

---

## O RECURSO HIERÁRQUICO NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

*Simone Zanotello de Oliveira*<sup>1</sup>

### **Resumo**

A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública busca a proposta mais vantajosa para atender ao interesse público, fazendo surgir, com isso, uma série de atos expedidos pelas respectivas autoridades competentes na condução dos certames. E nessa atuação verificamos o surgimento de uma série de conflitos, em virtude do interesse que cada parte representa no processo licitatório – Administração Pública, licitantes e população. E, para dirimir esses conflitos, é que aparece o instituto do recurso (em sentido lato), abrangendo as impugnações ao edital, os recursos hierárquicos, os pedidos de reconsideração, as representações (tanto administrativas quanto perante os Tribunais de Contas), além do direito inafastável, previsto constitucionalmente, de busca do Poder Judiciário. No que tange aos recursos hierárquicos, trata-se de um recurso que deverá ser interposto perante a autoridade que manifestou a decisão, a qual poderá exercer seu juízo de retratação na hipótese de julgar procedentes os argumentos do recorrente, ou então, caso não se retrate, encaminhar o processo, devidamente informado, à autoridade superior para decisão (daí a razão do nome “recurso hierárquico”). Destacamos que o recurso hierárquico é cabível nas seguintes ocorrências: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; e f) aplicação das penas de advertência, de suspensão temporária ou de multa.

---

<sup>1</sup> Advogada e consultora jurídica. Mestre em Direito da Sociedade da Informação (ênfase em políticas públicas com o uso da TI) pela UniFMU-SP. Pós-graduada em Administração Pública e em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiá-SP. Autora de diversas obras e artigos jurídicos e literários. Integrante da Academia Jundiáense de Letras Jurídicas e da Academia Jundiáense de Letras. Colaboradora das revistas “O Pregoeiro”, “Negócios Públicos” e “Licicon”, da Editora Negócios Públicos – Curitiba-PR. Blog: [sizanotello.blogspot.com.br](http://sizanotello.blogspot.com.br)

**Palavras-chaves:** licitação – recurso – recurso hierárquico

## **Introdução**

À guisa de início, convém trazer à pauta o conceito de licitação. Segundo Hely Lopes Meirelles, temos que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.<sup>2</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.<sup>3</sup>

E, de acordo com o saudoso Diogenes Gasparini:

Licitação é o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.<sup>4</sup>

Portanto, analisando esses conceitos elaborados pelos mais tradicionais juristas do nosso Direito Administrativo, podemos verificar duas definições que são comuns entre eles: que a licitação é um “procedimento administrativo” e que “visa à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”.

Por ser um procedimento administrativo, a licitação pressupõe a existência de um somatório de atos administrativos ordenados que vinculam a Administração e os licitantes, dependentes uns dos outros, no qual o ato antecedente fundamenta o

---

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 256.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 501.

<sup>4</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 477.

consequente, com vista a um resultado final e conclusivo. E na realidade é isso que ocorre, pois a licitação é uma sucessão ordenada de atos, desde a sua fase interna (reserva de recursos, abertura de processo, elaboração e análise de edital ou carta-convite), até a sua fase externa (expedição de edital ou carta-convite, verificação das condições de habilitação, julgamento das propostas, adjudicação, homologação e contratação), os quais seguem estritamente os preceitos legais, sem qualquer discricionariedade por parte dos administradores públicos, pois, do contrário, nulo se tornaria esse procedimento, além do contrato subsequente.

No que tange à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, devemos traduzi-la, também, como uma proposta vantajosa para o interesse público, já que a Administração possui a representação dos cidadãos. Ademais, a busca da proposta mais vantajosa, além de uma das finalidades da licitação, representa o direito dos licitantes de participar de um procedimento que proporcione tratamento igualitário entre os concorrentes. Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

Essa dupla finalidade – obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados – é a preocupação que vem desde a Idade Média e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.<sup>5</sup>

Diante desse panorama, somente um procedimento licitatório competitivo pode garantir a seleção da proposta vantajosa, atendendo à definição do que é licitação.

