

O JULGAMENTO DAS PROPOSTAS NO PREGÃO ELETRÔNICO E OS RECURSOS CABÍVEIS

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

1. Abordagem geográfica. 2. Recurso: conceito e generalidades. 3. Recurso no pregão eletrônico e normas de incidência. 4. Pressupostos recursais: pressupostos lógico, fundamental, objetivos e subjetivos. 4.1. Admissibilidade e mérito do recurso. 5. Atores no processamento do recurso e seus *scripts*. 6. Dinâmica recursal. 6.1. Momento da interposição do recurso. 6.2. Conteúdo do recurso; formalidades do meio eletrônico. A “intenção de recorrer”; razões e contra-razões recursais. 6.3. Decisão do pregoeiro. 6.4. Autoridade superior (autoridade competente). 6.5. Efeito *devolutivo* ou *suspensivo*? 7. A título conclusivo.

1. ABORDAGEM GEOGRÁFICA

A expressão *abordagem geográfica* está a indicar, antes de tudo, a necessidade de se adotar uma premissa lógica e metodologicamente compreensível aos olhos do leitor no tocante à localização do tema a ser enfrentado. Basicamente cuidaremos aqui dos *recursos*¹ no *pregão eletrônico*.

Roga-se, portanto, que tanto a etapa interna quanto os demais passos da etapa externa do pregão eletrônico sejam captados e mantidos na

consciência para o bom aproveitamento da análise a ser feita.

E mais: todas as etapas² do procedimento já mencionado são – a partir do presente instante – nada mais do que *premissas* presumidamente conhecidas de todos.

2. RECURSO: CONCEITO E GENERALIDADES

O vocábulo *recurso* – apontam os dicionários – provém da palavra latina *recursus*, indicativa da *possibilidade de voltar* ou do *caminho para*

1. Na realidade, antecipamos que recurso no pregão eletrônico é *um só*. Não cuidaremos nesta oportunidade das *impugnações*, tampouco dos *esclarecimentos* ou de outras formas de manifestar irrisignação para com as condutas tomadas pela Administração Pública num determinado procedimento licitatório. Cumpre esclarecer previamente também que o recurso não se imposta apenas e tão-somente em face da decisão relativa ao *julgamento das propostas*, como ficará evidenciado no decorrer deste escrito.

2. Basicamente 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*. Seguem-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, 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*, enviando-as pelo meio eletrônico. São elas: h) *classificadas* pelo pregoeiro para, então, i) *admiti-las em disputa por meio de lances* oferecidos exclusivamente no sistema. Finalizada a disputa, segue-se a j) *habilitação* e, l) *declarado o vencedor*, surge 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.

voltar. Ao se estabelecer a *arqueologia da palavra*,³ resgata-se que o verbo *recorrer* (igualmente proveniente do latim: *recúrro*) 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 eletrônico. Ou seja, durante a *marcha natural* dos acontecimentos (etapas, *passos* ou *curso*) do pregão eletrônico, 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.⁴ Fala-se, em casos tais, de *recurso hierárquico*.

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 pri-

mário e muito lógico. É que a Administração se desenvolve *debaixo* de princípios e de normas,⁵ 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 Súmulas⁶ 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 ocuparemos.

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*).

3. RECURSO NO PREGÃO ELETRÔNICO E NORMAS DE INCIDÊNCIA

A *quarta modalidade comum*⁷ de licitação, o pregão, comporta duas variantes: o pregão presencial e o pregão eletrônico.

Originadas ambas de medida provisória, encontram na atualidade fundamento legal na Lei n^o 10.520/02 (lei de conversão). E esta, de sua vez, *descende* de mandamento constitucional

3. Não se poderia deixar de citar, a propósito da *arqueologia das palavras*, a obra de Michel Foucault (*Les Mots et les Choses – Une Archéologie des Sciences Humaines*, Paris, Éditions Gallimard, 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. Determinada palavra pode estar fazendo referência a certa *categoria jurídica*, inconfundível com outra de diverso regime jurídico.

4. Mas na sistemática dos recursos administrativos (teoria geral) não é incomum encontrar recursos decididos *sem o reexame hierárquico*. Quer dizer, recursos há em que a segunda decisão é proferida pela própria autoridade ou agente que decidiu em primeiro lugar.

5. Veja-se, por exemplo, a relação de princípios escrita no art. 37 da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)).

