

A fase recursal na nova Lei de Licitações: uma análise comparativa com as Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011

(Rafael Sérgio de Oliveira)

https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/23/a-fase-recursal-na-nova-lei-de-licitacoes-um-a-analise-comparativa-com-as-leis-n-8-666-93-10-520-2002-e-12-462-2011/?utm_campaign=newsletter_onll&utm_medium=email&utm_source=rd_station

Coautoria: **Angelina Leonez e Carmen lêda Carneiro Boaventura**

1. INTRODUÇÃO

A fase recursal nos procedimentos licitatórios é um momento bastante relevante na seara de contratações públicas, tanto para a Administração que conduz o processo, quanto para a empresa licitante que manifesta o seu interesse, a sua vontade em recorrer de determinada decisão.

Levando-se em consideração o que sinaliza Foucault, sobre a arqueologia das palavras, notadamente em Direito Administrativo, o recurso, do latim *recurro* indica correr para trás ou retroceder^[1]. O recurso é um retorno àquilo que já foi feito na medida em que ele é uma revisão de um ato já praticado. O ato de recorrer representa justamente o direito que a empresa licitante tem de insurgir-se contra alguma decisão, no bojo do processo licitatório. Assim, os interessados que se sintam eventualmente prejudicados podem manifestar-se contra a decisão da Administração por

meio da intenção de recorrer, registrando em seguida as razões recursais, dentro do prazo determinado.

Nesse mister, faz-se necessária uma abordagem de maneira ampla sobre esse assunto, com enfoque em vários diplomas normativos, que geram diversos desdobramentos e interpretações, sobretudo, sob a perspectiva jurídica. Cabe salientar, por oportuno que trataremos do recurso que visa a atacar o julgamento da proposta e a habilitação no âmbito do processo licitatório, que são aqueles previstos nas alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 165 da Nova Lei de Licitações – NLLC.

Os variados diplomas normativos, existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tratam da fase recursal do processo licitatório de maneira peculiar, com regras procedimentais próprias, que passaremos a comentar e analisar nos tópicos a seguir, comparando-os, principalmente com a redação da Lei nº 14.133/2021, visto que esta apresenta uma consolidação de normas, inspirada principalmente na legislação do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC[2].

O objetivo do presente artigo é refletir e analisar possíveis interpretações envolvendo a fase recursal na NLLC, comparando esta fase nas previsões da Lei nº 8.666/93, na Lei nº 10.520/2002, que trata da modalidade de Pregão, com ênfase no procedimento eletrônico à luz do Decreto nº 10.024/2019 e ainda, da Lei nº 12.462/2011, que trata do RDC.

2. A FASE RECURSAL NA LEI Nº 8.666/1993

A priori, antes de adentrar na temática envolvendo a fase recursal na Lei nº 8.666/1993, é válido destacar que, por esta Lei, a regra é analisar primeiro os documentos de habilitação e somente após, efetuar a fase de julgamento das propostas, conforme previsão do art. 43:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V – julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI – deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação. (grifamos)

Assim, pela leitura desse artigo, é perceptível que primeiro são analisados os documentos de habilitação, e somente após, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação, são analisadas as propostas de preço. Somente serão abertos os envelopes de propostas após a fase de análise e julgamento da documentação de habilitação, assim, as propostas das empresas não habilitadas não devem ser conhecidas[3].

Inclusive, forçoso destacar que para ultrapassar a fase de habilitação para o julgamento de propostas é necessário que tenha transcorrido o prazo

sem interposição de recurso, ou que haja renúncia expressa do direito de recorrer de todas as empresas licitantes[4], registrado em Ata, para que a Comissão possa dar prosseguimento no julgamento das propostas e continuidade na realização do certame.

Sobre o recurso, a Lei nº 8.666/1993 prevê em seu art. 109, inciso I, senão vejamos:

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

É importante salientar que a fase recursal estabelecida no art. 109, I, refere-se aos procedimentos licitatórios da Lei nº 8.666/1993, quando das modalidades de concorrência, concurso, leilão, tomada de preços e convite[5]. Imperioso verificar, após análise deste artigo, que cabe recurso tanto da fase de habilitação, como também da fase de julgamento das propostas.

O §2º do referido artigo destaca que o recurso terá efeito suspensivo e no §3º há menção à possibilidade que os demais licitantes tem de impugnar o recurso apresentado. É válido deixar claro que as hipóteses de representação e pedido de reconsideração, previstos nos incisos II e III, muito embora constantes no capítulo dos Recursos Administrativos, não será objeto de análise no presente artigo.

