

OS VINTE E CINCO ANOS DA LEI DE LICITAÇÕES E OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Gina Copola

No dia 23 de junho de 2018, a Lei federal nº 8.666/93 fará *bodas de prata*, e, nesses vinte e cinco anos a Lei tem ensejado acalorados debates e discussões sobre vários aspectos de seus dispositivos.

E um dos relevantes temas da Lei das Licitações é o relativo aos recursos administrativos, que será aqui abordado.

Reza o art. 109, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo

de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis”

a) O direito de recorrer:

A Lei federal nº 8.666, de 1.993, assegura a todos os licitantes o direito de recorrer de decisões administrativas que contrariem seus direitos ou pretensões em procedimento licitatório, e tal direito está expressamente previsto pelo art. 109, da Lei, que prevê a possibilidade de interposição de 3 (três) recursos diversos, conforme abaixo comentado.

Tem-se, porém, que o direito de recorrer administrativamente é, sobretudo, direito de índole constitucional, previsto na cláusula pétrea contida no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, ao rezar que:

“Art. 5º (...)

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;”(Grifamos)

Ou seja, o direito à interposição do recurso administrativo é, sobretudo, um direito constitucional e fundamental, que é, também, assegurado pela Lei nº 8.666, de 1.993, em seu art. 109.

b) Os pressupostos de admissibilidade dos recursos:

É cediço em direito que os recursos judiciais e administrativos exigem sempre a ocorrência de determinados pressupostos para que sejam admitidos.

Quanto aos recursos administrativos em licitações, os principais pressupostos de admissibilidade são os seguintes:

1º) *Tempestividade*: somente pode ser admitido recurso administrativo que observar o prazo legal para sua interposição, sendo que no caso das licitações os prazos estão expressa e detalhadamente previstos pelo art. 109, da Lei, sendo: a) cinco dias para recurso hierárquico em todas as modalidades, exceto no convite; 2) dois dias para recurso hierárquico em convites; c) cinco dias para representação, e d) dez dias para pedido de reconsideração.

2º) *Forma escrita e fundamentada*: os recursos previstos pelo art. 109, da Lei nº 8.666, de 1.993, devem ser interpostos na forma escrita, e endereçados à autoridade competente¹, além da necessária fundamentação que deve existir no corpo do recurso, ou seja, o recurso deve conter o relato do ocorrido, e também o pedido formulado pelo recorrente. Sobre a possibilidade de interposição de recurso em licitações via *fax*, o saudoso professor mineiro CARLOS PINTO COELHO MOTTA, *Eficácia nas Licitações e Contratos*, 12ª ed. Del Rey, BH, 2.011, p. 809, ensinou ser admitida tal forma de interposição, e, ainda, citou jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, e, por fim, transcreveu lição do também saudoso DIÓGENES GASPARINI.

c) *Legitimidade* – é conferida somente àquele que participa do certame (licitação, contrato, ou registro cadastral), sendo certo que ao terceiro interessado e que não participa do certame, é cabível somente o direito de petição, nos termos do art. 5º, inc. XXXIV, da Constituição Federal.

c) As três espécies de recursos previstos pelo art. 109, da Lei nº 8.666/93:

¹ É de relevo destacar que no caso do pregão presencial o recurso é considerado interposto no momento em que o licitante manifestar seu interesse em recorrer na própria sessão, conforme o art. 4º, inc. XVIII, da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2.002.

O art. 109, da Lei federal nº 8.666, de 1.993, dispõe sobre os recursos cabíveis em sede de licitações e contratos administrativos, e são eles:

- I) recurso hierárquico;
- II) representação, e
- III) pedido de reconsideração.

1º) Quanto ao *recurso hierárquico* (inc. I, do art. 109) deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias – exceto para o caso do convite cujo prazo é de apenas 2 (dois) dias – a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, conforme reza o art. 109, I, da Lei nº 8.666/93, sendo excluído do prazo o dia do início e incluído o do vencimento, nos termos do art. 110, da mesma Lei, e sua forma de interposição é através de petição fundamentada que contenha a exposição dos fatos, o enfrentamento do direito envolvido, e o pedido do recorrente, com a juntada de documentos, se houver.