6. Estabelecem tais Súmulas (n^o 346): "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos"; (n^o 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".

7. Entendemos que o pregão é a quarta modalidade *comum* de licitação, ao lado da *concorrência*, da *tomada de preços* e do *convite*. O *leilão* e o *concurso* são modalidades *especiais*, segundo a boa doutrina.

que impõe a obrigatoriedade de licitar (art. 37, inc. XXI, da CF/88). Não avaliaremos aqui – por razões metodológicas – o caráter *geral* ou *específico* da lei mencionada no tocante às potencialidades legislativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 22, inc. XXVII, da CF/88).

Importante ressaltar – 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*.

É de frisar também que o *recurso* no pregão não tem suporte na sistemática convencional, nos termos previstos na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93). Ou seja, o instituto possui moldura específica, que é exatamente a citada Lei nº 10.520/02.

E o *recurso no pregão* (seja *eletrônico* e *presencial*) possui uma característica primordial a ser 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.

Tal 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.

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 § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520/02, em que se diz:

“§ 1º 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 Dec. nº 3.697/00, substituído posteriormente pelo Dec. nº 5.450/05.

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

“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;” (art. 4º, inc. XVIII).

O Dec. 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 que, 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 positivamente 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 *norma específica* para o pregão eletrônico, inconfundível com o regramento do pregão presen-

cial, 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*.

E para melhor compreender aquilo que normalmente não é entendido, é de resgatar que as faladas *normas de regência* atraem outras informações sacadas da inteligência da sistemática constitucional.

Referimo-nos, em especial, à possibilidade plural de legislações existentes no Brasil atual. A nossa Constituição Federal abraçou o modelo federativo de Estado e, por esse parâmetro, todas as pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) têm competência para legislar. Essa legislação, no entanto, *não é plena* ou absoluta. Os parâmetros para legislar se encontram no próprio Texto Constitucional. Basicamente, no tema em referência (licitações), a União detém competência para editar as chamadas *normas gerais* (assim, por exemplo, a Lei nº 8.666/93, naquilo que ela não invadiu competências das demais pessoas integrantes da federação). Os Estados e os Municípios detêm competência para tratar dessa mesma matéria, mas *não plenamente*; apenas de modo *específico* (suplementar e complementarmente).

O decreto que se editou para *dar fiel execução à Lei nº 10.520/02* (Dec. nº 5.450/05) *não possui espectro universal*, considerado como seu território dominial todas as unidades federativas brasileiras. Foi ele produzido para destinatários específicos: está ele endereçado (em princípio) tão-somente aos *subordinados do Executivo federal*, que, valendo-se do art. 84, inc. IV, da Constituição Federal, editou o respectivo *ato regulamentar*. Fala-se, nesta hora, do *poder regulamentar do chefe do Executivo federal*.

Ora, se ele (o *chefe do Executivo federal*) editou um *ato subalterno*, um decreto, para os seus *comandados*, já se infere que a regra não alcança mesmo aqueles que não estão, por força do *pacto federativo*, sob seu império.

Lembramos que tal decreto tornou o pregão obrigatório. E a utilização do pregão eletrônico é

a *via preferencialmente* escolhida pela Administração Pública federal.

Seria possível aos desavisados considerar finda a discussão. Mas a questão não é tão simples quanto parece ser, pois há outros ingredientes a serem levados em consideração.

Debruçamo-nos sobre o polêmico assunto, ocasião em que escrevemos:

“Embora com irrecuperável atraso por parte do Governo Federal, recentemente editou-se o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 para dar nova fisionomia ao pregão eletrônico (uma *forma* de licitação escrita no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 2002).

Não obstante o pregão eletrônico já seja utilizado com muita largueza no Brasil há tempos, fatos ocorridos na Administração Pública Federal catapultaram a antiga idéia de dar ao instituto a nova feição que aqui será falada.

A primeira significativa alteração está presa à obrigatoriedade (compulsoriedade) do pregão nas aquisições que o Decreto citado menciona (art. 4º).⁸

A fisionomia normativa do pregão eletrônico ficou desenhada por nós em seguida, quando afirmamos:

“Sabendo de antemão que o Dec. nº 5.450/05 é da espécie *regulamentar* (por injunção de sua matriz legal: § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 2002), igualmente se pontua que sua fonte de validade é de índole constitucional (art. 84, inciso IV, da Constituição de 1988 – CF/88), circunstância que comprova a fiel obediência que dito ato – que é subalterno – deve à Lei que lhe dá fundamento e da qual deriva.

