

Recurso no pregão*

Jair Eduardo Santana

Palavras- chave: Recurso no pregão. Mecânica recursal. Regime jurídico do pregão. Lei de regência

Sumário: Recurso no pregão - Conceito e generalidades - Recurso nos pregões presencial e eletrônico - Recurso no pregão eletrônico - Recurso no pregão presencial - Pressupostos recursais: pressupostos lógico, fundamental, objetivos e subjetivos - Admissibilidade e mérito do recurso - Atores no processamento do recurso e seus scripts - Dinâmica recursal: momento da interposição do recurso; conteúdo do recurso; formalidades do meio eletrônico. A "intenção de recorrer"; razões e contra-razões recursais; decisão do pregoeiro; autoridade superior (autoridade competente) - Momento da interposição do recurso - Conteúdo do recurso - A "intenção de recorrer" - Razões e contra-razões recursais - Decisão do pregoeiro - Autoridade superior (autoridade competente) - Efeito devolutivo ou suspensivo? - Jurisprudência - É incabível recurso administrativo de decisão da autoridade superior - É possível interpor recurso administrativo de ato de retratação do pregoeiro - Conseqüências do não oferecimento de razões escritas

Recurso no pregão

Recurso no pregão (eletrônico ou presencial) é *um só*. Inexistem *recursos* num mesmo procedimento, ressalvada uma solitária hipótese que comentaremos em tempo oportuno. Não cuidaremos neste ato das *impugnações*, tampouco dos *esclarecimentos* ou de outras formas de manifestar irresignação para com as condutas tomadas pela Administração Pública num determinado procedimento licitatório já que tais assuntos são objeto de detalhamento específico nesta mesma obra. Importante verificar que *recurso* não se confunde com aqueles institutos (*impugnação* o u *esclarecimentos* ao instrumento convocatório). Coisa diversa também é a *representação* feita a órgão de controle externo para deflagrar procedimentos de fiscalização.

O *recurso no pregão* (seja *eletrônico* e *presencial*) tem mesmo essa característica primordial já destacada inicialmente: *só há um recurso*, entendido como tal aquele *pedido de reexame* de alguma decisão havida no curso do procedimento respectivo. E ele é *posto* ao final, antes da adjudicação.

E qual seria a razão disso?

A mecânica recursal é uma das marcas tipificadoras do pregão (insistimos: trate-se de pregão eletrônico ou de pregão presencial). Isso deriva tanto da *inversão de fases* (julgamento da proposta comercial e julgamento da habilitação, diversamente do *modelo tradicional*) quanto da *celeridade* legalmente impressa ao procedimento.

Cumpre esclarecer previamente também que o recurso não se imposta (interpõe) apenas e tão-somente em face da decisão relativa ao *julgamento das propostas*. Todos os atos decisórios 1 levados a efeito pelo pregoeiro comportam dito recurso. Assim, por exemplo, alguma decisão que impeça a participação de um licitante por ocasião do *credenciamento* (pregão presencial).

A esta altura importa tão-somente rever - para efeito *geográfico* - onde se situa o recurso.

Lembremos rapidamente que a *etapa interna* (ou *etapa preparatória*) é deflagrada a partir da (a) *requisição, ordem de serviço, pedido de compra, comunicação interna ou ato inicial que o valha*. Segue-se (b) a *definição do objeto*, (c) a *estimativa do valor da contratação*, (d) a *captação da disponibilidade orçamentária respectiva*, (e) o *ato da autoridade competente para correlata autorização* e (f) a *elaboração e a aprovação do instrumento convocatório*. O rito não se desenvolve necessariamente em tal ordem e tampouco é tão abreviado assim. Mas todo o ocorrido na *etapa inicial* guarda relação de estreitamento com o termo de referência, por força de disposição legal. Já na *etapa externa* (ou *etapa pública* propriamente dita), com os *avisos publicados*, (g) *os licitantes formulam suas propostas* em sessão pública (após o *credenciamento* ou enviando-as por *meio eletrônico*, conforme o caso). São elas (h) *classificadas* pelo pregoeiro para, então, (i) *admiti-las em disputa através de lances*. Finalizada a disputa, segue-se a (j) *habilitação* e, (l) *declarado o vencedor*, surge enfim a possibilidade de (m) *interposição de recurso*.

Aqui, portanto, o ponto de nossa análise no presente instante. Insistimos em que o *fluxo* aqui esboçado o foi de modo extremamente resumido e tem o objetivo único de realizar a *abordagem geográfica* proposta.

Conceito e generalidades

O vocábulo *recurso* - apontam os dicionários - provém da palavra latina *recursus*, indicativa da *possibilidade de voltar* ou do *caminho para voltar*. Ao se estabelecer a *arqueologia da palavra*,² resgata-se que o verbo *recorrer* (igualmente proveniente do latim: *recurro*) indica apropriadamente e ainda na atualidade *correr para trás* ou *retroceder*.

Recurso é termo que remete para a idéia de um *novo curso*, pressupondo a existência de um *outro curso* em desenvolvimento. No foco que nos importa, é exatamente assim que o instituto se corporifica no interior do *procedimento* de um pregão. Ou seja, durante a *marcha natural* dos acontecimentos (*etapas, passos* ou *curso*) do pregão, surge a possibilidade de *redirecionamento* ou de um *novo curso*, uma vez presentes os pressupostos exigidos pelas normas de regência.

O recurso de que tratamos pressupõe o *inconformismo* e o desejo de uma *nova decisão* ou *deliberação*, de onde se extrai a noção segundo a qual a expressão também é utilizada numa acepção mais larga, abrangendo o sentido de *defesa, proteção* ou *auxílio*.

E daí também deflui a idéia de que a *segunda decisão* ou *reexame* não será levada a cabo pelo mesmo agente que decidiu em primeiro lugar. Fala-se, em casos tais, de *recurso hierárquico*.

Mas não se pode deixar de lembrar que na sistemática dos recursos administrativos (teoria geral) não é incomum encontrar recursos decididos *sem o reexame hierárquico*. Quer dizer, recursos há onde a segunda decisão é proferida pela própria autoridade ou agente que decidiu em primeiro lugar. Tal característica está a depender de previsão normativa, por evidência.

E por que há recurso? A Administração não deve, ela própria, rever *de ofício* os seus atos?

O *autocontrole* dos atos administrativos (que pode importar na *revisão de ofício*) permite mesmo que a Administração reveja suas ações. Tal possibilidade - traduzida sob a forma de *dever* e não de *faculdade* - decorre de um raciocínio primário e muito lógico. É que a Administração se desenvolve *debaixo* de princípios e de normas,³ e o dinamismo do dia-a-dia por certo há de se pautar *sob* tais

parâmetros.

E cremos, de outro lado, que até mesmo as Súmulas⁴ n^{os} 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal têm hoje nova leitura não se limitando à verificação da *legalidade estrita*.

A par, portanto, do *dever de reexame* a ser deflagrado *de ofício* nos casos de *vício* do ato administrativo, está prestigiada no sistema brasileiro a possibilidade de haver o *recurso voluntário* que é, exatamente, aquele de que aqui nos ocupamos.

Em suma, não obstante possa a Administração Pública *reexaminar* o ato administrativo, ao particular é dada a oportunidade de deflagrar *novo curso* para que a matéria seja novamente apreciada, materializando-se em *nova decisão*.

Aí talvez resida um dos próprios fundamentos dessa possibilidade recursal: permitir que a Administração reconheça eventual *falibilidade humana* na aplicação de uma dada norma (*decisão*).

Recurso nos pregões presencial e eletrônico

Temos insistido na vital importância de não se confundir o *regime jurídico do pregão* com o *regime jurídico das demais modalidades de licitação*. Cada uma dessas realidades possui uma *moldura normativa* específica que lhes dá *amparo e fundamento*.

Importante ressaltar por isso e desde logo que há um *regime jurídico* específico para o pregão presencial e outro *regime jurídico* (diverso daquele) para conformar o instituto do pregão eletrônico. São tais regimes *inconfundíveis*.