Ademais, tem-se o entendimento pela doutrina de que o recurso do art. 109, inciso I tem natureza jurídica de recurso hierárquico[6], indicando que deve ser dirigida à autoridade superior, por intermédio da pessoa que praticou o ato recorrido, conforme previsão do §4º do mesmo artigo:

§ 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.

Feita essa análise da fase recursal nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, convém trazer nuances relativas ao recurso na Lei nº 10.520/2002, que trata a modalidade de Pregão.

3. A FASE RECURSAL NA LEI Nº 10.520/2002

A Lei nº 10.520/2002, que trata da modalidade de licitação denominada Pregão, estabelece em seu art. 4º, inciso XVIII:

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;

Depreendem-se da leitura do artigo supramencionado diversas características importantes que valem à pena o destaque. A primeira delas é que o direito de recorrer surge no momento em que há a declaração de um licitante vencedor no certame[7]. Ademais, cristalino é que este direito cabe a qualquer licitante que esteja participando do procedimento e queira manifestar a sua intenção de recorrer, de insurgir-se da decisão do Pregoeiro – significa dizer, cabe recurso quando há decisão do Pregoeiro.

Importante destacar também que, em sede de Pregão, há diferença entre a intenção de recorrer e as razões recursais. O licitante pode manifestar sua intenção de recorrer, de forma imediata e motivada, na sessão pública, seja em relação a sua desclassificação, seja em relação à habilitação equivocada de uma empresa concorrente, sob pena inclusive da perda da oportunidade processual, conforme inciso XX do mesmo artigo.

Assim, premente é a necessidade que o licitante tem em manifestar a sua intenção de recorrer, através do sistema eletrônico – na hipótese do Pregão Eletrônico disciplinado pelo Decreto nº 10.024/2019 – ou verbalmente na sessão pública de Pregão Presencial. Ademais, essa manifestação deve se dar de maneira motivada, explicitando sucintamente os argumentos que levaram à pretensão recursal, para posterior apresentação das razões.

Outro aspecto relevante diz respeito à necessidade de vista imediata dos autos para que o licitante possa exercer o seu direito de recorrer. Assim, devem ser disponibilizados, por exemplo, os documentos de habitação e proposta de preços da empresa licitante declarada vencedora no certame, para que o recorrente (empresa que manifestou a intenção de recorrer da decisão do Pregoeiro, que habilitou e classificou a empresa concorrente) possa analisar se realmente a decisão foi correta, e para que possa expor os fundamentos de fato e de direito nas suas razões recursais.

Ainda nesse inciso, percebe-se o estabelecimento de prazo para apresentação das razões recursais – uma vez apresentada a intenção de recorrer, de forma imediata e motivada, a empresa recorrente tem o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar suas contrarrazões recursais, em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente. É oportuno salientar que a apresentação das contrarrazões recursais constitui uma faculdade da empresa recorrida, de maneira a apresentar argumentos contrários ao recorrente, e expor as razões pelas quais deve permanecer vencedora no certame.

Conforme citado anteriormente, convém trazer à baila o art. 4º, inciso XX, *litteris*:

Art.4º (...)

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

Saliente-se que, a ausência de manifestação da intenção de recorrer implica na “decadência do direito”[8], ou seja, o licitante não terá oportunidade para apresentar sua irrisignação contra decisão do Pregoeiro através de recurso, com seus efeitos pertinentes, salvo através do direito de petição, constitucionalmente previsto (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”)[9].

Diferentemente do que prevê a Lei nº 8.666/93, a fase recursal no Pregão é única, ou seja, há apenas um momento específico para manifestação da intenção de insurgir-se de determinada decisão do Pregoeiro, chamado pela doutrina de unirrecorribilidade dos atos decisórios[10]. Daí a importância de as empresas licitantes estarem atentas ao procedimento de Pregão, visto que só há um momento para

discordar da decisão do Pregoeiro através de recurso administrativo, durante a sessão pública, sob pena de “decadência”, conforme citado alhures.

Na abordagem envolvendo recurso administrativo em sede de Pregão, convém destacar ainda, a existência da necessidade de observância aos pressupostos recursais, também denominados de requisitos de admissibilidade recursal. São eles: a sucumbência, a legitimidade, a tempestividade, o interesse recursal, a motivação e a regularidade formal. O pregoeiro deve, portanto, avaliar apenas esses pressupostos recursais, quando da análise da intenção recursal, sem adentrar ao mérito do recurso propriamente, que será realizado quando da apresentação das razões recursais[11].