Mas qual é mesmo a função do decreto? Quais os seus exatos limites e contornos? Normas (leis) há que prescindem de regulação. Assim, por exemplo, uma disposição do Código Penal ou do Código Civil. Não obstante, outras leis demandam, para sua concreção, o preenchimento de *espaços* propositalmente deixados pelo legislador. Talvez possamos chamá-las de *leis*

8. Jair Eduardo Santana, “Pregão eletrônico: para entender o arsenal normativo de regência (2)”, *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 4, nº 45, Belo Horizonte, set. 2005, pp. 6004/6007.

administrativas. E segundo o nosso sistema normativo, ao Chefe do Executivo toca editar *decretos e regulamentos para fiel execução dessas leis* (art. 84, IV, já citado).

Deixando de lado as inúmeras possíveis críticas ao texto constitucional,⁹ o fato é que o regulamento é *ato normativo, unilateral, inerente a função administrativa, que, especificando os mandamentos de uma lei não auto-aplicável, cria normas jurídicas legais* (Carrazza, Roque Antônio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1981, p. 14).

Geraldo Ataliba sempre advertiu de modo muito peculiar, a propósito dos *decretos*, que a sua função não é *explicitar, ensinar*, ou expressões do gênero.¹⁰ A função de tal ato, previsto no sistema, é tão somente *permitir a materialização ou concreção da lei*.

Daí talvez a *gana constituinte* em estabelecer a vinculação dessa concreção à *fidelidade do ato parlamentar*, no que se justificaria plenamente a solução encontrada pela CF/88.

Evidencia-se que – conhecendo a longa discussão travada a propósito da existência ou não de *regulamentos autônomos no Brasil* – nem mesmo a edição da emenda constitucional nº 32 (de 11.9.01) foi capaz de introduzir elemento novo que pudesse alterar nosso pensar.

Pode agora ficar mais claro que o ato normativo em análise está plenamente vinculado ao núcleo do poder político legitimado a editá-lo já que a *função regulamentar* falada se aplica, por simetria, às demais esferas territoriais do mencionado poder.

Quer-se dizer que a força normativa do Decreto nº 5.450/05 vai até onde se irradia o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo Federal. Noutras palavras, haverá sempre que se respeitar a divisão feita horizontal e verticalmente pela CF/88 no tocante à *repartição de competências constitucionais*.

E a *mecânica é válida* – insistimos – tanto para a dimensão *territorial* (ou *espacial*: União, Estados e Municípios) quanto para o enfoque

orgânico ('Poderes' Legislativo, Judiciário e Executivo, Ministério Público, Tribunais de Contas...), pois dito Decreto além de tudo possui função similar à dos atos administrativos.

Desse modo, o Decreto nº 5.450/05 (que é *presidencial*) não obriga (e nem poderia) as *gestões dos governadores, dos prefeitos ou dos presidentes de órgãos autônomos, colegiados ou não*, nos termos constitucionais. Dado que tais possuem, segundo a própria CF/88, a anunciada *independência funcional*".

Sobre a obrigatoriedade do pregão – para que dúvida alguma ficasse no operador do direito – cuidamos de explicar aquilo que vimos afirmando: **a compulsoriedade do pregão é relativa**. E essa relativização decorre de diversos fatores.

Com efeito, dissemos:

“A afirmação de que *a compulsoriedade do pregão é relativa* merece esclarecimento.

Decorrendo das assertivas lançadas anteriormente, a obrigatoriedade é conduta exigida apenas e tão somente daqueles que estão sob o influxo direto do Decreto respectivo. Ou seja, eventual obrigatoriedade somente pode ser analisada à vista de quem verdadeiramente seja *destinatário da norma mencionada*, assim qualificado como tal pelo sistema jurídico.

E, na linha de tal raciocínio, o argumento da *exclusão* subtrai daquele comando outro *grupo de situações*.

Tal análise, é importante salientar, sofreu um *revés* no último dia 5 de agosto de 2005, à vista da disposição posta num outro decreto, o de nº 5.504. De modo resumido, instituiu-se a compulsoriedade para todas as Unidades Administrativas (incluem-se *entes privados*) que contratem com recursos vindos da União a título de transferências voluntárias. A idéia é bem simples, ao menos formalmente, e está consentânea com o Decreto 5.450/2005.