Tal circunstância ganha relevo, na etapa recursal, exatamente porque a *lei de regência* (nominamos dita lei de *norma primária*), Lei n^o 10.520/02, limita-se a estabelecer a *base* do recurso definindo os seus pressupostos elementares. Mas não se imuniza da existência de eventual regulamento, nesse particular.

Ou seja, tanto o *leitor* quanto o *intérprete* do *fato* (recurso) deverá *isolar* ao redor daquele *evento* (acontecimento procedimental) as normas que incidem na espécie, começando pela mencionada *lei*. Não abdicará ele, por certo, do regulamento respectivo.

Por isso se pode frisar também que o *recurso* no pregão não tem suporte na sistemática convencional, nos termos previstos na lei geral de licitações (Lei n^o 8.666/93). Ou seja, o instituto possui moldura específica, que é exatamente aquela que venha a ser desenhada a partir da citada Lei n^o 10.520/02.

Recurso no pregão eletrônico

Para melhor visualização do regime jurídico recursal, no tocante ao *pregão eletrônico*, destaque-se, em primeiro lugar, que a existência de tal espécie está umbilicalmente atrelada ao disposto no §1^o do artigo 2^o da Lei n^o 10.520/02, onde se diz:

§1^o Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

A regulação falada no texto transcrito foi feita inicialmente pelo Decreto nº 3.697/00, substituído posteriormente pelo Decreto nº 5.450/05.

Relativamente ao recurso, a Lei nº 10.520/02 é genérica ao estabelecer:

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;

O Decreto nº 5.450/05 tem dispositivo com redação *semelhante* (não idêntica e esse detalhe é importantíssimo para o pregão eletrônico). Vamos conferir:

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

Aos olhos de qualquer leitor logo aparecerá a indagação: o decreto poderia ter substituído a *vista imediata dos autos* (conforme prevê a lei citada) por *vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos interesses do licitante recorrente*? Há diferença essencial entre *vista dos autos* e *vista dos elementos indispensáveis à defesa de interesses*? A regra do decreto viola a lei? O quê, enfim, está em jogo na oportunidade? Noutras palavras: o decreto do pregão eletrônico, ao cuidar de aspecto recursal, tratou a matéria diferentemente da lei. Como resolver o impasse?

As indagações são apropriadas e foram propositalmente colocadas para se ter uma idéia da importância do *regime jurídico* ao qual se submete o pregão eletrônico respectivo.

Renova-se a afirmação de que há uma *normação específica* para o pregão eletrônico, inconfundível com o regramento do pregão presencial, que, por sua vez, sugere abandono (embora não absoluto) à sistemática da Lei Geral de Licitações _ LGL, a Lei nº 8.666/93, aplicável nas espécies mencionadas *apenas subsidiariamente*.

De qualquer modo, importantíssimo registrar a esta altura que o regime jurídico do pregão eletrônico e sua sistemática recursal deverão encontrar ressonância fiel na *plataforma* ou no *sistema* onde se realizará o evento licitatório.

Quer-se dizer da necessidade de uma correlação entre as normas de regência (que estarão fazendo reflexo no instrumento convocatório, inclusive) e o sistema que gerenciará todo o procedimento e a disputa. Eventual descompasso entre tais regras e o sistema é de todo pernicioso.

Numa abordagem mais pragmática para as observações feitas, imagine um Estado ou um Município

com regras próprias e diversas daquelas que parametrizaram a elaboração da *plataforma* ou do *sistema gerenciador* do procedimento. No dinamismo dos fatos ocorrerão inconsistências entre o que se passa virtualmente e a base legal (onde se assenta o instrumento convocatório).

A esta altura das explicações, parece ser necessário retomar os questionamentos postos anteriormente para - de posse das premissas estabelecidas - respondê-las a contento. Para simples comodidade de leitura, renovamos:

O Decreto nº 5.450/05 poderia ter substituído a *vista imediata dos autos* (conforme prevê a lei citada) por *vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos interesses do licitante recorrente*? Há diferença essencial entre *vista dos autos* e *vista dos elementos indispensáveis à defesa de interesses*? A regra do decreto viola a lei? O quê, enfim, está em jogo na oportunidade? Noutras palavras: o decreto do pregão eletrônico, ao cuidar de aspecto recursal, tratou a matéria diferentemente da lei. Como resolver o impasse?

O problema todo reside não numa questão de menor importância (a simples falta de coincidência entre os dizeres do decreto e o teor da lei), mas na efetivação de valores existentes no interior do *procedimento* enquanto modalidade de licitação.

Principalmente o pregão eletrônico (e assim o afirmamos porque a idéia é quase que igualmente válida para o pregão presencial), onde *o meio eletrônico abomina a forma como fim em si*,⁵ imaginamos que andou muito bem a regulação federal em tão-somente primar pela otimização dos passos recursais, obrigando a Administração Pública a *dar vista dos elementos essenciais e indispensáveis* ao interessado em lugar de *vista dos autos* por completo.

A essência da questão reside, em nosso sentir, na exata compreensão de alguns *vetores constitucionais garantidores de direitos* incidentes sobre a matéria.

Enxergamos aí, ao reverso do que se pode pensar, não uma maneira de obstaculizar recursos. Mas uma forma de franquear eletronicamente acesso a documentos de modo diverso do acesso presencial ou tradicional, no balcão da repartição pública.

Tornaremos a esse ponto em momento oportuno para cuidar do processamento do recurso, esclarecendo que o debate foi aqui posto com o fito de elucidar não somente a importância, mas especialmente eventuais conseqüências do equivocado entendimento das *normas de incidência na regulação do pregão eletrônico*.

Recurso no pregão presencial

No que toca ao *recurso no pregão presencial*, é conveniente que se estabeleça a mesma linha de raciocínio desenvolvida em relação ao pregão eletrônico, apartando-se num primeiro instante as normas que incidem sobre instituto, dando-lhe roupagem e existência jurídicas.

A mesma *fonte primária de regência*, a Lei nº 10.520/02, deve ser posta no raciocínio para juntar-se às demais regras existentes em eventuais regulamentos.

Em razão da sua abrangência, limitamo-nos a analisar o *Decreto Federal nº 3.555/00*, sem, contudo, abandonar as possibilidades que outras *esferas do Poder* detêm para regular o tema.

Naquele decreto está escrito:

Art. 11. (...)

XVII _ a manifestação da intenção de interpor recurso será feita ao final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis;

Em seguida, escreveu-se naquele mesmo artigo:

XVIII - o recurso contra a decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo.

O que sobressai desde logo é que o decreto do pregão presencial, ao tratar do recurso, não andou bem por dois básicos motivos.

O primeiro deles se refere ao *erro* cometido no tocante ao *efeito do recurso*.

É evidente que o recurso possui efeito suspensivo, ao contrário do que afirma o decreto. Se impostado o recurso, deflagra-se, a partir de sua admissibilidade, o seu respectivo trâmite, culminando com o julgamento pela autoridade competente, é óbvio que o *feito está paralisado* no tocante à questão objeto do recurso.

Suponha-se um recurso de A contra sua inabilitação e habilitação de B. Provido o recurso, a adjudicação será feita ao recorrente, e não a B. Ou seja, não tem o menor sentido lógico prosseguir-se com os demais atos do procedimento enquanto pendente tal recurso hierárquico.

A segunda questão que se infere da leitura dos dispositivos transcritos revelam que o decreto não cumpriu a sua função, que é *dar fiel execução à lei*. Não somente porque *falou menos que ela*; mas sobretudo porque perdeu a oportunidade para tratar com profundidade tema de tão relevante importância prática.

Pressupostos recursais: pressupostos lógico, fundamental, objetivos e subjetivos

Para que se possa falar em *recurso* no pregão, é *pressuposto a existência de uma decisão* tomada pelo pregoeiro. Ou seja, para que o licitante possa impostar o recurso previsto na lei, presume-se, por dedução lógica, que haja uma decisão a ser guerreada. Esse é o que se chama de *pressuposto lógico*.