Ultrapassada essa análise detalhada sobre as principais características do recurso na Lei nº 10.520/2002, convém analisar a fase recursal no Regime Diferenciado de Contratações, e logo em seguida, traçando orientações e possíveis interpretações dessa fase à luz do novo diploma normativo, conforme veremos.

4. A FASE RECURSAL NA LEI Nº 12.462/2011

Antes de adentrar na temática envolvendo a fase recursal na Lei nº 12.462/2011[12], é imperioso destacar, a princípio, o processo licitatório no âmbito desta Lei, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, conforme apresentado no seu art. 12:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I – preparatória;

II – publicação do instrumento convocatório;

III – apresentação de propostas ou lances;

IV – julgamento;

V – habilitação;

VI – recursal; e

VII – encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Com base nisso, é importante observar que a regra no RDC é similar à convencionada na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) – primeiro ocorre o julgamento de preços e em seguida a habilitação, contudo, o art. 12, em seu Parágrafo único, traz a possibilidade de inversão de fases.

Partindo para a análise da fase recursal trazida pela Lei nº 12.462/2011, podemos inicialmente destacar o art. 45, *in verbis*:

Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

(...)

II – recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;

b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

c) do julgamento das propostas;

d) da anulação ou revogação da licitação;

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

f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e

III – representações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

§ 1º Os licitantes que desejarem apresentar os recursos de que tratam as alíneas a, b e c do inciso II do caput deste artigo deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

§ 2º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e começará imediatamente após o encerramento do prazo recursal.

Percebe-se que a apresentação da intenção de recurso se dará “imediatamente” após finalizada cada sessão (julgamento das propostas ou habilitação), e caberá à comissão apreciar sua admissibilidade, nos termos do inciso VI do art. 7º do Decreto nº 7.581/2011[13].

Quanto ao ponto de apresentação da intenção de recorrer de forma imediata, a Lei do RDC não traz qual o exato momento que deverá

haver essa manifestação imediata, entretanto, é uma questão esclarecida no regulamento (Decreto nº 7.581/2011), o qual prevê em seu art. 53 expressamente “após o término de cada sessão”:

Art. 53. Os licitantes que desejarem recorrer em face dos atos do julgamento da proposta ou da habilitação deverão manifestar imediatamente, após o término de cada sessão, a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

Já a apresentação dos recursos respeitará o prazo instituído no inciso II do art. 45 e no art. 54 do Decreto nº 7.581/2011, transcrito anteriormente, com a fase recursal única, nos termos do art. 27 da Lei do RDC, salvo no caso de inversão de fases, vejamos:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Feito o balizamento acima, quanto à manifestação da intenção em recorrer, nota-se a necessidade de dar celeridade aos recursos quando é permitido o registro da intenção de recorrer “imediatamente” após cada fase, perdendo o direito de recorrer caso não apresente (§ 1º do art. 45 da Lei do RDC), diferenciando-se do Pregão, em que a manifestação da intenção de recorrer ocorre apenas após declarado o vencedor no final da sessão (inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002), conforme exposto no tópico 3 deste artigo.

Entretanto, de acordo com o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.462/2011, já apresentado anteriormente, é permitida a inversão das fases – habilitação primeiro e julgamento das propostas depois, consentindo assim a possibilidade de duas fases recursais, após a habilitação e após o julgamento das propostas, nos levando ao que é estabelecido na Lei nº 8.666/1993.

Nessa linha de raciocínio, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro afirmam o que segue:

Não se segue, assim, a lógica tradicional de serem resolvidas as impugnações referentes à habilitação dos licitantes para então, a partir daí, ser dado prosseguimento ao certame com a fase de apresentação das propostas e abertura de nova etapa recursal contra os atos de julgamento das propostas.

Com essa simplificação dos procedimentos recursais, tem-se aqui uma das principais consequências de se proceder à fase habilitação depois da fase de apreciação das propostas. Somente quando houver a inversão de fases, o procedimento tradicional da Lei nº 8.666/1993 deve ser seguido, ou seja, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas (art. 58 do Decreto nº 7.581/2011).[14]

Considerando isso, e retomando o que diz o art. 27 da Lei nº 12.462/2011, acentua-se a parte do artigo que diz: “Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, (...)”, ou seja, a fase de recurso será única no procedimento do RDC, exceto quando ocorrer a inversão de fases – a habilitação vier antes da etapa de julgamento das propostas, o que permitirá duas fases recursais, sendo isso regulamentado no art. 58 do Decreto 7.581/2011:

Art. 58. No caso da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas. (grifou-se)

Assim, quando houver inversão de fases, com a habilitação ocorrendo antes da fase de julgamento das propostas, haverá uma “fase recursal múltipla”, semelhante à sistemática da Lei 8.666/1993, por conta dos diversos atos normativos praticados nessa modelagem[15].