Mas esse não é o nosso foco central neste instante.¹¹ Tornemos, por isso, à falada *relatividade do pregão obrigatório*.

9. O *decreto* materializa o *regulamento*. E este só mesmo pode ser *fiel* à lei. O *qualificativo* é desnecessário, para não dizer impertinente.

10. "Regulamento no direito brasileiro", *Revista Forense*, vol. 297:39/49, 1987.

11. O impacto do Dec. nº 5.504, de 8.8.05, no cenário deste artigo é objeto de outro trabalho de nossa autoria.

A *obrigatoriedade* do pregão é ainda relativizada por diversos fatores escritos na ordem jurídica, à semelhança das disposições vazadas nas letras do artigo 4º do Decreto 5.450/05.

De fato, sabe-se que o pregão (tanto o presencial quanto o eletrônico) nada mais é do que meio (instrumento ou veículo) para a contratação. Esta pode se dar por diversas modalidades (referimo-nos às *tradicionais* ou *clássicas*: concorrência, tomada de preços e convite). Sabido, ainda, que *não se pode prestigiar a forma em detrimento do resultado*.

Em termos práticos, quer-se alertar para a circunstância segundo a qual é bem possível – a bem de interesses e princípios que transcendem as *formalidades* – haver uma disputa por bem ou serviço comum não realizada na forma do pregão.

Para que não paire qualquer dúvida, um exemplo servirá para aclarar a afirmação.

O Decreto 5.504, de 5 de agosto de 2005, basicamente estende a qualquer Município que receba transferência voluntária da União a obrigatoriedade do pregão eletrônico. Ora, há Municípios (e não são poucos) que não conseguirão cumprir a regra por um motivo muito simples: *não possuem acesso à internet*.

A par dessa *impossibilidade material*, não será demais lembrar que a norma que impõe tal obrigatoriedade (sem qualquer caráter inovador, insista-se, já que algumas Unidades da Federação já possuem há tempos regra em tal sentido), dá *preferência ao pregão eletrônico*. E se esse caminho não for possível, justifica-se no procedimento respectivo a realização do pregão presencial. Ou de outro *instrumental*, se o caso, conforme é nosso pensamento.

Não se quer deixar assentada – em absoluto – que estamos advogando qualquer insubordinação ao *instituto* tal qual plasmado no quadro jurídico atual. Em contrário, revelando-nos secretários das aquisições eletrônicas, quer-se em verdade deixar aparente a sua real potencialidade, demonstrando suas hipóteses de incidência e de exclusão.

O *menu eletrônico* é, então, para os destinatários dos Decretos 5.450/05 e 5.504/05 a via de trânsito obrigatório, embora tal caminho seja *plástico, flexível e dependente* de fatos que inviabilizem aquele percurso, circunstância que deve ser estampada nos autos respectivos”.¹²

E qual seria a razão de trazer todas as informações aqui postas, aparentemente extensas e intempestivas?

Porque para bem compreender a *sistemática recursal* no pregão eletrônico devemos saber de antemão sobre o *regime jurídico* que rege aquele instituto. E concluindo o que até então se disse, o Dec. nº 5.450/05 obriga os comandados do Poder Executivo federal e, muito embora o Dec. nº 5.504/05 tenha refletido nos Estados e Municípios (como vimos), tal circunstância não está a significar que o pregão eletrônico que estes venham a realizar tenha de obrigatoriamente adotar na íntegra o *procedimento recursal do Dec. nº 5.450/05*.

Afirmamos que podem tais unidades federativas (Estados e Municípios) ter seus próprios regulamentos e suas respectivas *sistemáticas recursais* sem nenhuma ofensa à Lei Maior.

É que não se pode confundir *processo* com *procedimento*. E também não se pode confundir a *etapa recursal* com o seu *processamento*.

Ninguém haverá de negar o texto expresso da Constituição Federal quando ela estabelece ser da competência privativa da União a possibilidade de legislar sobre *processo* (art. 22, inc. I).

Eventual *normação* diversa daquela prevista no Dec. nº 5.450/05 para tratamento da sistemática recursal deverá ser *meramente procedimental* e conforme a lei que lhe ampara, a Lei nº 10.520/02.