O recurso hierárquico é cabível apenas nas 6 (seis) seguintes hipóteses expressamente previstas na Lei em *rol exaustivo*:

a) habilitação ou inabilitação do licitante:

A fase de habilitação é a relativa à abertura dos envelopes de documentação dos licitantes, que é exigida nos termos do art. 27 a art. 32, da Lei federal nº 8.666, de 1.993. Os documentos de habilitação devem ser exigidos estritamente de acordo com tais dispositivos, e os licitantes, a seu turno, devem oferecer os documentos de habilitação também rigorosamente de acordo com o exigido no instrumento convocatório, em atendimento ao princípio da *vinculação ao instrumento convocatório*, positivado pelo art. 41, da Lei nº 8.666/93, tudo isso sob pena de inabilitação.

E, dessa forma, o licitante que atender fielmente ao edital da licitação deve sempre e obrigatoriamente ser habilitado pela comissão de licitação, ao passo que o licitante que o desatender deve ser inabilitado. Trata-se de *ato vinculado* da comissão de licitação, contra o qual cabe recurso nos termos do art. 109, I, *a*, da Lei.

O indigitado dispositivo é cristalino ao rezar que *cabe recurso da habilitação ou da inabilitação do licitante*, e, dessa forma, não faz o menor sentido o equivocado entendimento de alguns aplicadores do direito no sentido de que existe a

possibilidade e a legitimidade para interpor recurso somente contra a decisão que considere o licitante inabilitado. No sentido de que *é cabível recurso também contra a habilitação do licitante* é o venerando acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº **556.027.5/1** – Monte Azul Paulista, relator Desembargador AROLDO VIOTTI, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 13/09/2006.

Ainda no mesmo diapasão, é a objetiva e cristalina lição de IVAN BARBOSA RIGOLIN, *Manual Prático das Licitações*, 4ª ed. Saraiva, SP, 2.002, p. 385.

“Pode o licitante recorrer de sua inabilitação, como pode recorrer da habilitação de outros licitantes”

A intimação do ato de habilitação ou inabilitação é realizada mediante a publicação na imprensa oficial, exceto quando *presentes todos os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata*, conforme reza o art. 109, § 1º, da Lei.

Com todo efeito, o prazo para a interposição do recurso flui a partir da publicação em Ata de Abertura dos Envelopes de documentos de habilitação, conforme já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº **0001351-27.2014.8.26.0128** – **Cardoso**, relatora Des. ISABEL COGAN, 12ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/01/2015;

b) julgamento das propostas:

O julgamento das propostas de todos licitantes deve ocorrer estritamente de acordo com o previsto no art. 43, da Lei federal nº 8.666/93, e conforme os critérios de avaliação constantes do edital, ou, de outra forma, a decisão proferida pode ser atacada por meio de recurso administrativo previsto pelo art. 109, I, *b*, da Lei.

Assim como no caso do recurso contra a habilitação ou inabilitação, a intimação do ato de julgamento das propostas é realizada mediante a publicação na imprensa oficial, exceto quando *presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata*, conforme reza o art. 109, § 1º, da Lei;

c) anulação ou revogação da licitação:

A anulação da licitação pode ocorrer quando verificada alguma ilegalidade no procedimento, ao passo que a revogação pode ocorrer por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, conforme reza o art. 49, da Lei federal nº 8.666/93, sendo que tanto a anulação quanto a revogação somente podem ser realizadas pela autoridade competente para a aprovação do procedimento. Ou seja, é somente quem pode aprovar o procedimento que também pode anulá-lo ou revogá-lo.

A anulação e a revogação da licitação recebem fundamento também na tão decantada Súmula nº 473, do e. STF, que reza: "*a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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.*"

A anulação gera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage à data da prática do ato, enquanto a revogação gera efeitos *ex nunc*, e, portanto, não retroage à data da prática do ato, mas apenas impede que o ato continue surtindo efeitos.

A anulação e a revogação da licitação precisam ser publicadas em *Diário Oficial*, e podem ser atacadas por recurso hierárquico previsto no art. 109, I, c, da Lei, porém antes mesmo de tal oportunidade legal de manifestação de descontentamento conferida aos licitantes, a Lei de Licitações, em seu art. 49, § 3º, assegura aos mesmos licitantes o direito ao *contraditório e à ampla defesa*.