Por outro giro, a licitação, como sendo o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública busca a proposta mais vantajosa para o interesse público, faz surgir uma série de atos, expedidos pelas respectivas autoridades competentes, na condução dos certames.

Com isso, verifica-se uma atuação muito intensa da Administração Pública e dos particulares que desejam firmar contratações com ela, sem se esquecer da própria população.

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 257.

No entanto, dessa atuação certamente surgem conflitos, em virtude do interesse que cada parte representa. A Administração Pública busca a defesa do interesse público em suas ações, com respeito à lei e aos princípios. Do outro lado, os particulares, em especial os licitantes, possuem como interesse obter a contratação pretendida, a fim de disponibilizarem seus produtos e serviços à Administração, fazendo com que a economia, baseada no capitalismo, tenha seu desenvolvimento. A população, por sua vez, tem interesse em que a Administração Pública faça uma boa gestão do dinheiro público, baseada numa política de governo devidamente planejada, com vista ao alcance dos interesses da coletividade, sempre se pautando pelos princípios da igualdade e da legalidade, como forma de manutenção do Estado Democrático de Direito.

E, para dirimir esses conflitos, é que aparece o instituto do recurso (em sentido lato), abrangendo as impugnações ao edital, os recursos hierárquicos, os pedidos de reconsideração, as representações (tanto administrativas quanto perante os Tribunais de Contas), além do direito inafastável, previsto constitucionalmente, de busca do Poder Judiciário.

O vocábulo *recurso* provém da palavra latina *recursus* que indica a possibilidade de voltar, ao passo que o verbo *recorrer*, que também provém do latim – *recurro* – significa *correr para trás ou retroceder*<sup>6</sup>. Portanto, o recurso vem como forma de remeter uma ideia a um novo curso, para que a matéria seja reapreciada, resultando em outra decisão.

Ainda, conforme nos ensina Sérgio de Andréa Ferreira:

O recurso é remédio impugnativo inerente às garantias do ‘devido processo legal’, do ‘contraditório’ e da ‘ampla defesa’, consoante o disposto no art. 5º., LIV e LV, da Constituição Federal.<sup>7</sup>

O recurso tem como característica a sua apresentação no próprio contexto processual em que as decisões que o ocasionaram foram proferidas, mantendo em curso

---

<sup>6</sup> Definições trazidas por Jair Eduardo Santana, na obra **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº. 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008, p. 297.

<sup>7</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fase Recursal. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 176.

a relação jurídico-processual, sendo que por essa razão ele é “interposto” e não “proposto”. E, por ele se inserir no contexto da relação processual licitatória, entendemos que acaba por tornar litigioso o processo de licitação.

Na Lei Federal 8.666/93, parte desses recursos é regulada pelo art. 109<sup>8</sup>, cuja explanação faremos a seguir.

## 1. O recurso hierárquico

Trata-se de um recurso que deverá ser interposto perante a autoridade que manifestou a decisão, no prazo de cinco dias úteis após essa ocorrência (ou em dois dias úteis na hipótese da modalidade convite).

---

<sup>8</sup> Art. 109. *Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*  
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

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

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

Interposto o recurso, a autoridade que o recebe (aquela que expediu o ato) promove um prévio juízo sobre o cumprimento dos pressupostos recursais e com relação ao próprio ato, para verificar a possibilidade de seu conhecimento, bem como realiza a definição acerca do efeito em que será recebido (devolutivo/suspensivo).

Paralelamente a essa ação, se o recurso referir-se a atos de habilitação ou inabilitação de licitantes, julgamento de propostas ou anulação ou revogação da licitação quando no decurso de seu processamento (ou seja, após a abertura), sua interposição deverá ser comunicada aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis, trazendo as contrarrazões no sentido do seu não provimento.

Nas hipóteses de indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, na rescisão unilateral do contrato e na aplicação de penalidades, como está se tratando com um só interessado, não se vislumbra a necessidade de abertura do prazo de impugnação.