Ao lado desse pressuposto lógico, infere-se também que exista não o inconformismo puro, mas algo que se atrela a *eventual prejuízo* ou *perda* no sentido amplo da expressão.

Explicamo-nos. Se o licitante participa de pregão composto por vários *lotes*, sendo declarado vencedor (após habilitado em todos os lotes), poderá haver *perda* acaso tenha sido inabilitado - no momento próprio - em apenas um lote. Aparentemente, se habilitado foi para os lotes X e Y, igualmente deveria sê-lo para o lote Z, presente, no caso hipotético, o *pressuposto fundamental* do recurso.

Se a habilitação e a declaração de vencedor tivessem sido postas para *todos os lotes*, *ausente* estaria dito pressuposto fundamental e, no caso, não poderia aquele licitante recorrer. Recorrer de sua vitória? A lei não contempla a falta de senso.

Ao lado dos pressupostos *lógico* e *fundamental*, podemos para fins metodológicos alinhar outros de diversas espécies.

Referimo-nos aos *pressupostos objetivos* e aos *pressupostos subjetivos*.

Os *pressupostos objetivos* condensam, segundo pensamos:

- a) a existência de norma prevendo o recurso;
- b) a tempestividade (aspecto temporal); e
- c) o cumprimento de determinadas *formalidades* previstas nas *normas de regência*.

Como pode ser visto, os requisitos enumerados são *suposições antecipadas* ao conhecimento e à análise do recurso. Ausentes, o recurso não poderá sequer ser *conhecido* e, por dedução lógica, muito menos *provido*.

A norma que autoriza o recurso no pregão eletrônico está primariamente localizada no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02. O dispositivo encontra respaldo no artigo 26 do Decreto nº 5.450/05, que por sua vez tem fundamento no artigo 2º, §1º da lei mencionada.

No tocante ao pregão presencial, além da regra escrita no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02, há suporte no Decreto nº 3.555/00 (art. 11, inciso XVII).

O aspecto *temporal* (tempestividade) é igualmente suposição feita previamente à análise do *mérito* do recurso. Segundo a norma que o prevê, quem pretender fazer uso do instrumento recursal deverá fazê-lo *de imediato*. Ou seja, não há *mediação de espaço*. A faculdade recursal posta na lei é para exercício contíguo a uma dada etapa que acabara de suceder.

A clareza da lei, no particular, é simplesmente *solar*. Vale conferir a redação respectiva do artigo 4º, inciso XVIII da Lei nº 10.520/02:

declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar *imediate* e motivadamente a intenção de recorrer...

O instante *declarado o vencedor* é seguido pela *imediate manifestação*. Esse é o prazo para a apresentação do recurso. Não há outro previsto na lei do pregão.

Se a faculdade não é utilizada, não há mais possibilidade de *retomar aquela etapa do curso procedimental*, pois certamente o expediente já estará apontando para outra fase, a da *adjudicação*.

O terceiro *pressuposto objetivo*, segundo classificação que adotamos, é relativo às *formalidades*. E de onde saem tais exigências? Obviamente da *lei de regência*. Pode-se falar, no caso específico, da *formalização dos motivos*. Ou seja, é *formalidade inafastável* a apresentação dos *motivos* que dão corpo ao recurso. Tais motivos não se confundem com as *razões recursais*, apresentáveis facultativamente no tríduo legal⁶ seguinte ao prazo do recurso. O *motivo* ou a *motivação* aludida na lei somente pode ser aquela que se revista de *conteúdo jurídico*.

O *simples descontentamento* não gera *motivo legal*. É comum - e compreensível, aliás - que o licitante vencido na disputa se mostre irresignado com a oferta de seu concorrente. Mas isso, por si só, não é bastante para se constituir no falado *motivo jurídico*. Por isso é que o *recurso meramente protelatório* ou *procrastinatório* deve ser, de pronto, rechaçado pela Administração Pública. O mesmo destino terá o *recurso fundado no simples descontentamento*.

Não é incomum que a *irresignação simples* manifestada pelo licitante encontre resposta nos próprios autos do procedimento. Pensamos até que o recurso em casos tais *não somente não pode como também não deve* ser admitido ao fundamento único da *ampla defesa*. Tal aspecto há de ser muito bem conhecido de todos aqueles que militam no setor em referência, porque a circunstância tem reflexo direto no *juízo de admissibilidade recursal*.

A *motivação* ainda está impactada por um determinado ritual, em se tratando de *pregão eletrônico*: deve ser feita no próprio sistema, pelo que não se admitirá outro *local* para que a manifestação se materialize. Se, por algum motivo, o licitante não faz uso do *local apropriado* (valendo-se de outra via eletrônica, por exemplo, como seria o caso do envio de uma *mensagem eletrônica - e-mail* - ou ainda se utiliza de um *fac-símile*), não cumpriu a *formalidade* e, não tendo observado um dos pressupostos objetivos recursais, a sua *irresignação* não poderá sequer ser conhecida.

Acaso estejamos tratando de *pregão presencial*, a *motivação* deve constar - em sua essência - na respectiva *ata*.

A outro grupo de pressupostos recursais pertencem os chamados *pressupostos subjetivos*. Estão, como o próprio nome indica, ligados em menor ou maior escala ao licitante. São eles:

- a) a *legitimidade para o recurso*; e
- b) o *interesse*.

A *legitimidade* tem a ver com a *pertinência subjetiva* para o recurso. A lei conferiu a faculdade recursal ao *licitante*. Não o fez em relação ao Ministério Público e nem tampouco a *qualquer um do povo*. Membro do *controle interno* ou de Corte de Contas, servidores em geral, enfim, a ninguém que não o licitante foi conferido o *poder de deflagrar o recurso*. Se *qualquer do povo* pretende a revisão de um *ato praticado* no procedimento, assiste-lhe o *direito de representação*, mas não lhe confere a lei o *direito ao recurso*. É a sistemática constitucional.

Não que seja impossível o *controle dos atos administrativos* por outras vias. Mas no fluxo do procedimento em estudo, a *revisibilidade* do ato administrativo somente se dá por deflagração do licitante. *É ele o legitimado pela lei para o recurso. E mais ninguém*.

Uma outra particularidade do *pregão eletrônico*: além de outros pressupostos de ordem objetiva (como vimos, em especial a exigência *temporal* e *formal*), somente aquele que estiver credenciado⁷ é que poderá com a sua chave de acesso e senha materializar o início da fase recursal.

Outro *pressuposto subjetivo* é aquilo que chamamos de *interesse*. E *interesse* tem uma *categorização legal*, com certo conteúdo. Não se trata do mero *prejuízo eventual* ou *potencial* experimentado pelo licitante.

O *interesse* liga-se à *necessidade de uma nova decisão* (ou *redecisão*) que venha a colocar o recorrente em situação mais proveitosa. Isso é o que caracteriza e valida juridicamente o recurso.

Notamos que a essência desse pressuposto se atrela, de certo modo, ao *pressuposto fundamental* antes visto.

Admissibilidade e mérito do recurso

É importante fazer a distinção entre *admissibilidade* e *mérito do recurso*.

Aviado (apresentado ou impostado) o recurso, a primeira tarefa a se realizar passa necessariamente pela verificação da presença dos *pressupostos recursais*. Com efeito, somente poderá ser *conhecido* o recurso se interposto *no tempo* e *modo* analisados em item anterior. Igualmente, somente poderá recorrer aquele que detém *legitimidade a tanto*.

Enfim, a *admissibilidade recursal* é algo que sugere verificação prévia ou preliminar acerca da presença dos *pressupostos* estudados até então.

Se presentes tais pressupostos, o recurso pode ser *conhecido*. Quando se fala de *conhecimento* ou *não conhecimento* recursal, está-se referindo à análise prévia dos pressupostos respectivos. O *conhecimento* pode ser chamado de *juízo positivo de admissibilidade*, e o *não conhecimento* do recurso deverá ser nominado de *juízo negativo de admissibilidade recursal*.

Diferentemente, é o que se passa em fase posterior.