A intimação dos atos de anulação e revogação de licitação deve ser realizada mediante a publicação em imprensa oficial, conforme reza o art. 109, § 1º, da Lei nº 8.666/93;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento:

Os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações manterão registros cadastrais, conforme reza o art. 34, da Lei nº 8.666/93, que, a seu turno, é regulamentado pelo Decreto federal nº 3.722, de 9 de janeiro de 2.001, sendo que a finalidade principal do registro cadastral é conferir maior agilidade à fase da habilitação.

O indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento podem ser atacados através do recurso hierárquico, previsto no art. 109, I, *d*, da Lei de Licitações;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei.

O inc. I, do art. 79, da Lei, prevê a *rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração*, sendo que as hipóteses em que tal rescisão é admitida estão elencadas no art. 78, inc. I a inc. XII, e inc. XVII, da Lei, sendo de relevo destacar que a rescisão unilateral do contrato é prerrogativa da Administração, com fundamento na *supremacia do interesse público sobre o particular*, o que, porém, não tem a capacidade de afastar a necessidade de *garantia ao contraditório e à ampla defesa* dos interessados, conforme já decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº **0008235-25.2010.8.26.0577**, relator Desembargador BORELLI THOMAZ, 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, julgado em 19 de maio de 2015.

Além disso, ao contratado que teve seu contrato rescindido após a instauração de processo administrativo com a garantia do contraditório e da ampla defesa, deve ser concedido o direito de recorrer nos termos do art. 109, I, *e*, da Lei nº 8.666, de 1993, cujo prazo flui a partir da intimação do ato através de publicação em imprensa oficial, conforme reza o art. 109, § 1º, da Lei;

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa:

As sanções de advertência, de suspensão temporária e de multa estão previstas no art. 87, inc. I, II, e III, da Lei de Licitações, e somente podem ser aplicadas após a garantia ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, sendo que as sanções de advertência (inc. I) e de suspensão temporária (inc. III) podem ser aplicadas de forma cumulativa a sanção de multa (inc. II), conforme se lê do art. 87, § 2º, da Lei.

Quanto à sanção de multa é cediço em direito que somente pode ser aplicada na estrita forma prevista no instrumento convocatório, inclusive com relação ao percentual a ser aplicado.

E a sanção de suspensão temporária de participar de licitação e contratar com a Administração pode se aplicada apenas por prazo não superior a dois anos, e é limitada, adstrita apenas ao órgão ou entidade que aplicou a penalidade, devendo sempre ser aplicada conforme os *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, conforme decidiu recentemente o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº **0029503-53.2013.8.26.0053**, relator Des. MARCOS PIMENTEL TAMASSIA, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 2 de junho de 2.015.

E, portanto, se for aplicada qualquer penalidade que não obedeça tais regras, o licitante ou contratado pode interpor recurso hierárquico, com fundamento no art. 109, inc. al. *f*, da Lei federal nº 8.666/93.

A outra sanção prevista no art. 87, da Lei de Licitações, é a declaração de inidoneidade (inc. IV, do art. 87) contra a qual o único recurso cabível é o pedido de reconsideração, nos termos do art. 109, inc. III, da Lei de Licitações, que será abaixo comentado.

2º) A *representação* (inc. II, do art. 109) é o recurso que pode ser interposto no prazo de cinco dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, *de que não caiba recurso hierárquico*, sendo que a representação também deve sempre ser dirigida à autoridade superior a que proferiu a decisão objeto do recurso.

Quanto à representação, JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR ensina em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, 5ª ed. Renovar, RJ, 2.002, p. 886, que

“a Lei nº 8.666/93 não prevê sobre o seu processamento, o que outorga à Administração a faculdade de estabelecer regras gerais específicas ou deixar ao critério da autoridade a determinação do *iter* a ser observado em cada caso, de acordo com a natureza dos fatos alvejados pela denúncia do representante.”

3º) E, por fim, o *pedido de reconsideração* (art. 109, inc. III), tal recurso é cabível estritamente no caso de aplicação de *pena de declaração de inidoneidade*, nos termos do art. 87, inc. IV, da Lei federal nº 8.666/93, sendo que tal sanção tem duração superior a 2 (dois) anos, e, ainda, tem abrangência em todas as esferas da Administração.

