



# Recurso no Pregão

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

## RECURSO NO PREGÃO

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

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

E qual seria a razão disso?

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

Cumpra esclarecer previamente também que o recurso não se impõe (interpõe) apenas e tão-somente em face da decisão relativa ao julgamento das propostas. Todos os atos decisórios<sup>1</sup> levados a efeito pelo

pregoeiro comportam dito recurso. Assim, por exemplo, alguma decisão que impeça a participação de um licitante por ocasião do credenciamento (pregão presencial).

**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.**

A esta altura importa tão-somente rever - para efeito geográfico - onde se situa o recurso. Lembremos rapidamente que a etapa interna (ou etapa preparatória) é deflagrada a partir da (a) requisição, ordem de serviço, pedido de compra, comunicação interna ou ato inicial que o valha. Segue-se (b) a definição do objeto, (c) a estimativa do valor da contratação, (d) a captação da disponibilidade orçamentária respectiva, (e) o ato da autoridade competente para correlata autorização e (f) a elaboração e a aprovação do instrumento convocatório. O rito não se desenvolve necessariamente em tal ordem e tampouco é tão abreviado assim. Mas todo o ocorrido na etapa inicial guarda relação de estreitamento com o termo de referência, por força de disposição legal. Já na etapa externa (ou etapa pública propriamente dita), com os avisos publicados, (g) os licitantes formulam suas propostas em sessão pública (após o credenciamento ou enviando-as por meio eletrônico, conforme o caso). São elas (h)

classificadas pelo pregoeiro para, então, (i) admiti-las em disputa através de lances. Finalizada a disputa, segue-se a (j) habilitação e, (l) declarado o vencedor, surge enfim a possibilidade de (m) interposição de recurso. Aqui, portanto, o ponto de nossa análise no presente instante. Insistimos em que o fluxo aqui esboçado o foi de modo extremamente resumido e tem o objetivo único de realizar a abordagem geográfica proposta.

## CONCEITO E GENERALIDADES

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

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

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

E daí também deflui a idéia de que a segunda decisão ou reexame não será levada a cabo pelo mesmo agente que decidiu em primeiro lugar.

Fala-se, em casos tais, de recurso hierárquico.

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

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

O autocontrole dos atos administrativos (que pode importar na revisão de ofício) permite mesmo que a Administração reveja suas ações.

Tal possibilidade – traduzida sob a forma de dever e não de faculdade – decorre de um raciocínio primário e muito lógico. É que a Administração se desenvolve debaixo de princípios e de normas,<sup>3</sup> 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 Súmulas<sup>4</sup> nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal têm hoje nova leitura não se limitando à verificação da legalidade estrita.

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

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

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

## RECURSO NOS PREGÕES PRESENCIAL E ELETRÔNICO

Temos insistido na vital importância de não se confundir o regime jurídico do pregão com o regime jurídico das demais

modalidades de licitação. Cada uma dessas realidades possui uma moldura normativa específica que lhes dá amparo e fundamento.

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

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

Tal circunstância ganha relevo, na etapa recursal, exatamente porque a lei de regência (nominamos dita lei de norma primária), Lei nº 10.520/02, limita-se a estabelecer a base do recurso definindo os seus pressupostos elementares. Mas não se imuniza da existência de eventual regulamento, nesse particular.

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

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

### RECURSO NO PREGÃO ELETRÔNICO

Para melhor visualização do regime jurídico recursal, no tocante ao pregão eletrônico, destaque-se, em primeiro lugar, que a existência de tal espécie está umbilicalmente atrelada ao disposto no §1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02, onde 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 Decreto nº 3.697/00, substituído posteriormente pelo Decreto nº 5.450/05.

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

Art. 4º (...)

XVIII - Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

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

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

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

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

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

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

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

Numa abordagem mais pragmática para as observações feitas, imagine um Estado ou um Município com regras próprias e diversas daquelas que parametrizaram a elaboração da plataforma ou do sistema gerenciador do procedimento. No dinamismo dos fatos ocorrerão inconsistências entre o que se passa virtualmente e a base legal (onde se assenta o instrumento convocatório).

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

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

aspecto recursal, tratou a matéria diferentemente da lei. Como resolver o impasse?

