

DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS NO PREGÃO.

Antes mesmo de ingressar na análise específica dos recursos, conforme a Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 3.555/2000, é mister destacar que a Constituição Federal traça, nos incisos LIV e LV do seu art. 5º, a imperiosa observância da garantia do *devido processo legal*, que obsta qualquer ação ou decisão administrativa que não seja vazada atentando-se ao *contraditório* e a *ampla defesa*.

Esta cláusula de garantia constitucional ilustra que qualquer decisão proferida em processo administrativo deve, necessariamente, pena de nulidade, observar o *devido processo legal*, garantindo, sempre, o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, a decisão administrativa não prescinde de *fundamentação* quanto aos pressupostos de fato e de direito que a inspiraram, exigência esta que, hodiernamente, encontra-se consagrada no inciso VII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

Apresentada a garantia constitucional do *devido processo legal* em seu aspecto processual, cumpre verificar qual a disciplina específica referente aos recursos administrativos que foi introduzida pela legislação de regência do Pregão e como pode ser esta analisada em seus eventuais aspectos polêmicos.

De logo, cumpre destacar que o Decreto nº 3555/2000, em seu art. 12, trouxe salutar figura não prevista na Lei nº 8.666/93. Trata-se do *pedido de esclarecimento* aos termos do Edital. Até dois dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas – ou seja, a data da realização do Pregão – qualquer *pessoa* poderá solicitar esclarecimentos sobre os termos editalícios, que deverá ser respondida pelo Pregoeiro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Vê-se que esta possibilidade não se limita apenas aos eventuais licitantes, mas, a *qualquer pessoa*, independentemente do seu interesse direto ou próprio na licitação.

Importante instrumento para a transparência do certame, o pedido de esclarecimentos permite aos licitantes maior segurança quanto às condições do certame e do contrato a ser firmado com a Administração, além de prevenir eventuais dúvidas e perplexidades no

curso do processo licitatório, preservando, desta maneira, a sua fluidez e celeridade.

Qualquer dúvida pode e deve ser aclarada pela Comissão. A recusa de prestar esclarecimentos acerca do Edital, pode, inclusive, ensejar mandado de segurança contra o Pregoeiro, onde se poderá pugnar, liminarmente, pela suspensão do procedimento licitatório, até que seja prestado o esclarecimento oportunamente solicitado.

No que tange aos recursos, o inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 diz que depois de declarado o vencedor do certame, qualquer licitante poderá manifestar *imediate* e *motivadamente* a intenção de recorrer, sendo-lhe concedido o prazo de 03 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando-lhe assegurada, de logo, vista dos autos. Já o inciso XVII do art. 11 do Decreto nº 3.555/2000 fixa que a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no *final da sessão*, mediante registro em ata da síntese das razões recursais, podendo os recorrentes juntar memoriais no prazo de 3 (três) dias úteis.

A comparação desses dois dispositivos suscita algumas dúvidas que impendem sejam enfrentadas. No entanto, tratemos, agora, de destacar os itens que são indúvidos.

É certo que o momento próprio para manifestar intenção de recorrer é o *final da sessão*, já que, somente neste ponto, é que o Pregoeiro terá declarado o vencedor do certame. Estabelece-se, assim, perfeita harmonia entre o inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 e o inciso XVII do art. 11 do Decreto nº 3.555/2000.

Em face de ser este o momento único e legalmente previsto para a manifestação da intenção de recorrer, imperioso concluir que o conteúdo da insurgência recursal pode se relacionar com aspectos atinentes à proposta reputada vencedora ou quaisquer outras (p. ex., inexecutabilidade do preço ofertado, bem cotado que não atende as especificações do Edital etc) bem como quanto à habilitação de quaisquer das licitantes (p.ex., não apresentação de documento exigido na lei ou no edital, apresentação de certidões com data de validade vencida, apresentação de documentos em cópia não autenticada etc).

O licitante que desejar recorrer deve apresentar na sessão, oralmente ou por escrito, as razões do recurso. A exigência se impõe para coibir pretensões recursais genéricas e inconsistentes. Porém, não se pode exigir que tais razões sejam exaustivamente fundamentadas ou que apresentem os fundamentos jurídicos que lhe servem de base, porém devem ser claras e suficientes para que se possa, de logo, perceber qual a matéria contra a qual se insurge o recorrente.

O certo é que não se pode exigir aprofundada fundamentação nas razões expostas na sessão, a uma, porque os representantes das licitantes, em geral, não são bacharéis em direito ou mesmo advogados (até porque a legislação não traça esta exigência), a duas, porque é claro o inciso XVII do art. 11 do Decreto nº 3.555/2000 ao fixar o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação de memoriais escritos, onde serão detalhadas, inclusive sob o ponto de vista da base jurídica, as razões recursais. Entendimento contrário implica em ofensa à garantia do *devido processo legal* (cf. incisos LIV e LV da CF) e *cerceamento ao direito de defesa*, atacável pela via do mandado de segurança.