Além disso, a Lei nº 12.462/2011 é silente quanto ao efeito suspensivo do recurso, ocorrendo em fase única ou não. Todavia, o procedimento licitatório só será encerrado após exauridos os recursos, conforme depreende-se do art. 28 da Lei do RDC:

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I – determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;

II – anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;

III – revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade;
ou

IV – adjudicar o objeto e homologar a licitação.

As características acima expostas, relativamente à fase recursal do Regime Diferenciado de Contratação, serão importantes quando da análise interpretativa da fase recursal da Nova Lei de Licitações, notadamente no tocante ao momento da inversão de fases, conforme se verá adiante.

5. A FASE RECURSAL NA LEI Nº 14.133/2021

Quanto à Nova Lei de Licitações, seguindo a linha da Lei do RDC, o *novel* diploma trouxe também a marcha do procedimento licitatório, indicando as suas fases. Essas etapas do certame são apresentadas no art. 17 da Lei:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I – preparatória;

II – de divulgação do edital de licitação;

III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação. (grifou-se)

Levando isso em conta, reparamos que a regra da NLLC segue a mesma linha do Pregão e do RDC, já apresentada antes – primeiro o julgamento das propostas e em seguida a habilitação, sendo que o § 1º do art.17 traz a possibilidade de inversão de fases, similar à Lei nº 12.462/2011.

Partindo dessa análise, podemos citar o posicionamento dos Professores, Rafael Sérgio de Oliveira e Marcos Nóbrega, que destaca:

Cabe aqui dizer que, na lógica da Lei nº 14.133/2021, o procedimento licitatório tem sentido oposto ao da Lei nº 8.666/1993 conjugada com a Lei do Pregão. Isso porque a Lei nº 8.666/1993 tinha habilitação antes da apresentação das propostas e do seu julgamento. Por isso, entendia-se que a Lei nº 10.520/2002 inverteu essa lógica, prevendo que a habilitação no pregão ocorre após o julgamento. No caso da Lei nº 14.133/2021, como

bem se nota no inc. I do §1º do seu art. 165, a inversão ocorre quando, nos termos do art. 17, §1º, da nova lei, a Administração decide antecipar a habilitação.[16]

Feito necessário esse detalhamento acima, passa-se a analisar a fase recursal da licitação, na qual é possível observar que, assim como no Pregão e no RDC, a NLLC também traz a fase recursal única, senão vejamos:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I – recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

b) julgamento das propostas;

c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

d) anulação ou revogação da licitação;

e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

§ 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I do caput deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I – a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do caput deste artigo será iniciado na data de intimação ou de

lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 desta Lei, da ata de julgamento;

II – a apreciação dar-se-á em fase única. (grifamos)

Partindo dessa comparação entre as Leis acima citadas, alguns questionamentos surgem quanto à fase recursal na NLLC, vejamos:

1. A Lei nº 14.133/2021 não menciona manifestação “motivada” da intenção de recorrer, como é no caso da Lei nº 10.520/2002 (Inciso XVIII, art. 4º). Isso, faria entender a dispensa de um juízo de admissibilidade das intenções recursais na NLLC?

2. Há realmente o “faseamento” na fase de intenção de recurso na Lei nº 14.133/2021, como ocorre no RDC, uma vez que o inciso I do § 1º do art. 165 da NLLC não é claro quanto a esse ponto, ou esse termo “imediatamente” pode levar a entender que será após a declaração do vencedor, como ocorre no Pregão?

3. Quanto à inversão de fases, tendo em vista a fase recursal única, apresentada no inciso II do § 1º do art. 165, qual poderia ser a melhor solução:

a) Quando de uma possível manifestação contrária à habilitação ou inabilitação, por exemplo, e havendo a intenção de recorrer, sendo acatados os motivos apresentados no recurso, poderia haver uma “suspensão” da decisão de inabilitação, permitindo assim que o licitante inicialmente inabilitado participe da fase de lances, e no final ocorrer a análise do recurso apresentado, mantendo o direito de participação do licitante em todas as fases?

b) Quando de uma possível manifestação contrária a habilitação ou inabilitação, por exemplo, e havendo a intenção de recorrer, e sendo

acatados os motivos apresentados no recurso, sem voltar fase, o licitante antes inabilitado, poderia concorrer com o valor da sua proposta inicial?
Ou

c) Quando de uma possível manifestação contrária a habilitação ou inabilitação, por exemplo, e havendo a intenção de recorrer, e sendo acatados os motivos apresentados no recurso, voltaria fase e haveria uma nova etapa de lances?