No caso, estariam Estados e Municípios (lembrar que *outras estruturas orgânicas* devem ser incluídas no raciocínio, pois os *procedimentos* dizem respeito e se correlacionam não somente à estrutura *física e espacial* do poder, mas igualmente no que toca às diversas *funções estatais*¹³)

12. Ob. cit.

13. Falamos disso anteriormente, neste mesmo trabalho, para demonstrar que num dado plano físico-territorial os órgãos devem ser tratados de maneira independente, por força da Constituição Federal. Assim, por exemplo, na esfera estadual (plano físico), os *Poderes* Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas possuem *independência suficiente* para adotar os *procedimentos administrativos* que bem entendam, respeitados os limites constitucionais e legais.

a efetivar suas competências materiais e administrativas. Não se trata de *legislação* sobre processo, de modo algum.

Pode-se, a esse propósito, concluir: *recurso* é tema *processual* (normalmente reservado à lei formal); *procedimento* ou *sistemática recursal* é matéria *procedimental* (procedimental e administrativa, no caso).

Não obstante essa curiosa possibilidade legal, tenha-se como verdadeira a premissa de que não poderá haver (seja em que hipótese for) a *supressão recursal*. Mas é bem possível, já o afirmamos, existir tratamento diferenciado para a matéria conforme se trate de uma ou outra unidade da federação ou de um órgão que integre a respectiva estrutura física.

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* em que 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 (em que 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-los a contento. Para simples comodidade de leitura, renovamos:

O Dec. 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 que, 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), em que *o meio eletrônico abomina a forma como fim em si*,¹⁴ 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

14. Para nós o *pregão* é algo tão-somente *instrumental*, não podendo ser encarado como *fim em si mesmo*. Busca-se, por meio 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 adquirir-se *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 ele 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.

fito de elucidar não somente a importância, mas especialmente eventuais conseqüências, do equívoco entendimento das *normas de incidência na regulação do pregão eletrônico*.

4. 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 de 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 conhecimen-

to 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 art. 4º, inc. XVIII, da Lei nº 10.520/02. O dispositivo encontra respaldo no art. 26 do Dec. nº 5.450/05, que, por sua vez, tem fundamento no art. 2º, § 1º, da lei mencionada.

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:

“*declarado o vencedor*, qualquer licitante poderá manifestar *imediate* e motivadamente a intenção de recorrer (...)” (art. 4º, inc. XVIII, da Lei nº 10.520/02).

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 legal 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 irrequieto 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.

A *motivação* ainda está impactada por um determinado ritual: 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 um *fac-símile*), não cumpriu a *formalidade* e, não tendo observado um dos pressupostos objetivos recursais, a sua irrisignação não poderá sequer ser conhecida.

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, 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.*

Como há, no pregão eletrônico, outros pressupostos de ordem objetiva (como vimos, em especial a exigência *temporal* e *formal*), aquele

que estiver credenciado¹⁵ 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.

4.1. ADMISSIBILIDADE E MÉRITO DO RECURSO

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

Aviado 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 para 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.

Diferentemente é o que se passa em fase posterior.

Se *conhecido o recurso*, poderá ele ser provido, ou não. Dependerá do *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. Po-

15. 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.

derá 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, nos termos do decreto federal, incumbe a este *receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão* (art. 11, inc. VII).

A Lei nº 10.520/02 não tratou pormenorizadamente do tema, prevendo tão-somente a possibilidade recursal com especificações que não nos respondem.

A inteligência do tema é de ser feita, então, em termos vetoriais, e a regulação subalterna parece ter legalidade.

O recurso é dirigido ao pregoeiro, e este verifica a presença dos pressupostos alinhados neste estudo. Posteriormente, *conhecido* o recurso, surge a possibilidade de *retratação*. Mantida a decisão, o procedimento obrigatoriamente é encaminhado para a autoridade competente.¹⁶

Logo, o *juízo de admissibilidade* é feito 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.

5. ATORES NO PROCESSAMENTO DO RECURSO E SEUS SCRIPTS

Temos utilizado a expressão *atores* para designar todos aqueles que detêm 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 que impeça 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 atribui-

ções 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, tampouco o recurso se limita a atacar eventualmente tais decisões. Antes mesmo de permitir que a proposta vá transformar-se 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 eletrônico. A idéia também é válida para o pregão presencial, e a ele se aplica com as devidas adequações.