Ainda sobre o que dispõem os incisos em comento, surge a questão: se um licitante, ao final da sessão, manifesta intenção de recorrer, apresenta suas razões de inconformismo, pugna pelo prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação de memoriais escritos, mas, todavia, não os apresenta no prazo legal, deve, ainda assim, o recurso ser examinado pelo Pregoeiro?

A resposta é afirmativa já que a apresentação de memoriais tem caráter de *faculdade* que se reconhece ao licitante, mas não um ônus processual. Assim, manifestada a intenção de recorrer e declinados, na sessão, os pontos de insurgência, sobre estes pontos deve se manifestar o Pregoeiro, dando ou negando provimento ao recurso. Esta conclusão reforça a importância das razões apresentadas na sessão serem claras para que possam ser suficientes à correta análise da pretensão recursal.

Cabe, ainda, destacar que na hipótese do licitante desejar fazer uso do prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação de memoriais, somente ao final deste prazo é que começa a se contar o prazo para apresentação de contra-razões pelo outros licitantes, ainda que o recorrente não venha a apresentar os referidos memoriais (cf. inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002).

A apresentação de memoriais além do prazo de 3 (três) dias úteis não impede a apreciação do recurso, desde que manifestadas as razões de recorrer na sessão do Pregão, na forma acima delineada. Apenas deverá o Pregoeiro registrar, na Ata de julgamento do recurso, a intempestividade dos memoriais e determinar o seu desentranhamento dos autos do processo.

No entanto, surge como ponto capital da sistemática dos recursos no pregão a insurgência do licitante *até o final da sessão do Pregão*, mediante manifesta e motivada intenção de recorrer. O seu silêncio importará em *decadência* do direito de recorrer com a conseqüente adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (cf. inciso XX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002).

O inciso XVIII do art. 11 do Decreto nº 3555/2000 diz que o recurso contra decisão do Pregoeiro não terá efeito suspensivo. Já o inciso XIX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 diz que o acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

O não reconhecimento de efeito suspensivo ao recurso implica em reconhecer que os atos praticados pelo Pregoeiro e sua equipe, ao longo da sessão do Pregão, e que não são afetados pelo recurso, serão integralmente aproveitados. Evita-se, desta forma, que se afete a celeridade que é característica do Pregão. Também em uma primeira leitura pode-se entender, e com acerto, que o recurso não implica em suspender o andamento dos passos que sucedem à manifestação do licitante vencedor, o que seria, no caso, a adjudicação do objeto licitado ao vencedor.

Porém, cotejando esta disposição com a do inciso XIX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, pode se verificar que, caso seja dada procedência ao recurso, os *atos insuscetíveis de aproveitamento* serão *invalidados*. Sendo assim, lógico concluir que será invalidada a *adjudicação* levada a cabo pelo Pregoeiro, no final da sessão, e antes da apreciação do recurso.

Da forma como se encontra expressa a matéria na legislação, o ato de adjudicação, na hipótese de recurso, apresenta caráter extremamente precário e deverá ser invalidado, caso procedente o recurso. Deste modo, e em atenção ao prestígio das decisões administrativas, e nos casos de recursos mais complexos e que demandem análise mais acurada entendemos que se deve reconhecer ao Pregoeiro, caso a caso, a competência para, mediante decisão fundamentada, conferir ao recurso *efeito suspensivo*, designando nova sessão de continuação, para após julgamento.

Este entendimento não implica em ofensa à lei, até porque se pode entender que esta competência do Pregoeiro não deixa de estar implicitamente admitida nos termos do inciso VIII do art. 9º do Decreto nº 3.555/2000.

Em reforço a este ponto de vista, cumpre ressaltar a disposição do inciso XXI do art. 4º da Lei nº 10520/2002, quando diz que *decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor*. Ora, sendo certo que a autoridade competente para adjudicar o objeto licitado é o Pregoeiro e que a ele também compete o julgamento dos recursos (cf. incisos V e VIII do art. 9º do Decreto nº 3555/2000), conclui-se que é de todo conveniente que a adjudicação somente se proceda após o julgamento dos recursos^[02].

Também o inciso XX do art. 11 do Decreto nº 3.555/2000 diz textualmente que somente depois de *decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos procedimentais, a autoridade competente homologará a adjudicação para determinar a contratação.*

Ora, a adjudicação do objeto licitado é competência do Pregoeiro, a quem, igualmente, compete julgar os recursos interpostos. Sendo assim, na ocorrência de recurso, o ponto máximo a que se poderia ir seria o da adjudicação, já que o ato de homologação compete a autoridade diversa, que, por força de lei, somente pode fazê-lo depois de julgados os recursos.