Terminado o prazo de impugnação, a autoridade que expediu o ato deverá analisar as razões de recurso e as eventuais contrarrazões, podendo exercer seu juízo de retratação na hipótese de julgar procedentes os argumentos do recorrente, ou então, caso não se retrate, encaminhando o processo, devidamente informado, à autoridade superior para decisão (daí a razão do nome “recurso hierárquico”). O prazo para a reconsideração da decisão por parte da autoridade que expediu o ato é de cinco dias úteis, que deverá ser contado do término do prazo recursal ou do término do prazo de impugnação, quando esse for concedido. Caso a autoridade não se retrate, nesse mesmo prazo de cinco dias úteis ela deverá fazer subir o recurso à autoridade superior, devidamente instruído, a qual também terá o prazo de cinco dias úteis para proferir sua decisão, a contar do recebimento do processo. Dessa decisão da autoridade superior não caberá mais recurso administrativo.

O recurso hierárquico é cabível nas seguintes ocorrências:

**a) habilitação ou inabilitação do licitante.**

As condições de habilitação do licitante no certame estão previstas nos artigos 27 a 33 da Lei Federal 8.666/93, inclusive quando se permite a participação na licitação

de empresas compostas sob a forma de consórcio. Esses artigos tratam das exigências de habilitação que poderão ser trazidas ao edital, visando a verificar a situação da empresa em questões jurídicas, fiscais, previdenciárias, financeiras, econômicas e técnicas. Tais exigências são apresentadas com o intuito de efetivamente se contratar quem possui condições para tanto. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

O direito de licitar, ainda que abstrato, não é absoluto. É um direito condicionado, também, na acepção definida pela doutrina processualista. O direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório. Essas exigências referem-se quer à pessoa do licitante quer à proposta formulada. A Lei e o ato convocatório estabelecem certos requisitos como indispensáveis para a disputa. A esses requisitos podemos denominar de ‘condições do direito de licitar’.<sup>9</sup>

A decisão quanto à habilitação ou inabilitação do licitante far-se-á com base nas disposições legais citadas e nas condições estipuladas no edital, que conduzirão, em tese, a uma contratação válida, sendo que esse embasamento se faz presente por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41 da Lei Federal 8.666/93: “*A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*”

Em suma, para qualquer violação a direito na fase de habilitação, e aqui estamos tratando das modalidades de licitação exceto o pregão (que terá tratamento diferenciado), caberá recurso hierárquico, devidamente fundamentado, o qual poderá conter pedido no sentido de o recorrente tornar-se habilitado no certame (caso não tenha sido), o que denominamos de um “interesse direto”, ou para solicitar a inabilitação dos concorrentes que tenham sido habilitados indevidamente, ou seja, um “interesse indireto”.

#### **b) Julgamento das propostas:**

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 381.



Após a fase de habilitação, a licitação terá prosseguimento com a abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados (exceto o pregão, destaca-se novamente), desde que tenha transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou que tenha havido desistência expressa dos participantes, ou após o julgamento dos recursos interpostos. Tal ação deverá ser efetivada tanto na abertura das propostas comerciais quanto das técnicas, na hipótese de licitação do tipo “técnica e preço” ou “melhor técnica”.

Nesse quesito, é importante observar a necessidade de divulgação da data de abertura das propostas, quando essa não ocorre no mesmo dia em que foram abertos os envelopes de documentação, em razão de questões recursais. A legislação não apresenta forma específica para essa convocação, apenas dispendo que a abertura será realizada em ato público previamente designado (art. 43, § 1º.). No entanto, considerando que a licitação não é um ato sigiloso, sendo públicos e acessíveis todos os seus procedimentos (art. 3º., § 3º.), convém divulgar essa data de abertura mediante publicação em imprensa oficial, para que seja da ciência de todos, e não só dos licitantes, sem prejuízo de uma comunicação pessoal a estes últimos, tornando o procedimento mais transparente.