Os autores que tratam da matéria normalmente silenciam sobre tão relevante questão, esquecendo-se de que no pregão há uma etapa antecedente à disputa propriamente dita. E essa etapa é exatamente a chamada *classificação* ou *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, inc. VII, da Lei nº 10.520/02 e art. 22, §§ 2º e 3º, do Dec. nº 5.450/05).

Reiteramos que somente após a *verificação de conformidade* é que a proposta será admitida na disputa, com ou sem o oferecimento de lances (art. 23 do Dec. nº 5.450/05).

Essa decisão do pregoeiro de *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 esfe-*

16. O processamento do recurso será objeto de análise posterior em item próprio.

rográfica 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 art. 26 do Dec. nº 5.450/05), 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 (art. 11, inc. VII, do Dec. nº 5.450/05).

Não nos parece tecnicamente correto dizer que o *pregoeiro decide o recurso*, como se depreende do texto normativo em vigor (art. 11, inc. VII, do Dec. nº 5.450/05), 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 – se profira a decisão.

A *autoridade superior* é, pois, quem *decide o recurso*, conforme se depreende da leitura dos incs. XVIII e seguintes do art. 4º da Lei nº 10.520/02, o que se confirma com a visualização do que vem estabelecido nos arts. 8º, inc. IV, e 11, inc. VII, do Dec. nº 5.450/05.

Tal decisão sucede a manifestação do pregoeiro. Tanto este quanto a autoridade em tela poderão valer-se 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, deter-

minando 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 confundir-se com as competências dos demais, sob pena de invalidade do ato.

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

6. DINÂMICA RECURSAL

Na formatação do presente escrito, entendemos por bem considerar o instituto *recurso no pregão eletrônico* de maneira não somente estática, mas, sobretudo, na forma dinâmica; assim para – guardada a relação lógica com o fluxo natural do recurso – facilitar ao leitor a compreensão das respectivas abordagens.

Há, no entanto, alguns temas que já foram objeto de análise em tópicos anteriores e, por isso, não o serão aqui novamente. Rogam-se, a esse respeito, leitura e entendimento prévios especialmente no que toca aos *atores* e seus respectivos *scripts*.

Analisemos então, a partir de agora, o *passo-a-passo* do recurso no pregão eletrônico, com os detalhamentos necessários.

6.1. MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

É inevitável referir-se 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.

É o que está escrito no art. 26 do Dec. 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” (os destaques são nossos).

Não haveria nenhum contratempo operacional, se (estamos evidenciando tal condição) a declaração do vencedor fosse realizada de fato e em todas as situações de modo *sincrônico, 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 das 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 *assíncrono*. 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 é igualmente *sincrônico* (também não podemos discutir isso aqui).

Decorrem 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 delimitado, pois não se poderá, seja a que título for, suprimir tal oportunidade ao 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 nenhuma restrição que se ponha em tal sentido. É como lemos os arts. 4º, inc. XVIII, da Lei nº 10.520/02 e 26 do Dec. 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.

6.2. 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 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.

Formalidades do meio eletrônico. A “intenção de recorrer”

O pregão eletrônico desenvolve-se em *meio virtual*. Utiliza-se de recursos da *tecnologia de informação*. A disputa é feita *a distância*,¹⁷ 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, de que seja interposto no próprio sistema referido acima, 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 Dec. 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*, 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, por meio de *fac-símile, telefone, telegrama* ou qualquer outra maneira de comunicação.

Razões e contra-razões recursais

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 no art. 4º, inc. XVIII; o Dec. nº 5.450/05 trata do assunto da mesma forma, nos termos do art. 26, corrigindo uma inconsistência existente no de-

creto revogado: o 3.697/00. Tanto este decreto como o vigente Dec. nº 3.555/00, que cuida do pregão presencial, estabelecem dito prazo como sendo de três dias *úteis*. Veja, a respeito, o art. 11, inc. XVII).

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.

Dificuldade material e operacional pode agora instalar-se.

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 naquela discussão aqui já feita sobre a *vista imediata dos autos* e a *vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos interesses do licitante*.

Não podemos retomar aqui a discussão travada e por nós já superada, mas nos é imperioso enfocar a polêmica na dimensão que interessa ao presente instante.