Tal sanção é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, conforme reza o § 3º – e não § 4º ! – do art. 87, da Lei nº 8.666/93, sendo que o pedido de reconsideração deve ser dirigido somente às mesmas autoridades aqui relacionadas, no prazo de 10 (dez) dias da intimação do ato, que deve ocorrer mediante a publicação na imprensa oficial, conforme reza o § 1º, do art. 109, em comento.

d) A intimação dos atos para efeito de recursos:

A intimação dos atos relativos à habilitação ou inabilitação de licitante, ao julgamento das propostas, à anulação ou revogação do certame, à rescisão do contrato, e à aplicação de pena de declaração de inidoneidade deve ser realizada mediante a publicação em imprensa oficial, exceto quando *presentes todos os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata*, conforme reza o art. 109, § 1º, da Lei.

É cediço que na prática a intimação dos atos para efeito de recurso em licitações tem sido realizada também através de *e-mail*, com fundamento no art. 26, § 3º, da Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, o que, a nosso ver, não representa qualquer ilegalidade, desde que seja encartada aos autos a confirmação do recebimento da mensagem eletrônica, já que o indigitado dispositivo reza “*ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado*”, então deve haver a certeza da ciência para que o ato de intimação reste aperfeiçoado.

e) Os efeitos dos recursos em licitações:

Quanto aos efeitos dos recursos administrativos, prevê o art. 109, § 2º, que o recurso previsto nas alíneas *a* (habilitação ou inabilitação) e *b* (julgamento das propostas), do inc. I, terá *efeito suspensivo*, sendo que a autoridade competente pode atribuir efeito suspensivo aos demais recursos.

O *efeito suspensivo* é conferido aos recursos interpostos nas fases de habilitação dos licitantes (ou inabilitação), e do julgamento das propostas, para que, com isso, se evite o tumulto no procedimento da licitação, uma vez que enquanto não se decidir o recurso, a próxima fase não pode ter início.

É de império ter presente que o *efeito devolutivo* – devolve toda a matéria para apreciação da instância superior – é próprio de todo recurso.

f) Das contrarrazões aos recursos administrativos:

Reza o art. 109, § 3º, da Lei, que a interposição do recurso deve ser comunicada aos demais licitantes, que poderão impugná-lo em cinco dias. Trata-se aí de atendimento ao *princípio do contraditório*, sob pena de invalidação do procedimento.

g) Do juízo de retratação da autoridade:

O recurso interposto é dirigido à autoridade superior por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, que, a seu turno, pode reconsiderar sua decisão, modificando-a, em exercício do *juízo de retratação*, no prazo de cinco dias, e de forma motivada, conforme se depreende da leitura do § 4º, do art. 109, em exame.

Ou, se a autoridade que praticou o ato recorrido entender que sua decisão deve ser mantida, tal autoridade no mesmo prazo de cinco dias, determina de forma motivada, a subida do recurso à autoridade superior para decisão.

h) A necessária vista dos autos ao interessado:

Em perfeito atendimento ao *princípio do contraditório e da ampla defesa* tem-se que nenhum prazo de recurso previsto na Lei nº 8.666/93 se inicia ou

corre sem que seja franqueada vista dos autos ao interessado, conforme reza o § 5º, do art. 109, aqui comentado.

Nesse sentido, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, em Mandado de Segurança nº **7106-DF**, relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Seção, julgado em 27/06/2001:

“Na interposição de recurso administrativo a Comissão de Licitação deve franquear à parte recorrida vista do processo. Inteligência do art. 109, § 5º, da Lei 8.666/93.”

Ainda no mesmo diapasão é o venerando acórdão do e. STJ, no MS nº **6.048-DF**, relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Primeira Seção, julgado em 10/04/2000.

i) Dos prazos de recursos nos convites:

É cediço em direito que *o convite constitui modalidade de licitação mais célere e dinâmica*, e, por esse relevante motivo, também são mais curtos os prazos de recurso hierárquico e representação, e suas respectivas respostas ou impugnações, que, portanto, são reduzidos para apenas 2 (dois) dias, conforme consta do § 6º, do art. 109, em comento.

Essas são nossas considerações a respeito do tema.