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

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

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

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

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

## RECURSO NO PREGÃO PRESENCIAL

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

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

Em razão da sua abrangência, limitamos a analisar o Decreto Federal nº

3.555/00, sem, contudo, abandonar as possibilidades que outras esferas do Poder detêm para regular o tema.

Naquele decreto está escrito:

Art. 11. (...)

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

Em seguida, escreveu-se naquele mesmo artigo:

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

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

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

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

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

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

## PRESSUPOSTOS RECURSAIS: PRESSUPOSTOS LÓGICO, FUNDAMENTAL, OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Para que se possa falar em recurso no pregão, é pressuposto a existência de uma decisão tomada pelo pregoeiro. Ou seja, para que o licitante possa impostar o recurso previsto na lei, presume-se, por

dedução lógica, que haja uma decisão a ser guerreada. Esse é o que se chama de pressuposto lógico.

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

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

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

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

Referimo-nos aos pressupostos objetivos e aos pressupostos subjetivos.

Os pressupostos *objetivos* condensam, segundo pensamos:

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

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

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

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

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

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

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

O instante declarado o vencedor é seguido pela imediata 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 recur-

sais, apresentáveis facultativamente no tríduo legal<sup>6</sup> 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 irrisignado com a oferta de seu concorrente. Mas isso, por si só, não é bastante para se constituir no falado motivo jurídico. Por isso é que o recurso meramente protelatório ou procrastinatório deve ser, de pronto, rechaçado pela Administração Pública. O mesmo destino terá o recurso fundado no simples descontentamento.

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

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

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

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

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

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

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

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

Uma outra particularidade do pregão eletrônico: além de outros pressupostos de ordem objetiva (como vimos, em especial a exigência temporal e formal), somente aquele que estiver credenciado<sup>7</sup> 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.

## A DMISSIBILIDADE E MÉRITO DO RECURSO

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

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

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

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

Diferentemente, é o que se passa em fase posterior.

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

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

Quem avalia a admissibilidade recursal?

O recurso é interposto contra uma decisão do pregoeiro e perante ele próprio (em ata

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

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

## ATORES NO PROCESSAMENTO DO RECURSO E SEUS SCRIPTS

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

A metáfora ganha consistência na medida em que o credenciamento é feito, no pregão eletrônico, em diversos níveis de acesso ao sistema, de maneira a impedir que o pregoeiro exerça função de autoridade superior e vice-versa.

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

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

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

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

Os autores que tratam da matéria (recurso no pregão) normalmente silenciam sobre tão relevante questão, esquecendo-se de que nesta modalidade há uma etapa antecedente à disputa propriamente dita. E essa etapa é exatamente a chamada classificação 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, inciso VIII, da Lei nº 10.520/02, e art. 22, §§2º e 3º, do Decreto nº 5.450/05. Tal classificação igualmente é feita no pregão presencial, nos termos do Decreto nº 3.555/00).

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

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

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

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

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

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

O pregoeiro tem a possibilidade de rever a sua decisão. É o que chamamos de possibili-

dade de retratação. Mas, mantida a decisão e uma vez devidamente processado o recurso (veremos oportunamente o processamento respectivo), os autos serão remetidos para a autoridade superior que proferirá nova decisão, agora em grau de recurso.

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

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

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

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

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

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

a uma determinada senha, criada a partir do credenciamento.

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

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

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

Temos insistido, no entanto, haver um descompasso entre a realidade normativa (incluindo aí os diversos decretos que tratam do assunto) e a realidade virtual possível, no que diz respeito ao processamento do recurso no pregão eletrônico. Os sistemas existentes (não somente aqueles que gerenciam o pregão eletrônico propriamente dito) não conseguem contemplar ainda todo o necessário a que a licitação eletrônica ocorra, de fato, no meio virtual. E com isso socorre-se, não é raro, a elementos e informações de interesse do processo de licitação que se encontram em outros meios físicos, fazendo-o de maneira assíncronica (off-line, sem a participação de quem quer que seja, no que o instituto perde a transparência, a publicidade e migra para regiões não desejadas pela ordem jurídica). **OP**

**Parte II**  
**Próxima Edição**