O que interessa ao presente texto é expor e refletir a respeito da interposição, da admissão e da análise de recursos na fase de licitação, especialmente do julgamento das propostas (alínea *b* do inciso II do art. 165) e da habilitação (alínea *c* do inciso II do art. 165), o que corriqueiramente acontece nos certames. Esses pontos estão tratados no § 1º do art. 165 acima transcrito.

5.1. A interposição e a admissão de recursos na licitação da Lei nº 14.133/2021

Considerando o acima exposto, e da análise do inciso I do § 1º mencionado, podemos perceber que NLLC adota a mesma sistemática da Lei do Pregão e do RDC, que é a interposição de recurso por meio da manifestação da intenção de recorrer seguida da apresentação das razões recursais. Esse dispositivo coloca que “a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente” (art. 165, I, da Lei nº 14.133/2021). Aqui surge a dúvida acerca de qual seria o momento dado ao licitante para tal manifestação.

Como já dito, a Lei nº 10.520/2002 apresentou uma marcação muito clara de quando seria o momento da manifestação da intenção de recorrer, cristalizando que essa etapa deve ter lugar no Pregão tradicional após a declaração do vencedor (art. 4º, XVIII, da Lei do Pregão). Isso significa dizer que, no Pregão da Lei nº 10.520/2002, a unicidade da fase recursal

existe na manifestação da intenção de recorrer, na apresentação das razões e na análise recursal.

A NLLC não adotou claramente o mesmo sistema. Como já asseverado, o novo diploma apenas fala que a interposição de recurso deve ser realizada por meio da manifestação imediata da intenção de recorrer, o que deixa dúvidas em relação ao modelo adotado, se o do RDC ou o do Pregão da Lei nº 10.520/2002.

Aqui já se disse que no RDC a manifestação da intenção de recorrer deve acontecer “após o término de cada sessão” (art. 53 do Decreto nº 7.581/2011). Ou seja, uma vez julgadas as propostas, abre-se aos licitantes a oportunidade para manifestar o seu interesse de recorrer desse ato. Posteriormente, inicia-se a sessão de habilitação e, habilitado ou inabilitado um licitante, abre-se a possibilidade de os concorrentes manifestarem o interesse de recorrer em relação ao ocorrido nesta última etapa.

Com isso, após a lavratura da ata, com a decisão do vencedor habilitado, é que se apresenta a possibilidade daqueles que manifestaram a intenção de recorrer apresentar suas razões.

Porém, atente-se para o fato de que, por exemplo, no modelo do RDC, caso o licitante não tenha manifestado sua intenção de recorrer ao término da sessão de julgamento, ele não terá apreciada na fase recursal eventuais razões relacionadas a essa fase do certame, ainda que ele tenha manifestado a intenção de recorrer ao término da habilitação. Isto é, as razões que serão apreciadas pela autoridade recursal serão apenas aquelas relacionadas à etapa na qual o licitante manifestou a intenção de recorrer.

Aos nossos olhos, seria mais eficiente que a regulamentação da matéria adotasse como prática da NLLC o modelo do pregão da Lei nº 10.520/2002, unificando a fase de manifestação da intenção de recorrer no

momento em que for declarado o vencedor. Enxergamos que esse padrão simplifica o procedimento para os candidatos e para a Administração, de modo que vai ao encontro do princípio da eficiência (art. 37 da Constituição c/c o art. 5º da Lei nº 14.133/2021).

Outro ponto que a NLLC não traz é o requisito da motivação da manifestação da intenção de recorrer. Esse é um elemento imprescindível para a eficiência do certame. Trata-se de requisitos de admissibilidade do recurso no Pregão da Lei nº 10.520/2002 (art. 4º, XVIII). Assim é para inibir os licitantes de apresentarem intenções recursais protelatórias. Já há na jurisprudência decisões que consideram legítimas a inadmissão de recurso com motivação genérica, isto é, aquela que apresenta um motivo que não é capaz de caracterizar o ponto de inconformismo com a decisão do Pregoeiro[17]. Por isso, seria aconselhável que, para a higidez do sistema recursal no novo regime de contratação pública nacional, a motivação fosse considerada um requisito de admissão da intenção de recorrer.