Se *conhecido o recurso*, poderá ele ser provido ou não. Dependerá o *provimento* do conteúdo (matéria de *direito* ou *matéria de fato*) envolvido na decisão.

O *provimento* é, em tal sentido, um verdadeiro *pronunciamento da autoridade competente* acerca do *conteúdo material* do recurso. Poderá haver acatamento dos *motivos* e das *razões* alinhadas pelo licitante recorrente.

Quem avalia a *admissibilidade recursal*?

O recurso é interposto contra uma decisão do pregoeiro e perante ele próprio (em ata ou no sistema, dependendo do caso). Logo, o *juízo de admissibilidade* é feito num primeiro momento pelo próprio pregoeiro, que poderá, querendo e se possível, valer-se de auxílio técnico para formatar a sua decisão. Seria recomendável, dependendo das circunstâncias, que ele pudesse ser auxiliado até mesmo pela assessoria jurídica.

Quando da atuação pela autoridade superior no procedimento, não está ela *desobrigada de avaliar* e exercer *novo juízo de verificação dos pressupostos recursais*. Aliás, chega mesmo a ser natural que, antes do enfrentamento do *mérito do recurso*, sejam analisadas as *questões circunstanciais*.

Atores no processamento do recurso e seus scripts

Temos utilizado a expressão *atores* para designar todos aqueles que detêm um determinado *papel* a desempenhar no fluxo do pregão. E esse *papel* é o respectivo *script*.

A metáfora ganha consistência na medida em que o *credenciamento* é feito, no pregão eletrônico,

em diversos *níveis de acesso ao sistema*, de maneira a impedir que o *pregoeiro* exerça função de autoridade superior e vice-versa.

É dizer: a *parametrização* dos diversos sistemas existentes leva em conta a necessidade de dar a cada *ator* o seu *respectivo script*.

Para detalhar um pouco mais o que ora afirmamos, não será demais lembrar que as atribuições desses atores não se confundem, ao menos normativamente.

O *pregoeiro*, é sabido, *julga*. Julga não somente a proposta comercial, mas também a habilitação. Mas seu *script* não se resume a isso e tampouco o recurso se limita a atacar eventualmente tais decisões. Antes mesmo de permitir que a proposta vá se transformar materialmente em lance, é ele, o *pregoeiro*, quem a classifica. Logo, a par da importância de sua destacada função, pode incidir recurso sobre decisão do *pregoeiro* tomada na etapa procedimental em comento.

De tal modo, logo se vê o distanciamento entre a sistemática recursal da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e as regras recursais específicas do *pregão*.

Os autores que tratam da matéria (recurso no *pregão*) normalmente silenciam sobre tão relevante questão, esquecendo-se de que nesta modalidade há uma etapa antecedente à disputa propriamente dita. E essa etapa é exatamente a chamada *classificação* o u *verificação de conformidade*, fase na qual o *pregoeiro* avalia a proposta em seus aspectos *material* e *formal*. É o que determinam as normas vigentes (art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 10.520/02, e art. 22, §§2º e 3º, do Decreto nº 5.450/05. Tal *classificação* igualmente é feita no *pregão* presencial, nos termos do Decreto nº 3.555/00).

Reiteramos que somente após a *verificação de conformidade* é que a proposta será admitida na disputa, com ou sem o oferecimento de lances.

Essa decisão do *pregoeiro* em *classificar* ou *desclassificar* proposta também sugere a apreciação, nesse mesmo instante, das condições de participação, podendo eventualmente o licitante estar *sob sanção administrativa*, o que lhe impede presença eletrônica no certame.

Mas tornando à *verificação de conformidade*, para melhor ficar esclarecida a questão, exemplificamos. Se uma licitação é instaurada para aquisição de material de escritório, constando da descrição do objeto um lote de *lápiz preto*, eventual proposta que tenha cotado *caneta esferográfica* é de todo inadequada e, por consequência, não poderá ser admitida no certame. Cabe, no caso, a *desclassificação sumária*.

Essa decisão (é um verdadeiro julgamento) do *pregoeiro* por certo poderá ser alvo do *recurso*.

O *pregoeiro decide* e *julga*, como visto. E, em tempo oportuno (após declarado o vencedor), nos termos do artigo 26, do Decreto nº 5.450/05, e do inciso XVII, do artigo 11 do Decreto nº 3.555/00, poderá ser impostado o recurso.

O *licitante*, de seu turno, é quem tem legitimidade para recorrer. Já falamos sobre isso. O recurso, por ele interposto, é endereçado à autoridade competente pela via do *pregoeiro* que é, no caso, o *jugador*.

O *pregoeiro* tem a possibilidade de *rever a sua decisão*. É o que chamamos de *possibilidade de retratação*. Mas, mantida a decisão e uma vez devidamente processado o recurso (veremos oportunamente o processamento respectivo), os autos serão remetidos para a autoridade superior que proferirá nova decisão, agora em grau de recurso.

Não nos parece tecnicamente correto dizer que o *pregoeiro decide o recurso*, como se depreende do texto normativo em vigor (art. 11, inciso VII, do Decreto nº 5.450/05, e 9º, VIII, do Decreto nº 3.555/00), até mesmo porque indiscutivelmente se trata de *recurso hierárquico*. O que se tem em realidade é a possibilidade de *retratação*. Não tornando o *pregoeiro* atrás naquilo que decidiu, o recurso seguirá o seu fluxo natural, sendo remetido para a autoridade hierarquicamente superior, para que - aí sim - profira-se a decisão.

A *autoridade superior* é, pois, quem *decide o recurso*, conforme se depreende da leitura dos incisos XVIII e seguintes do artigo 4º da Lei nº 10.520/02, o que se confirma com a visualização do que vem estabelecido no artigo 8º, inciso IV, e 11, inciso VII, do Decreto nº 5.450/05, e 7º, III, do Decreto nº 3.555/00.

Tal decisão sucede a manifestação do *pregoeiro*. Tanto este quanto a autoridade em tela poderão se valer de assessoria jurídica para ancorar suas decisões. O que, aliás, é de todo recomendável, quando a hipótese assim o exigir.

Ao decidir, a autoridade poderá adjudicar e homologar a licitação, se esse for o caso, determinar a celebração do contrato se a hipótese assim o exigir.

É relevante ficar evidenciado que cada *ator* (licitante, autoridade superior, *pregoeiro*, equipe de apoio) tem um *papel (script)* a desempenhar na etapa recursal, e o desempenho da respectiva atribuição não pode se confundir com as competências dos demais, sob pena de invalidade do ato.

O interessante disso tudo, em se tratando de *pregão*, é que *cada papel* (podemos também chamá-lo de *atribuição legal*) está atrelado a um *perfil*. Em se tratando de *pregão eletrônico*, esse *perfil* se vincula a uma determinada *senha*, criada a partir do *credenciamento*.

Dinâmica recursal: momento da interposição do recurso; conteúdo do recurso; formalidades do meio eletrônico. A "intenção de recorrer"; razões e contra-razões recursais; decisão do pregoeiro; autoridade superior (autoridade competente)

O recurso no *pregão* segue uma determinada *dinâmica*, fundada numa base procedimental que, por sua vez, considera os *papéis* (atribuições) de cada uma das pessoas (atores) que naquele intervém.

Há algumas poucas diferenças no processamento do recurso se considerarmos o eletrônico e o presencial já que, na essência, a possibilidade de recorrer nasce a partir de um mesmo instante (quando se anuncia o vencedor já habilitado) e tem uma rotina sempre similar nos dois casos, exatamente porque a lei (referimo-nos à Lei nº 10.520/02) cuida do assunto de uma só maneira deixando a regulamentação respectiva para ser feita por outra via.