Portanto, após a adjudicação pelo Pregoeiro, caso existam recursos pendentes, **o processo deve obrigatoriamente ser suspenso**, até o julgamento, não se podendo dar seqüência para fins de homologação e assinatura do contrato com o licitante reputado vencedor, embora alguns entendimentos doutrinários em sentido diverso. [03]

O conjunto da argumentação aqui apresentada sobre este aspecto do tema privilegia a transparência das decisões administrativas e resguarda a defesa do interesse público, na medida em que permite somente se proceda à homologação e posterior contratação, se for o caso, de uma proposta que, observado o custo mais baixo, igualmente respeite e atenda a legalidade do procedimento licitatório [04]

Outro aspecto que se revela importante é saber se da decisão proferida pelo Pregoeiro na apreciação do recurso cabe reexame por autoridade hierarquicamente superior.

Num primeiro exame o que se depreende da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 3555/2000, é que, contra a decisão proferida pelo Pregoeiro no recurso administrativo, não cabe qualquer recurso ou pedido de reexame, já que em nenhum dos diplomas legais citados existe qualquer previsão específica a este respeito.

Ocorre, porém, que o art. 9º da Lei nº 10.520/2002 diz que se aplicam, subsidiariamente, para a modalidade do pregão, as normas da Lei nº 8.666/93. Sendo assim, cumpre volver os olhos à regra do art. 109 da mencionada Lei nº 8.666/93 que explicita que dos atos administrativos decorrentes da aplicação do diploma das licitações cabe recurso, dentre outros pontos, das decisões que importem em *habilitação ou inabilitação do licitante* e aquelas pertinentes ao *julgamento de propostas* (cf. alíneas *a* e *b* do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666/93).

Portanto, cabível o reexame da decisão proferida pelo Pregoeiro nos recursos administrativos, reexame este que deve ser cometido à

autoridade administrativa superior, competente para proceder à *homologação* do resultado do Pregão.

Esta conclusão se ampara, igualmente, na inteligência do inciso XXII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 e do inciso XX do art. 11 do Decreto nº 3555/2000. Isto porque em ambos os escólios citados resta fixado que o pregão conclui-se com a *homologação* pela autoridade administrativa competente, que, como é certo, não se trata do Pregoeiro, que encerra sua atividade com a adjudicação do objeto licitado. Assim, não é cabível entender que a autoridade que é competente para o ato final do processo licitatório, não tenha, igualmente, a competência para apreciar, em segunda instância, a decisão do Pregoeiro, para confirmá-la ou modificá-la.

Este é o procedimento que vem sendo adotado no âmbito do Senado Federal, onde as decisões proferidas pelo Pregoeiro nos recursos administrativos são submetidas à autoridade responsável pela homologação – no caso, o Diretor-Geral –, para exame, e somente após e se confirmada a decisão do Pregoeiro é que se procede à adjudicação e, posteriormente a homologação.

Por fim, cabe sublinhar o que dispõe o art. 14 do Decreto nº 3555/2000, que prevê aplicação de penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de até cinco anos ao licitante que *ensejar o retardamento do certame* e também *comportar-se de modo inidôneo*.

A penalidade prevista é de caráter eminentemente grave. E cabe ressaltar que na forma do art. 14 do Decreto nº 3555/2000 pode vir a ser aplicada, independentemente da celebração prévia de contrato entre a Administração e o licitante. Pode a pena decorrer da própria conduta do licitante no curso do procedimento licitatório do pregão, pelo uso de artifícios e demandas meramente protelatórias, que atentem contra o princípio da celeridade, apontado no *caput* do art. 4º do Decreto nº 3555/2000.

De se observar que a aplicação da penalidade a que se reporta o art. 14 do Decreto nº 3555/2000 não está condicionada à sua previsão no instrumento convocatório do Pregão. Neste sentido, a sua disciplina diverge daquela prevista no art. 86 da Lei nº 8.666/93.

Deste modo, a pretensão recursal descabida, desprovida de razões minimamente sólidas e razoáveis, feita apenas com intuito especulativo e procrastinatório, e que acarrete um atraso na conclusão do certame, pode sujeitar o licitante à aplicação da penalidade aqui comentada, sendo que tal pena somente poderá ser aplicada mediante garantia do direito de defesa do licitante, que deverá ser *citado* para formular a sua defesa especificamente quanto a este tema.

Estas as breves considerações que julgamos pertinente sublinhar sobre o tema exposto, certo de que a ação dos Pregoeiros e das Comissões Permanentes de Licitação, nas diversas esferas da Administração Pública, continuará a contribuir para o aperfeiçoamento desta interessante e válida criação legislativa que é o Pregão.