A rigor, consideramos que a admissão deve se pautar por todos os requisitos de admissão até então vigentes no sistema do Pregão tradicional, que são: a) sucumbência; b) tempestividade; c) legitimidade; d) interesse; e) motivação; e f) regularidade formal[18].

Em relação à apresentação das razões recursais, não há dúvidas que a Lei nº 14.133/2021 manteve a fase única. Nos termos do inciso I do art. 165, o prazo para a apresentação dessas razões é de 3 (três) dias úteis. O inciso I do § 1º desse art. 165 fala que esse lapso se inicia na data da intimação ou da lavratura da ata de habilitação ou inabilitação, considerando-se nessa hipótese uma licitação processada pelo procedimento indicado no *caput* do art. 17 da NLLC, isto é, o certame no qual primeiro se julga e depois se habilita. Como já dito, tais razões são ofertadas em um único momento e em uma única peça, na qual constarão os eventuais inconformismos com o julgamento das propostas e com a habilitação.

É importante dizer que o processamento do recurso nem sempre dependerá da apresentação das razões. Se da motivação ofertada no momento da manifestação da intenção se puder inferir quais os pontos fáticos e jurídicos que levaram à interposição recursal, cabe às autoridades apreciar o pleito de irresignação[19].

Cabe aqui registrar que o art. 168 da Lei nº 14.133/2021 impõe o efeito suspensivo aos recursos, o que significa dizer que, manifestada a intenção de recorrer e admitido o recurso, o certame deve aguardar a apresentação das razões e a decisão da autoridade recursal para, a partir daí, seguir o seu curso.

O efeito suspensivo é uma garantia que visa a assegurar o cumprimento do mandamento constitucional que consagra aos que defendem seus interesses perante o Estado o direito de efetivamente se defender, inclusive com o manejo de recursos contra decisões, o que deve ocorrer dentro dos termos do devido processo legal[20] (art. 5º, LIV e LV).

Com isso, a nova Lei exige que o procedimento aguarde a decisão da autoridade recursal para, só assim, seguir o seu curso. Tal medida deve ser aplaudida, pois a tramitação da licitação com a pendência de uma decisão recursal tenderia a levar a autoridade que aprecia o inconformismo a manter a decisão atacada para não ter de refazer todo o procedimento. Por isso, é de bom tom que as marcações recursais representem, dentro dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 5º da Lei nº 14.133/2021), uma efetiva resolução das pendências procedimentais.

Desse modo, no caso do procedimento licitatório previsto no *caput* do art. 17 da NLLC (julgamento e em seguida habilitação), enxergamos que o retorno à etapa de julgamento, como consequência do provimento a um eventual recurso questionador dessa fase, não configura um ônus de peso capaz de inibir a autoridade que decide o recurso. Assim, considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há agressão ao devido processo legal na concentração do recurso às fases de julgamento

e habilitação quando adotado o procedimento regra previsto no *caput* do art. 17 da Lei nº 14.133/2021, caso em que a suspensão do certame para a apreciação do recurso só acontecerá após a fase de habilitação, embora o recurso possa se referir a uma ilegalidade cometida no julgamento da licitação.

Nesse sentido, questionamos aqui a sistemática recursal adotada pela Lei nº 14.133/2021 nas situações em que a licitação é processada nos termos do § 1º do art. 17, ocasiões em que a habilitação dos candidatos é antecipada para o momento anterior à etapa de apresentação e julgamento das propostas. Nesses casos, segundo a parte final do art. 165, inciso I do § 1º, o prazo para a apresentação das razões do recurso se inicia com a intimação ou com a lavratura da ata de julgamento. Ou seja, a Lei nº 14.133/2021 não faz alusão a uma fase recursal duplicada no caso da inversão de fases prevista no § 1º do seu art. 17. A quebra da unicidade da fase recursal nas situações de antecipação da habilitação não é prevista nem para a sua interposição e nem para sua apreciação na NLLC. Ao nosso modo de ver, é a manutenção da apreciação única que mais compromete a efetividade do recurso na Lei nº 14.133/2021 nas ocasiões em que a habilitação é antecipada. Porém, essa questão será analisada no próximo tópico.

Neste momento, queremos apenas apontar que muitas são as dúvidas que pairam sobre o procedimento de interposição recursal na hipótese de antecipação da habilitação.