Temos insistido, no entanto, haver um descompasso entre a *realidade normativa* (incluindo aí os diversos decretos que tratam do assunto) e a *realidade virtual possível*, no que diz respeito ao processamento do recurso no *pregão eletrônico*. Os *sistemas* existentes (não somente aqueles que

gerenciam o pregão eletrônico propriamente dito) não conseguem contemplar ainda todo o necessário a que a licitação eletrônica ocorra, de fato, no meio virtual. E com isso socorre-se, não é raro, a elementos e informações de interesse do processo de licitação que se encontram em outros meios físicos, fazendo-o de maneira assíncronica (off-line, sem a participação de quem quer que seja, no que o instituto perde a transparência, a publicidade e migra para regiões não desejadas pela ordem jurídica).

Momento da interposição do recurso

É inevitável referir àquilo que se disse sobre a presença do pressuposto lógico. Ou seja, o *momento* recursal nasce a partir da decisão do pregoeiro acerca do vencedor. É com a declaração do vencedor que o licitante se verá diante da faculdade de impostar o recurso.

No pregão eletrônico é o que está escrito no artigo 26 do Decreto nº 5.450/05, que, por comodidade, transcrevemos:

Art. 26. *Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses. (Grifos nossos)*

Não haveria qualquer contratempo operacional, se (estamos evidenciando tal condição) a declaração do vencedor fosse realizada de fato e em todas as situações de modo *síncronico, on-line, durante a sessão*, ou termo que o valha.

A realidade brasileira, considerados os sistemas (plataformas) existentes, ainda não possibilita a efetivação plena e real daquela idéia pertencente ao *mundo virtual*.

Queremos dizer que por ora muitas das intenções existentes em torno das aquisições eletrônicas governamentais ainda não se fazem realizadas. E essa é uma dessas intenções.

Exemplificamos para demonstrar que o instante *imediatamente após declarado o vencedor* não é, de fato, *imediato, naquele exato instante*: em inúmeras ocasiões (não queremos discutir aqui os motivos de tal fato) não é possível, na sessão, a declaração do vencedor, porque a habilitação é feita *off-line* ou de modo *assíncronico*. Se a habilitação é *posterior*, após a sessão, noutro dia quem sabe, a declaração do vencedor *naquele instante* ficou prejudicada. Prejudicado estará também o recurso nos moldes da regulação normativa vigente. Esse outro passo (declaração de vencedor e recurso) nem sempre são igualmente síncronos (também não podemos discutir isso aqui).

Decorre daí inúmeras situações relevantes juridicamente, todas contornáveis com habilidade e senso que primam por assegurar a validade e a legalidade dos atos praticados no procedimento.

E seja como for, os sistemas e as plataformas existentes devem estar (e ser) adequados para que o *momento do recurso* seja bem delineado, pois não se poderá, seja a que título for, suprimir tal oportunidade do licitante.

Admitimos o alargamento do prazo (o *imediatamente* referido na lei e no decreto pode ser maior que o *agora*, o *já*, o *neste exato instante*). Mas não podemos concordar com qualquer restrição que se ponha em tal sentido. É como lemos os artigos 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02, e 26 do Decreto nº 5.450/05.

Decorre disso que será até mesmo ilícito dificultar a ciência (no sentido de conhecimento), pelo licitante, do pressuposto lógico recursal.

A Administração Pública tem o dever, imaginamos, de bem marcar e materializar a decisão do pregoeiro acerca do vencedor, permitindo ao licitante fácil conhecimento desse julgamento para que este possa valer-se, querendo, da faculdade recursal.

As dificuldades em se bem definir o *instante recursal* no pregão eletrônico não são encontráveis quando o assunto é o *pregão presencial*. Aqui, o anúncio da habilitação em plena sessão, em presença dos licitantes, já antevê o *momento do recurso* falado, pois se estará apontando o procedimento para a *adjudicação*.

Nos termos do Decreto nº 3.555/00, antes da adjudicação, deve ser dada a oportunidade para o recurso. É o que se lê e se conclui da conjugação dos incisos XIV e XVII do artigo 11 do decreto mencionado.

Conteúdo do recurso

O recurso é único, já tivemos oportunidade de dizer isso no decorrer deste trabalho.

Pode a irresignação do licitante alcançar todas as decisões praticadas pelo pregoeiro no tocante à *classificação da proposta*, ao *julgamento dessas propostas*, à *aceitação de lances* e *valor final*, *habilitação* e qualquer outra matéria que desfrute de *status* dessa estirpe.

Lembramos, no entanto, que há atos praticados pelo pregoeiro, no fluxo do procedimento, que não são passíveis de recurso. Por isso, o inconformismo haverá de alcançar as *decisões* que comportem recurso. São decisões que importam na solução de *questões essenciais do procedimento* e que digam respeito ao licitante legitimado ao recurso. E o recurso aviado, em tal dimensão, agitará para debate (conhecimento e eventual provimento) matérias que desfrutem de tal essência.

Esbarra-se agora nos *motivos*.

A motivação do recurso está atrelada aos *pressupostos recursais* já alinhados em tópico próprio. Repete-se, no entanto, que o *motivo deve ser jurídico* e possuir *densidade tal* que corporifique *interesse qualificado*.

Não é qualquer irresignação ou descontentamento do licitante que possui *aptidão* para qualificar o conteúdo recursal como algo legítimo.

Em muitos recursos, poderia a Administração Pública, dada a ausência dos pressupostos, simplesmente *rejeitá-los*, *não os conhecendo*, pela impropriedade essencial de que se revestem.

Veja-se o que dissemos a respeito do *terceiro pressuposto recursal objetivo* (1.17.2).

A "intenção de recorrer"

Falemos primeiramente de uma das formalidades existentes em torno do pregão eletrônico. Este, como sabido, se desenvolve em *meio virtual*. Utiliza-se de recursos da *tecnologia de informação*. A disputa é feita a *distância*⁸ em sessão pública, por meio de sistema que promove a comunicação pela *Internet*.

Se a *disputa ocorre pela Internet* (de modo resumido é isso), não há espaço para que o recurso seja *em presença* do pregoeiro ou por qualquer outro meio que não o eletrônico.

Uma das formalidades do recurso eletrônico é, por isso, que seja interposto no próprio sistema referido anteriormente, observado o prazo legal.

A lei que trouxe o pregão para o nosso cenário valeu-se da expressão *intenção de recorrer*, no que foi seguida pelo Decreto nº 5.450/05 (art. 26).

Há uma impropriedade insuperável aí acaso emprestemos ao termo sua significação literal e usual.

Não há *mera intenção de recurso*. E nem poderia haver. Trata-se de uma fase na qual o licitante *ou recorre ou não recorre*. Se recorre, apresenta imediatamente seus motivos e, posteriormente, suas razões. Mas jamais manifesta *simples intenção* ao recurso.

Por isso, o *ter intenção de recorrer* é expressão que equivale a *recorrer*, com os contornos já explicados aqui.

De qualquer modo, importa-nos esclarecer que o *recurso* (ou a *intenção do recurso*, nos termos expostos) deve ser feita *no sistema eletrônico*. Não sobra espaço, insistimos, para que isso aconteça, por exemplo, através de *fac-símile, telefone, telegrama* ou qualquer outra maneira de comunicação.

No pregão presencial, de outro lado, a *intenção de recorrer* é feita na própria sessão, de viva voz, levando-se para a ata tal manifestação (Decreto nº 3.555/00, art. 11, inciso XVII).

Tudo o que se averbou anteriormente a propósito da impropriedade da expressão *intenção de recorrer* se faz válido para o pregão presencial.

Razões e contra-razões recursais

Exercida a faculdade recursal, nos termos vistos, *pode* o licitante (note-se que ele não está obrigado a tanto) fazer uso do oferecimento das *razões* respectivas. Ou seja, interposto o recurso, ao licitante é dada a faculdade de ofertar *razões*, no prazo de três dias (a Lei nº 10.520/02 menciona tal prazo; o Decreto nº 5.450/05, *idem*, corrigindo uma inconsistência existente no decreto revogado: o 3.697/00. Tanto este decreto como o vigente Decreto nº 3.555/00, que cuida do pregão presencial, estabelecem o prazo como sendo de três dias *úteis*).