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 Dec. 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 mate-

17. A expressão pode ser alvo de críticas.

rializada 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*, 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*).

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

Não é verdade, em face dos institutos citados, que o prazo de três dias tenha de ser de três dias. Se estivermos falando de *faculdade recursal*, a lógica é que o prazo para razões recursais seja de *até três dias*. Se a *faculdade* na apresentação das razões se deu logo no primeiro dia, não há que 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 a 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.

6.3. DECISÃO DO PREGOEIRO

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).

Mas a 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*).

A decisão do pregoeiro recebendo o recurso (aceitando-o) implica o seu ulterior processa-

mento com a abertura do tríduo para oferecimento das correlatas razões e contra-razões.

A rejeição do recurso poderá implicar outro tipo de recurso (também hierárquico, inominado pela Lei do Pregão), mas terá o efeito de levar os autos rumo à adjudicação.

Após a apresentação das razões e das contra-razões recursais, o pregoeiro exercerá *juízo de retratação*, hipótese em que poderá *voltar atrás na decisão* tomada e, em tal caso, o descontentamento de terceiros talvez possa ser contemplado por novo recurso instantâneo, embora não esteja imune à outra espécie de ataque administrativo e judicial. Entendemos que não é desarrazoada a hipótese de se abrir nova possibilidade de recurso, pois agora tratamos de uma *nova decisão*.

Pela sistemática do pregão, 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.

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

6.4. 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.

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 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* por meio 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 pronunciar-se, *anulando* o procedimento quando o caso.

Conclui-se disso que pode existir ocasião em que o licitante recorrente agite 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.

6.5. 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 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 a dizer que diante do recurso *não pode haver adjudicação*, antes de decidido aquele.

A *lei específica* de regência do pregão (nº 10.520/02) não atribuiu nenhum efeito ao recurso.

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

7. A TÍTULO CONCLUSIVO

Por certo, poucos – ou quase ninguém – estão preocupados com as inúmeras inconsistências normativas inseridas dentre as *normas de regência do pregão eletrônico*. Na etapa do recurso, fala-se de *decadência* como se fosse *preclusão*.

De outra parte, prestigia-se normativamente o *meio eletrônico*, mas a *exclusão digital* real é alarmante.

Mas isso não é obstáculo para potencializar o *comércio eletrônico governamental*. Muitos passos bons foram dados.

Tenha-se como exemplo,¹⁸ ainda limitando o assunto ao enfoque deste trabalho, que o envio

de razões recursais já pode ser feito pela *web*, no próprio sistema. Logo abandonaremos por completo o envio de peças via *fax* (o original teria de seguir pelo correio, atrasando o procedimento) ou mecanismos outros que são inconciliáveis com a celeridade eletrônica.

Evoluindo a tecnologia (parelha com a inclusão digital e conectividade satisfatória), chegaremos à plenitude de não mais permitir nenhum peticionamento que não seja eletrônico (em termos de recurso). Abominaremos por definitivo as razões recursais feitas por forma livre, com uso de *e-mail*.

Já nos é perfeitamente possível que seja formatado um ambiente próprio e específico, dentro do próprio *website* (sistema ou plataforma) do pregão eletrônico, no qual esteja presente uma espécie de *modelo-formulário* ou *formulário-padrão* para a interposição de recurso (e seus passos subseqüentes), com a advertência de que os recursos somente serão processados dentro deste formulário e que não serão recebidos por *fax* ou por *e-mails*.

As informações alojadas no sistema trafegarão na rede por meio do próprio acesso *http*, e não pelo servidor de *e-mail* (do usuário licitante). Isso torna mais seguro tanto o envio de razões recursais quanto a própria integridade do procedimento, pois, não se tendo, no momento, uma política generalizada de criptografia (para encriptação de dados e assinatura digital), o formulário obriga que o recurso (suas razões e contra-razões também) seja feito e preenchido pelo interessado dentro do próprio ambiente eletrônico do pregão e em modelo prefixado pelo *gestor do sistema*.

Geralmente, estes *websites* estão dentro do que chamamos “zona militarizada”, isto é, pertencem a um ambiente eletrônico protegido por *firewalls* (antivírus e anti-hackers) potentes, o que impede danos ou fraudes no tráfego de sinais eletrônicos (do usuário ao servidor do pregão).