Primeiramente, se mantida a apreciação do recurso em fase única, como seria a manifestação da intenção de recorrer? O inabilitado teria condições de manifestar sua intenção quando da decisão da sua inabilitação ou apenas quando proclamado o julgamento? Questiona-se o mesmo em relação ao inconformismo com a habilitação de outros concorrentes. E mais: como fica o efeito suspensivo recursal previsto no art. 168 da NLLC, uma vez que o inconformismo com a etapa habilitatória não impede a parada do certame até que tais questionamentos sejam respondidos?

Em nossa avaliação, esses apontamentos só podem ser analisados juntamente com as questões relativas à apreciação do recurso, motivo pelo qual enfrentaremos esses pontos a seguir.

5.2. A apreciação do recurso na licitação na Lei nº 14.133/2021

Acerca da apreciação do recurso, o inciso II do § 1º do art. 165 DA Lei nº 14.133/2021, estabelece que “a apreciação dar-se-á em fase única”. Conforme já vimos, essa, de fato, deve ser a regra, já que o modelo de procedimento admitido pelo *caput* do art. 17 da NLLC comporta uma fase recursal única, tanto em termos de interposição e admissão como em termos de apreciação.

Entretanto, no caso de a marcha do procedimento seguir o rito do art. 17, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, oportunidade em que a habilitação é antecipada para antes das etapas de apresentação e julgamento das propostas, a apreciação do recurso das etapas de habilitação e julgamento em fase única não parece atender aos ditames do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo aos preceitos constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição).

Inicialmente, ressaltamos que as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa também se aplicam à atividade administrativa do Estado sempre que se verifica uma potencial ação gravosa do Poder Público em face do particular. Nesse sentido, vale trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que leciona:

Os referidos princípios, de mais extrema importância – e que viemos a incluir nesta relação por oportuna advertência de Weida Zancaner –, consistem, de um lado, como estabelece o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, de outro, na conformidade do mesmo artigo, inciso LV, em que: “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”. Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e ampla defesa, no que inclui o direito de recorrer das decisões tomadas.[21]

Cabe aqui dizer que o devido processo legal é uma cláusula constitucional que deve ser observada na sua dimensão substancial e procedimental. Aquela dimensão impõe ao legislador e ao intérprete do Direito a elaboração de um procedimento que consagre uma efetiva garantia de contraditório e ampla defesa. A rigor, pode-se dizer que se trata do dever de o procedimento previsto na lei consagrar marcações que garantam aos interessados o exercício efetivo da defesa dos seus interesses.

Isso significa dizer que o legislador não se encontra desvinculado de preceitos constitucionais no momento da fixação do procedimento na lei. Como ensina Carlos Roberto Siqueira Castro, “(...), a garantia do *devido processo legal* assume uma nítida postura ‘substancial’ e limitadora do mérito das ações estatais, tornando-se o paladino dos ideais privatistas na luta contra o avanço avassalador do Estado, que teve lugar a partir do 1º pós-guerra”[22].

Assim, questionamos a manutenção da apreciação em fase única do recurso relativo às etapas de julgamento das propostas e de habilitação, nas situações em que há a inversão das fases nos termos do § 1º do art. 17 da NLLC. Nessas ocasiões haverá primeiramente a habilitação/inabilitação dos licitantes para, posteriormente, ocorrer a etapa de apresentação das propostas e de lances e, em seguida, o julgamento das propostas. Com isso, a pendência de questões relativas à etapa habilitatória pode trazer máculas irremediáveis ao certame. Vejamos.

No caso da inabilitação de um licitante, ele ficará impedido de participar da fase competitiva e, com isso, não terá sua proposta apreciada pela

autoridade responsável pela condução do certame. Caso seu recurso seja provido ao final, toda a fase competitiva (apresentação das propostas e de lances) terá de ser refeita, o que representaria um alto custo procedimental.

Não se diga que uma solução seria manter tal licitante na fase competitiva na hipótese de ele manifestar interesse de recorrer da sua inabilitação, pois a antecipação da habilitação tem como objetivo retirar da competição aqueles que não têm as condições necessárias para a execução do contrato. Assim como também não seria suficiente se, após o julgamento das propostas, havendo o provimento ao recurso, fosse analisada a proposta inicial eventualmente apresentada juntamente com os documentos de habilitação. Neste último caso, sobretudo se se tratar de um certame no qual ocorra a oferta de lances, haverá um grave prejuízo ao licitante devidamente inabilitado, pois não terá participado dessa relevante etapa da competição, o que caracteriza quebra de isonomia na concorrência.