Da mesma forma que o *recurso é faculdade*, as razões recursais possuem essa mesma nota tipificadora. O licitante pode ou não apresentá-las. E a sua falta não exime a Administração Pública do processamento do recurso. Ou seja, não será pela falta de razões recursais que o licitante não terá o seu recurso apreciado, conhecido e provido, se o caso.

Pode ser que quando da apresentação dos *motivos* o licitante já tenha abordado o tema de sua irresignação de modo completo. Ou não. De qualquer modo, trata-se de uma faculdade.

Dificuldade material e operacional pode agora se instalar, em se tratando de pregão eletrônico.

Se tanto a lei quanto o decreto (e assim o fazem de modo óbvio) dão a possibilidade recursal, igualmente estabelecem meios substanciais para o licitante guerrear a decisão respectiva. Tais meios se resumem na discussão sobre a *vista imediata dos autos* e da *vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos interesses do licitante*.

Se, de um lado, é certo que o termo "elementos indispensáveis" tem *amplitude normativa*, menos correto não é, de outra parte, que a fórmula adotada pelo Decreto nº 5.450/05 homenageia os princípios do pregão eletrônico. Assim, a celeridade, a economicidade, a eficiência, para não falar na própria efetivação dos direitos individuais do licitante.

De tal modo, se recurso há acerca da *habilitação* ou *inabilitação*, quer nos parecer que os *elementos indispensáveis* para disponibilização ao recorrente (licitante inconformado) serão aqueles correlatos a essa temática, não se falando na espécie em *todo o processado*.

E a par das naturais dificuldades que cercam o procedimento recursal (assim considerado para toda e qualquer irresignação a ser materializada num dado feito, seja em licitações ou noutros *expedientes administrativos*), o recurso no pregão eletrônico mostra obstáculos por demais potencializados, *dificultando* sobremodo o seu manejo.

Não se pode negar existência ao problema relativo à *conectividade*. Os licitantes ainda não estão providos, no geral, dos instrumentos tecnológicos necessários para o desempenho de seus respectivos *papéis*. Incluímos aí, por exemplo, a *vista dos autos* a que tem direito o licitante recorrente (tema ora em comento). Ora, como a licitação é a *distância* (suponha-se um pregão eletrônico feito por uma unidade administrativa paulistana, tendo como recorrente um licitante do interior do Piauí), de que modo *franquear efetivamente a vista dos autos*? Como o licitante do Piauí terá acesso efetivo aos autos que se encontram em São Paulo? *Como aquilatar fatos e motivos jurídicos sem os autos em mãos*? Não podemos nos esquecer de que o prazo para razões recursais é *mínimo*. E nem poderia deixar de sê-lo, dados os princípios que informam essa *modalidade de licitação*.

Tal questão será aos poucos transposta com a implantação de medidas trazidas pela tecnologia da informação. E por isso mesmo é que abonamos a expressão *vista dos elementos indispensáveis*, os quais (elementos relativos a um tema específico, objeto do recurso) poderiam tratar de uma disponibilização tópica de informações para os licitantes.

Em segundo lugar, os *sistemas* (referimo-nos às *plataformas* nas quais o procedimento se desenvolve) existentes não são verdadeira *garantia* de bom processamento do recurso. E para não ficar apenas nisso, os *atores* ainda não assimilaram seus *scripts* no tocante ao recurso, e - o que é uma infelicidade - muitos procedimentos revelam vícios que escapam aos olhos da Administração Pública. Queremos crer que mais por desconhecimento da matéria.

A todo modo, as razões recursais, na medida em que o sistema permita, deverão ser inseridas em face da licitação respectiva por meio eletrônico. Admite-se, onde isso não for possível, que tal peça

possa ser enviada por outra via eletrônica (*e-mail* ou até mesmo *fac-símile*).

Já no *pregão presencial* aquela dificuldade *operacional* (no tocante à apresentação das razões) não tem razão de existir. Subordinando-se o assunto diretamente à Lei nº 10.520/02 (art. 4º, XVIII), o licitante possui três dias para entregar *memoriais* (a expressão é do Decreto nº 3.555/00, art. 11, inciso XVII). A lei assegura a ele *vista imediata dos autos*.

No caso específico, poderíamos perguntar: qual o significado da expressão *vista imediata dos autos*? Significa que o licitante pode *fazer carga* dos autos, levando-o consigo? Significa que apenas terá ele *direito a consulta*, podendo extrair cópias?

A questão é muito simples, embora cause algum tormento na rotina dos recursos. A *vista imediata* consiste no *franquear acesso dos autos aos olhos do recorrente*. Mas, embora público o procedimento, não há autorização para *carga* (levar consigo). Superam-se as dificuldades existentes em torno das questões levantadas o fornecimento ou a possibilidade de extração de cópias que interessem ao licitante recorrente.

Ainda sobre a questão do *prazo para razões recursais*, temos que lembrar a todos (aos programadores dos sistemas de *pregão eletrônico*, em especial) que há institutos jurídicos como a *preclusão temporal* e a *preclusão consumativa* que podem ter lugar na espécie.

Não é verdade, face aos institutos citados, que o prazo de três dias tenha que ser de três dias. Como as razões são *faculdade recursal*, a lógica é que o prazo para sua apresentação seja de *até três dias*. Se a *faculdade* na apresentação das razões se consumou logo no primeiro dia, não há que se esperar outros dois dias para que se tenha por esgotado o prazo do recorrente. E, por isso mesmo, o prazo para as contra-razões (outra *faculdade*, agora em relação aos licitantes *recorridos*) já deveria ter sua contagem iniciada ao término daquele primeiro dia. Na prática, equivaleria dizer que o recorrente *abriu mão* de dois dias, ofertando suas razões recursais num só dia.

O procedimento que observar tal regra estará por certo homenageando os princípios informadores do *pregão*.

Contra-razões são, como já anunciamos, *faculdade procedimental*. E se assim o são, os licitantes (recorridos) podem a ela *renunciar*, desde que o façam expressamente para que a renúncia fique materializada nos autos do procedimento.

O fato é que com ou sem as contra-razões, a Administração Pública deverá apreciar o recurso na dimensão em que proposto o reclamo, com as naturais observações de que *fatos não agitados* também podem (aliás, devem) ser declarados de ofício a bem da legalidade.

Decisão do pregoeiro

Uma primeira observação que reputamos excessivamente importante: se fosse sempre possível, seria muito interessante que o pregoeiro, para *receber* e proferir *juízo de admissibilidade recursal*, pudesse estar assessorado por conhecedores do *setor jurídico* (e de outros setores, se o caso). Ou seja, tanto no *eletrônico* quanto no *pregão presencial*, já a partir da análise da admissibilidade recursal (no presencial isso ocorre normalmente em sessão), o pregoeiro deve - sempre que puder - contar com o assessoramento técnico correspondente, notadamente porque as questões

envolvidas aí não são de fácil trato.

Mas seja como for, a primeira decisão do pregoeiro limita-se à análise da presença dos pressupostos recursais (se presentes, deve receber o recurso. Ausentes, trata-se de *conhecimento negativo* ou de *inadmissibilidade*). Quer-se dizer, por outras palavras, ou o pregoeiro *aceita o recurso* (juízo positivo) ou o *recusa* (juízo negativo).

A decisão do pregoeiro recebendo o recurso (aceitando-o) implica no seu ulterior processamento com a abertura do tríduo para oferecimento das correlatas razões e contra-razões.

A rejeição do recurso (em juízo negativo prévio, que culminou por declarar a sua *inadmissibilidade*) poderá implicar noutro tipo de recurso (também hierárquico, inominado e não previsto pela lei do pregão), e terá o efeito de levar os autos rumo à adjudicação e posterior homologação.

Após a apresentação das razões e das contra-razões recursais, o pregoeiro exercerá *juízo de retratação*, hipótese em que poderá *voltar na decisão* tomada e, em tal caso, o descontentamento de terceiros talvez possa ser contemplado por novo recurso, embora não esteja imune a outra espécie de ataque administrativo e judicial.

Não nos percamos nas diversas previsões feitas pelos decretos do pregão eletrônico e presencial no tocante a esse ponto. Fiquemos com a possibilidade constante de o pregoeiro *poder voltar, redecidindo uma decisão tomada anteriormente* no curso do procedimento.