Nesse momento, a autoridade competente fará o julgamento e a classificação da proposta, levando-se em conta o tipo de licitação estipulada (menor preço, técnica e preço, melhor técnica ou melhor lance ou oferta) e verificando sua conformidade com os requisitos do edital, não se esquecendo, principalmente, no caso da proposta comercial, da verificação dos preços com os praticados no mercado, fixados por órgão oficial ou constantes do sistema de registro de preços ou do banco de dados do órgão (art. 43, inc. IV, da Lei Federal 8.666/93).

O julgamento das propostas possui embasamento nos arts. 44 a 48 da Lei de Licitações e qualquer ausência de cumprimento a esses critérios de análise e aceitabilidade ensejará a interposição de recurso. Conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles:

A desconformidade com o edital é de fácil verificação, pois basta o confronto da proposta com o pedido pela Administração para se evidenciarem as divergências, tanto na forma de apresentação, que



deve atender aos requisitos estabelecidos, como no conteúdo da oferta, que deve conter-se nos limites fixados.<sup>10</sup>

Finalizando, os pedidos para esse tipo de recurso concentram-se, basicamente, na revisão do julgamento da proposta no sentido de classificá-la (interesse direto - por quem não tenha obtido tal sucesso), ou para desclassificar eventuais propostas classificadas de outros concorrentes que não venham a cumprir algum desses requisitos – interesse indireto.

### **c) anulação ou revogação da licitação:**

Os institutos da revogação e da anulação de uma licitação estão dispostos no art. 49 e parágrafos da Lei Federal 8.666/93.

A **revogação** diz respeito ao desfazimento da licitação por razões de oportunidade e conveniência do administrador, pautadas pelo interesse público. Portanto, não se trata do desfazimento do ato por defeito ou vício, já que este, para ser revogado, necessita ser válido, perfeito, legítimo e capaz de produzir efeitos.

O ato de revogação deverá ser devidamente motivado, com o objetivo de formar um nexo entre o fato concreto e a oportunidade e conveniência em realizar o desfazimento do certame. Deve ser decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta. No dizer sempre expressivo de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito “hoje” sobre o que foi produzido “ontem”, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, p. 285.

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 431.

Ademais, a revogação da licitação apresenta efeitos “*ex nunc*”, ou seja, a partir da decisão, não retroagindo a atos passados. Isso porque, como já foi dito, somente se revoga o que era válido, perfeito, legítimo e capaz de produzir efeitos.

Em conformidade com o “caput” do referido art. 49, a competência para promover a revogação cabe à mesma autoridade responsável pela aprovação do procedimento, a qual será determinada por meio de normatização do órgão relativa à sua organização e atribuição de funções. Essa autoridade deverá manifestar-se por meio de parecer escrito e devidamente fundamentado.

Já a **anulação** diz respeito ao reconhecimento de vícios na licitação ou no julgamento, pela própria Administração, ensejando o seu desfazimento e o de seus efeitos. Trata-se da verificação de vício de legalidade, que impede o prosseguimento do certame, por ferir não só a lei, mas também os princípios que regulam o processo licitatório.

O ato de anulação também deverá ser devidamente motivado, contendo a identificação clara de qual ilegalidade foi cometida. Ele poderá ser efetuado em qualquer fase da licitação e a qualquer tempo, sempre que verificado o descumprimento das normas legais e editalícias. De acordo com o disposto no art. 49, § 2º., a anulação da licitação induz a do contrato. Ainda na esteira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar. Enquanto na revogação é a inconveniência que suscita a reação administrativa, na invalidação é a ofensa ao direito.<sup>12</sup>

Ela opera com efeitos “*ex tunc*”, ou seja, que retroagem às origens do ato e, em princípio, não sujeita a Administração a qualquer indenização, visto que ela possui o dever de reparar os atos ilegais. No entanto, de acordo com o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 441.

outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Conforme o “caput” do art. 49, a autoridade competente para a aprovação do procedimento também será responsável por sua anulação, fazendo-a por meio de parecer escrito e fundamentado.