Questionamos, ainda, a isenção da autoridade recursal na apreciação do recurso em uma situação como esta. Como dito, o provimento ao recurso a uma inabilitação apreciado em fase única após o julgamento das propostas representa um alto custo para a Administração, a ponto de sugerir àquele que decide o recurso o seu improvimento, sob pena de ter de refazer parte significativa da licitação. É nesse último sentido que questionamos a aderência ao *devido processo legal substantivo* da manutenção da apreciação do recurso em fase única nos casos em que a habilitação é antecipada.

Ademais, não se pode deixar de enxergar a lei em sua perspectiva sistêmica. Cada dispositivo legal é parte de um todo a ser observado dentro do ordenamento jurídico. Assim, é preciso lembrar que a Lei nº 14.133/2021 impõe o efeito suspensivo aos recursos (art. 168). Pois bem, já tivemos a oportunidade de dizer que esse efeito é uma garantia do licitante, a fim de que eventual decisão gravosa a si não seja geradora de

efeitos sem que se tenha garantido ao interessado o direito à revisão do ato que o prejudicou. No caso, como já dito antes, a retirada do licitante da fase competitiva é um gravame capaz de se fazer concluir que em tal situação o inconformado recorrente não teve o efetivo efeito suspensivo do seu recurso.

Ressaltamos que no Regime Diferenciado de Contratação Pública, o art. 27 da Lei nº 12.462/2011 prevê a quebra da fase recursal única na hipótese de antecipação da habilitação. Ou seja, no RDC, houve toda essa preocupação com a efetividade da etapa recursal no caso de a habilitação ocorrer antes da fase de apresentação das propostas.

Por fim, um interessante ponto da NLLC é que ela garante a devida assistência jurídica à autoridade que decide o recurso (Parágrafo único do art. 168), o que é muito importante, uma vez que as questões sindicadas na fase recursal quase sempre envolvem discussões de Direito.

6. CONCLUSÃO

Após tais considerações e após a análise da etapa recursal na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 10.520/2002, na Lei nº 12.462/2011 e também na Lei nº 14.133/2021, apresenta-se abaixo o seguinte quadro comparativo:

QUADRO COMPARATIVO ENTRE AS LEIS			
LEI Nº 8.666/1993	LEI Nº 10.520/2002	LEI Nº 12.462/2011	LEI Nº 14.133/2021
REGRA: habilitação e depois julgamento das propostas	REGRA: julgamento da proposta e depois habilitação	REGRA: julgamento da proposta e depois habilitação	REGRA: julgamento da proposta e depois habilitação
NÃO PERMITE inversão de fases	NÃO PERMITE inversão de fases	Possibilidade de inversão de fases	Possibilidade de inversão de fases
	Com análise de admissibilidade das intenções recursais	Sem análise de admissibilidade das intenções recursais	Não há menção na lei
	Fase recursal única após declaração do vencedor	REGRA: Fase Recursal única Quando inverter as fases: Fase recursal duplicada: a) uma para a habilitação; e b) outra para o julgamento.	Fase recursal única

Nesse artigo pretendeu-se analisar sobre a fase recursal na Nova Lei de Licitações, comparando esta fase na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 10.520/2002, que trata da modalidade de Pregão, e ainda, da Lei nº 12.462/2011, que trata do RDC. Em todos esses diplomas há a regulamentação da temática recursal envolvendo contratações públicas, entretanto, sob prismas diferentes.

Constata-se da sistemática da fase recursal da NLLC disposições semelhantes tanto na Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002, quanto da Lei nº 12.462/2011, contemplando até mecanismos próprios que apenas os regulamentos poderão esclarecer, como é o caso dos pontos abaixo elencados:

- I. Manifestação da intenção de recurso ser imediatamente a cada fase ou só após a declaração do licitante vencedor;
- II. Do juízo da admissibilidade de recurso;
- III. Da fase recursal quando da inversão de fases;
- IV. Da adaptação dos sistemas à nova fase recursal.

Oportuno salientar que o art. 191 dispõe que a Administração poderá escolher entre utilizar em seus processos licitatórios a Lei nº 14.133/2021, ou de acordo com a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011, por um período de 02 (dois) anos a contar da data da publicação da NLLC, sendo proibida a aplicação de forma combinada dessas Leis.

Em conclusão, diante de tudo o quanto foi exposto no presente artigo, faz-se necessária uma abordagem sistêmica da NLLC estabelecendo uma análise comparativa dos variados diplomas normativos, na tentativa de contribuir com os debates e com o fito de construir novos entendimentos e interpretações desta nova legislação. Nas palavras de Hamilton Bonatto: *“É o tempo da travessia. É o tempo da ousadia! ... Tempo de ‘esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares’”* [23].