No pregão presencial, a questão não se mostra tão tormentosa, porque os dispositivos que devem ser lidos conduzem para a redação do artigo 9º, inciso VIII, do Decreto nº 3.555/00, de onde se resgata que o pregoeiro *decide sobre os recursos* fazendo alusão evidente ao *juízo de admissibilidade*. Mas naquele setor verifica-se claramente que a autoridade competente é quem profere a *decisão final* (art. 7º, III).

O regulamento do pregão eletrônico, por sua vez, causou confusão ao estabelecer que a autoridade competente *decide o recurso posto contra ato do pregoeiro quando este mantiver sua decisão* (art. 8º, IV, do Decreto nº 5.450/05), conjugando-se com idêntica solução quando estabelece as atribuições do pregoeiro (art. 11, inciso VII, do Decreto nº 5.450/05: *o pregoeiro recebe, examina e decide os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão*).

Pela sistemática vista, tanto num caso quanto no outro, insistimos, mantendo o pregoeiro a sua decisão, os autos são remetidos para a autoridade superior a fim de que ali, sob o domínio desta, seja o recurso decidido.

Mas igualmente nos dois casos (*pregão eletrônico e pregão presencial*) admitimos a possibilidade de *retratação*.

E, em tal caso, como fazer? Ora, a *retratação* é nada menos do que uma *nova decisão*. Se antes habilitado estava A, por exemplo, com a *redecisão* (voltando) poderá ser inabilitado A e habilitado B, sendo este declarado o vencedor. Como o *fluxo* (ou o curso) do procedimento tem nova *rota*, prossegue-se como se aquela primeira etapa (superada com a nova decisão) não tivesse existência, o que implica - no plano prático - na possibilidade de um *novo recurso* a ser impostado com as naturais dificuldades existentes.

Não está a situação a tratar daquela hipótese, onde há *um novo recurso* fundado nos mesmos fatos e circunstâncias; nem tampouco se está falando de *novo recurso* posto contra *decisão tomada por autoridade superior*.

Não seria o caso de se registrar, mas o fazemos em favor da completude, que a adjudicação pelo pregoeiro somente tem lugar em caso de não haver recurso.

Autoridade superior (autoridade competente)

Se o pregoeiro mantém sua decisão, aquela decisão que é objeto do recurso, o expediente necessariamente irá para conhecimento da autoridade superior para que, em tempo breve, profira julgamento.

Sua conduta, redecidindo o julgamento feito pelo pregoeiro, é fruto da organização administrativa hierárquica.

A palavra da autoridade superior é a *palavra final* no âmbito administrativo. Não cabe, em hipótese alguma, *recurso da decisão* da autoridade competente ou superior.

Descontente com a decisão, sobra ao licitante inconformado a via judicial tão-somente.

Razoável que a autoridade competente se auxilie de assessoria jurídica para sua decisão. Mas tal proceder não é obrigatório, apenas recomendável. Assim porque em muitas circunstâncias - se não na maioria delas - as matérias *decidendas* são de cunho jurídico.

Nada obsta que o pregoeiro tenha feito um *arrazoado* no expediente, a propósito do recurso. E igualmente nada impede que a autoridade superior *acate* total ou parcialmente as expressões lançadas pelo pregoeiro.

É da lavra da autoridade superior a *adjudicação* e a *homologação*, em havendo recurso. E essa mecânica decorre de uma lógica procedimental coerente, pois não existiria motivo prático algum para, reconhecida razão ao ato do pregoeiro, tornarem-lhe os autos para adjudicar com posterior encaminhamento à autoridade superior para homologação.

Ora, se o expediente já se encontra com a autoridade superior e se esta é a responsável pela homologação, aparece espaço para o brocardo: *quem pode o mais* (homologar) *pode o menos* (adjudicar).

Pouco se fala sobre os *limites da decisão* tomada pela autoridade superior nos recursos hierárquicos.

Como *jugador administrativo máximo* que é, a autoridade em questão tem o *poder homologatório* através do qual *deve sanear* não somente a matéria posta em discussão pelo recurso, mas toda e qualquer ofensa havida no processado.

Ou seja, se o recurso agitou o tema X, a autoridade competente está legitimada a se manifestar sobre X, Y e Z, se for o caso. Haja ou não razões e contra-razões recursais. Haja ou não recurso. É *dever funcional* da autoridade zelar pela legalidade, eficiência, moralidade, economicidade, probidade, razoabilidade e outros valores prestigiados pelo sistema normativo. Presente qualquer

irregularidade, *deve* referida autoridade se pronunciar, *anulando* o procedimento quando o caso.

Conclui-se disso que pode existir ocasião onde o licitante recorrente agite um determinado tema em seu recurso (tema X). E quando da apreciação do recurso pela autoridade superior, o tema X pode vir a ser relegado a segundo plano (improvemento), mas um outro tema Y, até então não destacado, vir a ser tomado como fundamento para alteração dos rumos daquele procedimento específico.

Efeito devolutivo ou suspensivo?

É comum aos recursos - no geral - que tenham efeito *suspensivo*. Significa dizer que uma vez interposto e recebido o recurso, gera ele efeito *paralisante* para o *curso* que se encontra em andamento. Ou seja, até se que seja resolvida a questão (ou questões) objeto do inconformismo, não pode o procedimento prosseguir em seu fluxo.

Para o pregão (e a regra vale para o eletrônico e também para o presencial), equivale dizer que diante do recurso *não pode haver adjudicação* antes de decidido aquele.

A *lei específica* de regência do pregão (10.520/02) não atribuiu qualquer efeito ao recurso.

O Decreto nº 5.450/05, por sua vez, deixa inferir a *suspensividade* do fluxo procedimental do pregão eletrônico, no que não é seguido textualmente pelo Decreto nº 3.555/00 (art. 11, inciso XVIII).

Obviamente que há vitando equívoco no decreto que cuida do pregão presencial. Não há a menor lógica em receber o recurso, determinar o seu processamento, e não paralisar o *fluxo*. Mais tarde, com o julgamento do recurso, poderia haver *inversão fática*, e os atos praticados até então deveriam todos ser anulados. É evidente que tanto o efeito *suspensivo* quanto o efeito *devolutivo* se encontram presentes nos pregões eletrônico e presencial.

Jurisprudência

É incabível recurso administrativo de decisão da autoridade superior

Situação que merece ser comentada ocorreu em procedimento realizado pelo TJMG para locação de equipamentos digitais e multifuncionais para reprodução de documentos através de impressão ou cópia monocromática ou colorida.

A licitante declarada vencedora pelo pregoeiro, interpôs recurso administrativo contra a decisão da autoridade superior, já que foi dado provimento ao recurso da licitante que havia perdido, modificando o resultado do certame, conferindo a esta última o direito à adjudicação.

O recurso contra a decisão da autoridade superior não foi conhecido. Irresignada, a então licitante vencida impetrou mandado de segurança contra ato do presidente do TJMG.

A Turma julgadora entendeu inexistir nova fase recursal no pregão, estando correta a decisão proferida pela autoridade superior. Com base em tais argumentos, denegou a segurança.

Mandado de segurança _ licitação. Modalidade pregão. Recurso administrativo. Seu provimento - declaração de vencedor e adjudicação do objeto. Fase recursal

encerrada. Novo recurso administrativo - não conhecimento. Inexistência de previsão legal e editalícia.

Se o processo licitatório já foi encerrado, com a adjudicação à empresa-vencedora da locação de equipamentos objeto do edital, não há como reabri-lo, com a interposição de novo recurso administrativo, fase recursal encerrada.

Daí não ser líquido nem certo o direito invocado. Ademais, a matéria atinente a questões técnicas, por depender de dilação probatória, não pode ser analisada em sede de mandado de segurança.

(TJ/MG, Mandado de Segurança 1.0000.04.411469-2/000(1), Rel. Des. Hyparco Immesi. Data da publicação: 10.08.2005.)

