõe a constituição de Comissão especialmente designada para tal mister, impõe-se tal designação, sob pena de se esvaziar o direito sobre-dito.” (STJ - Acórdão nº 5.864/DF DJ 22/03/1999.)

Após, caberá ao pregoeiro mediante despacho fundamentado (juízo de retratação ou não), remeter o processo à autoridade competente para a devida decisão. Atenta-se que com esteio na visão de Vera Scarpinella não há a possibilidade do direito de retratação por parte do pregoeiro, já que a Lei do Pregão não disciplinou essa possibilidade.²⁸ Porém, tal aspecto é questionável. De forma diversa, Reinaldo Moreira Bruno alerta que “promovidas as razões e contra-razões do recurso, este será apreciado pelo pregoeiro, eis que o pregão prescinde de julgamento por Comissão, que motivadamente manifestar-se-á mantendo ou revendo sua decisão. Mantendo a decisão, será o mesmo remetido à autoridade superior para a decisão do recurso.”²⁹

Com efeito, ainda que o pregoeiro concorde com as razões recursais em seu juízo de retratação, recomenda-se que o recurso seja enviado à autoridade superior, já que uma possível retratação sem a devolução da matéria à autoridade superior ensejará uma nova decisão passível de recurso, isto é, poderá ocorrer novo recurso administrativo e toda a tramitação legal a partir da decisão proferida no juízo de retratação. Portanto, seria desarrazoado, antieconômico ao erário e ineficiente a possibilidade de processamento de dois recursos sobre um mesmo procedimento no pregão.

Insta apontar que o recurso no pregão tem os efeitos devolutivo e suspensivo, ainda que a Lei seja silente. O devolutivo, por ser da natureza de qualquer recurso, e o suspensivo, porque a adjudicação e a homologação somente ocorrerão após seu julgamento. Em síntese, a interposição de recursos sobresta o processo licitatório, não podendo haver a homologação e adjudicação. Esta é a linha inclusive exteriorizada pelo Tribunal de Contas da União e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

5.5.8 Na prática, a criação pelo Serpro de uma fase anterior ao recebimento dos recursos administrativos no pregão cerceia o direito dos licitantes de os interpirem, previsto no art. 4º, inciso XXVIII, da Lei 10.520/2002, pois cria um obstáculo ilegal, totalmente arbitrário, e que pode levar à inutilidade do recurso. Conforme a redação dos parágrafos 10.1 e 10.5 do Pregão 203/2006, o certame não será paralisado caso o licitante se insurja contra o não recebimento do recurso pelo pregoeiro. Se o recurso for recebido após a adjudicação da licitação, o recurso terá sido inútil.

²⁸ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158.

²⁹ BRUNO, Moreira Reinaldo. **Recursos do processo licitatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 146-147.

5.5.9 Diante da situação acima, fundamentada no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, alvitro que seja determinado ao Serviço Federal de Processamento de Dados ' Serpro, que exclua de seus editais de pregões a existência de um juízo de admissibilidade aos recursos administrativos e cujo processamento não tenha efeito suspensivo, pois tal fase não foi prevista na Lei 10.520/2002, no Decreto 5.450/2005 e nem na Lei 8.666/93, e então estão sendo feridos o princípio da legalidade, inscrito no art. 37, caput, da Constituição Federal, o princípio do juiz natural, descrito no art. 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal e, por analogia, o princípio da taxatividade, de maneira que não se repitam as ocorrências verificadas nos parágrafos 10.1 e 10.5 do Pregão 203/2006. (Tribunal de Contas da União, Acórdão 1168/2009 – Plenário, Rel.Min. Walton Alencar Rodrigues)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. RECURSO ADMINISTRATIVO TEMPESTIVAMENTE INTERPOSTO. REJEIÇÃO SEM POSSIBILITAR A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES, NO PRAZO LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O recurso administrativo interposto pela empresa vencida em procedimento licitatório deve ser analisado pela Administração antes da homologação do resultado do certame, assegurando-se a observância da garantia constitucional do devido processo legal, devida a todos os litigantes, na esfera judicial ou administrativa (Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV).

2. Na espécie em causa, manifestando o interessado a intenção de recorrer da decisão que declara o vencedor, a entidade licitante deverá conceder-lhe prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões de recurso (art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002).

3. Remessa Oficial desprovida. Sentença confirmada. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Reexame Necessário nº 200938000299245, Rel. Juiz Federal Convocado Renato Martins Prates, j. em 18.04.2011)

:

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas breves anotações deste ensaio, constata-se que o recurso administrativo é uma importante ferramenta da sociedade para o controle dos atos e decisões emanadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública em sede de licitações e contratos administrativos. No entanto, não se pode compreender como favorável e de interesse tão somente dos licitantes, contratados e cidadãos, visto que é de interesse da Administração Pública o manejo dos recursos administrativos para que se possa evitar a ocorrência de erros ou ilegalidades.

Os agentes públicos são seres humanos, logo passíveis de erros. Da mesma maneira, poderão decidir com base em uma interpretação normativa equivocada frente ao posicionamento da sua Corte de Contas ou do Poder Judiciário, o que ensejará a necessidade de revisão e correção do seu ato decisório. Salienta-se que é normal o equívoco de interpretação normativa, já que os agentes públicos estão sujeitos a um emaranhado infundável de normas jurídicas em licitações e contratos administrativos, as quais parecem multiplicar-se como uma progressão geométrica no tempo.

Por conseguinte, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão conceber os recursos administrativos interpostos contra decisões de maneira positiva e saudável, já que permitirá a reanálise do ato contestado em um outro momento, seja por uma outra autoridade e/ou seja sob outro enfoque, gerando a menor probabilidade de algum erro ou ilegalidade.

Diante deste cenário relatado, é de bom alvitre o constante estudo sobre os recursos administrativos, mormente de acordo com os precedentes administrativos dos Tribunais de Contas e os precedentes judiciais dos Tribunais Pátrios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNO, Moreira Reinaldo. **Recursos do processo licitatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CHARLES, Ronny. **Leis de licitações públicas comentadas**. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 5. ed. Zenite: Curitiba, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite: 2008.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.