Por fim, temos que o art. 49, § 3º. dispõe que, nas hipóteses de desfazimento do processo licitatório, por meio da revogação ou da anulação, há que assegurar o contraditório e a ampla defesa. Logo, além de indicar a motivação, a Administração deverá dar oportunidade aos interessados para que se manifestem com relação ao ato a ser emanado, ocasião em que poderão expor alegações, produzir provas, etc. Essa cientificação deverá ser feita por escrito, diretamente aos interessados, concedendo-se o prazo de cinco dias úteis para eventual apresentação de razões para a não realização do ato. Trata-se de uma defesa prévia que poderá ser produzida pelo interessado, anterior à expedição do ato anulatório ou revocatório, sem prejuízo do recurso previsto no art. 109, inc.I, alínea “c”, o qual poderá ser interposto após a efetivação do ato, via publicação em órgão de imprensa oficial.

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

As diretrizes que norteiam o instituto do registro cadastral para a participação nas licitações estão dispostas nos arts. 34 a 37 da Lei Federal 8.666/93 e a obtenção do Certificado de Registro Cadastral constitui-se numa faculdade do licitante, mesmo nos casos de licitações na modalidade Tomada de Preços, pois embora ela seja destinada a empresas devidamente cadastradas, o art. 22, § 2º, abriu a possibilidade de participação também para aqueles licitantes que atendam a todas as condições de cadastramento até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Para a obtenção do Certificado de Registro Cadastral, que terá validade máxima de um ano, podendo ser renovado desde que atendidas novamente às exigências, o interessado deverá efetuar requerimento ao órgão, demonstrando o cumprimento das condições de habilitação previstas nos arts. 27 a 31 da lei, por meio da apresentação dos

respectivos documentos, e indicando a(s) categoria(s) de atuação, em conformidade com sua especialização. Tal procedimento também deverá ser efetivado nas renovações.

O Certificado de Registro Cadastral poderá ser alterado, suspenso ou cancelado caso o inscrito deixe de satisfazer qualquer uma das exigências dispostas nos referidos arts. 27 a 31, ou mesmo as regras do próprio cadastramento, contidas em regulamento próprio do órgão.

Após o término da análise da documentação apresentada, por comissão devidamente designada, tanto para registro como para alteração, deverá ser confeccionado o respectivo Certificado, ou então ser dada ciência ao interessado acerca dos motivos do indeferimento do pedido, por meio de comunicação pessoal (correspondência, fax ou *e-mail*, com comprovante de recebimento). É a partir desse momento que surge o direito ao recurso previsto no art. 109, inc. I, alínea “d”.

O eventual cancelamento por parte da Administração, do cadastro do interessado já inscrito, também gera o direito a recurso previsto nesse mesmo dispositivo legal, após a devida notificação do interessado.

O teor do recurso com relação a este tópico infere-se, basicamente, no pedido da revisão da decisão objetivando a inscrição no registro ou a sua alteração, ou ainda para tornar sem efeito o cancelamento efetuado.

#### **e) rescisão unilateral do contrato:**

Inicialmente, a rescisão dos contratos administrativos poderá se dar por três formas: rescisão determinada por ato unilateral e escrito da Administração (rescisão administrativa), rescisão amigável por acordo entre as partes e rescisão judicial. Mas somente a rescisão unilateral gera o direito à interposição do recurso previsto no art. 109, inc. I, alínea “e”.

A rescisão determinada por ato unilateral e escrito da Administração está disposta no art. 79, I, da Lei Federal 8.666/93, e somente será cabível nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art. 78. Essas ocorrências dizem respeito, notadamente, à atuação do contratado de forma indevida, prejudicando a execução do contrato, exceto no inc. XII, que dispõe sobre a possibilidade da rescisão unilateral dar-

se por razões de interesse público. Apenas para comentário, salientamos que os incisos XIII a XVII do mesmo art. 78, que não resultam na rescisão unilateral, referem-se a atuações da própria Administração, que poderão ensejar o rompimento do contrato, mas que não dão o direito ao contratado à rescisão unilateral por sua parte, já que ele não possui tal prerrogativa.