É possível interpor recurso administrativo de ato de retratação do pregoeiro

Em pregão realizado pela UFRJ para contratação de serviços de segurança, o pregoeiro, após apreciar recurso de licitante contra decisão deste, que a declarou inabilitada, acolhe as razões recursais e declara a recorrente vencedora do certame, adjudicando-lhe o objeto.

Por ter suspenso a sessão pública e para agilizar o procedimento, comunica aos demais licitantes através de fax.

Uma das licitantes recorre da nova decisão do pregoeiro, mas este, entendendo-o intempestivo, deixa de apreciá-lo.

Irresignada, a recorrente impetra mandado de segurança, para que seja anulada a adjudicação e conhecido seu recurso, após reconhecida a tempestividade do mesmo. A segurança foi concedida.

Em apelação interposta pela União, o TRF da 2ª Região confirma a decisão monocrática, esposando o entendimento de que os atos do pregoeiro até o momento anterior à declaração de intempestividade do recurso da impetrante estão corretos, merecendo reforma apenas este último, uma vez que, não tendo o pregoeiro se retratado da decisão em sessão pública, e sim através de fax, tempestivo é o recurso apresentado dentro de três dias, tal como procedeu a impetrante.

O TRF confirmou a decisão monocrática, que anulou a adjudicação e determinou o encaminhamento do recurso administrativo para conhecimento por parte da autoridade superior.

Processual civil e administrativo _ mandado de segurança _ recurso de apelação _ ausência de preparo _ não conhecimento _ licitação _ modalidade _ pregão _ Lei nº 10.520/02 e Decreto nº 3555/00 _ análise do mérito de recurso administrativo interposto por licitante e adjudicação do objeto da licitação _ autoridade competente para a prática desses atos.

1- Não merece ser conhecido o recurso de apelação interposto por Staff Segurança e Vigilância Ltda, uma vez que, apesar de intimada, deixou de efetuar o preparo.

2- Como a Impetrante, ora Apelada, somente tomou ciência da decisão _ que considerou vencedora a empresa Staff Segurança e Vigilância _ em 23/07/02,

através de comunicado transmitido via fax, deve ser considerado tempestivo recurso interposto no dia 26 daquele mesmo mês (exegese do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02).

3- Destarte, deve ser anulado o ato do pregoeiro que, face à suposta intempestividade, não admitiu o recurso, para que, com isso, o mérito dessa peça seja analisado pela autoridade competente, no caso, o Sub-Reitor de Patrimônio e Finanças da UFRJ.

4- Decidido o recurso, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (art. 4º, XXI, da Lei nº 10.520/02 e item 10.4 do edital).

(TRF/2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2002.51.01.014965-5. 6ª Turma Rel. Des. Federal Sérgio Schwaitzer. Data Publicação: 07.12.2004.)

Conseqüências do não oferecimento de razões escritas

Transcrevemos a seguir ementa de acórdão proferido pela 4ª Turma Cível do TJDF, que aprecia apelação de sentença denegatória de segurança, baseada na perda do prazo de três dias para apresentação de razões escritas no recurso administrativo do pregão e na irregularidade de documentação fiscal apresentada. O primeiro caso é o que interessa neste instante.

A MM juíza monocrática entendeu que se a licitante manifesta a intenção recursal e, no entanto, não apresenta as razões no tríduo legal, o certame deve ter prosseguimento. O TJDF acompanhou o entendimento da MM juíza, à unanimidade.

Com o acatamento e respeito devido, discordamos dos doutos magistrados. A prerrogativa da autotutela impõe o dever de análise de possíveis irregularidades por parte da Administração - sempre, e em especial se provocada.

Assim, não pensamos deva o certame prosseguir sem a apreciação do recurso interposto. Até mesmo porque pela sistemática vigente toda motivação já será um anúncio (ou prenúncio) de eventuais razões, que são, para nós, faculdade do licitante.

ADMINISTRATIVO. PREGÃO. RECURSO. RAZÕES ESCRITAS. NÃO-OFERECIMENTO. CONTINUIDADE DO CERTAME. REGULARIDADE FISCAL. COMPROVAÇÃO. FILIAL. ART. 29, INC. III DA LEI 8.666/93.

I - Manifestada a vontade de recorrer da decisão que inabilitou a apelante no pregão, mas não oferecidas as razões escritas no prazo estipulado pelo inc. XVIII do art. 4º da Lei 10.520/02, o certame tem continuidade.

II - É legal a decisão que inabilitou a impetrante do certame, porquanto participa da licitação pela sua filial situada em Blumenau/SC, da qual caberia a comprovação da regularidade fiscal, e não da matriz, em Osasco/SP. Interpretação que se confere ao art. 29, inc. III da Lei de Licitações, cuja redação constou do item 6, alínea "g" do Edital.

III - Apelação conhecida e improvida. Unânime.

(BRASIL. Tribunal de Justiça Distrito Federal. APC 20033011118435-4. Órgão julgador: 4ª Turma Cível. Relatora Desa. Vera Andrichi. Brasília, 13 jun. 2005.)

* Publicado inicialmente em: SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 171-205.

¹ Que possuam relevância e deflagrem efeitos sensíveis (assim para afastar a idéia da generalização que poderia levar a crer que um simples despacho convocando membro da equipe de apoio geraria o efeito falado).

² Não se poderia deixar de citar, a propósito da arqueologia das palavras, a obra de Foucault (1966). A referência feita a tal obra vincula-se à necessidade sempre presente, notadamente no domínio do Direito Administrativo, de se dar importância especial à utilização das palavras e dos termos jurídicos. Muitas vezes não se trata de mera questão rotular ou simbólica. Uma determinada palavra pode estar fazendo referência a certa categoria jurídica, inconfundível com outra de diverso regime jurídico.

³ Veja-se, por exemplo, a relação de princípios escrita no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência...).

⁴ Estabelecem tais Súmulas: (346): "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos"; (473): "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

⁵ Para nós, o pregão é algo tão-somente instrumental, não podendo ser encarado como fim em si mesmo. Busca-se, através dessa modalidade, aquilo que a Constituição Federal quer: uma boa contratação pelo Poder Público, com observância da isonomia entre os licitantes. Ou seja, o pregão é meio para a Administração adquirir bens e serviços comuns. A ritualística de tal modalidade é abreviada e, por isso mesmo, apenas os marcos ou passos fundamentais (no tocante a esse rito) não podem ser afastados. No que diz respeito ao recurso, antes de estar na Lei nº 10.520/02, é ele algo que decorre da inteligente leitura de dispositivos constitucionais e de normas subalternas; é o recurso um dos degraus a serem transpostos pela Administração Pública no fluxo procedimental regente de todo o expediente. É algo bipolar, pois reflete tanto na Administração quanto no administrado a possibilidade de revisão das decisões tomadas no curso do procedimento respectivo.

⁶ Há uma curiosidade que merece ser colocada em evidência no tocante ao prazo para apresentação das razões e das contra-razões recursais. A Lei nº 10.520/02 estabelece tal prazo em 3 (três) dias, sendo repetida pelo Decreto nº 5.450/05 (artigos 4º, inciso XVIII, e 26, respectivamente). Já o Decreto nº 3.555/00 trata desse mesmo assunto, fixando prazo diverso já que se reporta a 3 dias úteis (art. 11, inciso XVII). E, todos sabemos, dias úteis não são a mesma

coisa que dias corridos ou dias simples. O impasse - temos orientado assim - deve ser resolvido na respectiva unidade administrativa de maneira uniforme e como tal constar do instrumento convocatório, compatibilizando a lei com o decreto.

⁷ Alertamos sempre para a necessidade de não se confundir o credenciamento do pregão eletrônico com o credenciamento do pregão presencial. São realidades extremamente diversas. Caso haja dúvidas, estas serão sanadas com a consulta das normas de regência respectivas.

⁸ A expressão pode ser alvo de críticas.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo. Recurso no pregão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP* Belo Horizonte, ano 5, n. 59, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38138>>. Acesso em: 29 abr. 2020.