Com um formulário eletrônico como esses, a ser preenchido diretamente no próprio ambiente do pregão, não haverá tráfego aberto de sinais pela rede – da máquina do usuário à máquina-

18. Queremos registrar que o conteúdo das afirmações postas a partir daqui é fruto de um *byte-papo* (bate-papo virtual) mantido com o amigo e colega Dr. Fernando Botelho, especialista no *meio eletrônico*.

servidora do pregão –, pois o texto de fundamentação do recurso (e demais *documentos*) estará sendo preenchido *on-line* pelo usuário já dentro do *website* aberto e protegido.

Mas não é apenas disso que o pregão eletrônico cuida, tornando o procedimento seguro, ágil, transparente, econômico e eficaz, até mesmo no sentido de materializar direitos conferidos aos licitantes (o direito de recorrer).

As vantagens e as potencialidades não se resumem nisso.

Também a publicidade e a transparência, em sua dimensão mais larga, podem estar sendo a um só tempo homenageadas.

É plenamente possível que todo o processo físico (administrativo-licitatório), ainda que formado por robusta composição documental-físico-convencional, seja digitalizado, isto é, tenha suas peças – os textos e seus documentos – escaneadas (se já não pré-formatadas assim). E de tal modo sejam organizadas sob forma de específico arquivo eletrônico.

Formado este arquivo eletrônico, a sua disponibilização no mesmo ambiente eletrônico do pregão (no mesmo *website* – endereço http, formatado em linguagem html) para acesso por demanda e para *download* a interessados (licitantes e público em geral).

Este acesso ao arquivo eletrônico do processo licitatório tanto pode ser selecionado, como *completamente público*; ou pode ser, ainda, seletivo. Isto é, semi-aberto, caso a restrição de acesso seja feita por emprego de *logins* e senhas criadas pelo *web-master* (ou *gestor do sistema*) que elabora e gerencia o ambiente eletrônico.

E, principalmente, pode ser *hiperlinkado* com o ambiente do pregão, de tal modo que seja documentado o acesso não só por meio do cadastro do *acessante* (específico para o *download* do documento – via formulário eletrônico específico), mas também pelo registro no servidor que hospeda a *URL* da página do pregão, registro este da entrada de alguém no ambiente. Tal registro é feito pelo número *IP* enviado, eletrônica-

mente, ao servidor, pela máquina *acessante*, que recebe, para isso, um *cookie*, um microprograma, automaticamente instalado na máquina do usuário pelo programa de elaboração do *website*. Com esse registro feito no servidor, ter-se-á a documentação legal de que o arquivo contendo a íntegra do processo licitatório foi feito ao interessado, por iniciativa deste, de tal modo que ele, integrando-se ao certame eletrônico, fá-lo-á com a prévia comprovação de que teve acesso eletrônico-remoto ao arquivo eletrônico contendo a íntegra do processo. Esta comprovação eletrônica pode inclusive “estartar” (outro neologismo, de *start*) um outro registro adicional, no próprio processamento do pregão, de modo que ele não tenha acesso ao certame se não tiver previamente se inscrito no acesso de publicidade do processo-arquivo eletrônico (mais ou menos como se hierarquizassem os acessos, de tal modo que, para ter acesso ao certame, o usuário tenha de ter acesso, primeiro, ao arquivo eletrônico do processo licitatório, cujo acesso tenha gerado um registro eletrônico-automático de liberação de sua senha para acessar o ambiente do pregão). Isso resolveria a questão por inteiro, isto é, o arquivo-processo passa a ser acessível por qualquer interessado, a partir de qualquer ponto do mundo (desde que haja acesso à Internet) e, com ele, todo o processamento licitatório do pregão teria prévia convalidação da evidência de conhecimento, pelo usuário, do processo licitatório (que, a qualquer momento, poderá ser por ele acessado).

Enfim, mais seguro dizer que *não há muitos limites* para as potencialidades eletrônicas, no tocante às aquisições governamentais.

Mas importa lembrar – sempre – que as aquisições são mero *instrumento* para que o Estado (e as Administrações Públicas) bem possa cumprir sua nobre função: prestar serviços públicos.

Consideramos o pregão eletrônico, portanto, uma realidade que deve ser posta a serviço do administrado, e não somente da Administração Pública. Por isso há de manter o habitual cuidado para com o respeito às normas e aos princípios que norteiam as licitações em nosso país.