Embora o inciso XVIII não esteja expressamente disposto no art. 79, como motivo para a rescisão unilateral, em razão de ter sido introduzido pela Lei 9.854/99, entendemos que se trata de uma ocorrência que a enseja.

Em continuidade, é fato que podemos afirmar que, caso se caracterize o inadimplemento contratual, a rescisão não se impõe como uma faculdade, mas como um dever da Administração, em razão da necessidade de uma boa gestão dos negócios públicos.

Temos, ainda, que de acordo com o art. 78, parágrafo único, os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, visto que a decisão acerca da intenção em rescindir o contrato deverá ser objeto de cientificação ao contratado, para que esse possa conhecer do processo e oferecer suas contra-argumentações.

Em virtude disso, antes de se efetivar a rescisão unilateral, o contratado deverá ser notificado, por meio de comunicação pessoal (correspondência, fax ou *e-mail*), com o devido comprovante de recebimento, concedendo-lhe o prazo de cinco dias úteis para apresentação de defesa prévia. Caso a Administração acolha os motivos de defesa, a rescisão não será efetivada. Do contrário, se após análise dos órgãos competentes, não houver o acolhimento das razões de defesa, a rescisão unilateral poderá ser formalizada, com a devida publicação de seu resumo em órgão de imprensa, a exemplo do que ocorreu por ocasião da publicação do extrato do contrato.

Por fim, dessa decisão efetiva acerca da rescisão unilateral, caberá recurso por parte do contratado no prazo de cinco dias úteis, nos termos do art. 109, inc. I, alínea “e”, com o objetivo de revê-la para que seja dada continuidade no contrato, se o caso.

As demais formas de rescisão não oferecem a possibilidade de interposição de recurso administrativo com base nesse inciso, visto que, logicamente, na rescisão amigável registrou-se o acordo entre as partes, não havendo motivos para o

descontentamento, e na rescisão judicial, por sua vez, o exercício do contraditório e da ampla defesa, inclusive com os recursos cabíveis, será realizado em juízo.

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

As sanções administrativas, decorrentes da inexecução total ou parcial dos contratos, estão previstas nos arts. 86 a 88 da Lei Federal 8.666/93, e justificam-se pela **teoria da relação de sujeição especial**, por meio da qual as pessoas que desejam travar relações com a Administração estão sujeitas a normas especiais dispostas por ela, sem a necessidade de lei ou de tipificação em sentido estrito a exemplo do que ocorre na seara penal.

A aplicação dessas sanções, além de devidamente motivada, deverá ser pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, efetuando-se a justa compatibilização entre a situação fática no caso concreto e a penalidade a ser aplicada. Não é raro verificarmos condutas semelhantes serem penalizadas com sanções diferentes, bem como condutas graves serem apenadas com sanções menos severas e vice-versa. Portanto, sanções desarrazoadas ou desproporcionais deverão ser objeto de questionamento por parte do contratado.

Por outro giro, a aplicação de sanções não se constitui numa faculdade da Administração, mas sim num dever, quando presentes os pressupostos que a fundamentam. Conforme dispõe Marçal Justen Filho:

Insiste-se na tese da impossibilidade de atribuição de competência discricionária para imposição de sanções, mesmo quando se tratar de responsabilidade administrativa.<sup>13</sup>

Não se configura como uma ação discricionária, mas sim vinculada, conforme preceitua Joel de Menezes Niebuhr:

---

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 852.

Trata-se, a toda vista, de ato vinculado. Melhor explicando, o agente administrativo não dispõe de liberdade para decidir se instaura ou não o pertinente processo administrativo e se aplica ou não as sanções. Ele está, por imperativo legal, obrigado a fazê-lo, independentemente da conveniência ou da oportunidade da medida. E, se ele não o fizer, estará cometendo ilícito administrativo, em razão do qual pode vir a sofrer processo disciplinar, bem como responder processo por crime de responsabilidade. Em síntese, a abertura do processo administrativo e a aplicação das sanções constituem obrigação dos agentes administrativos.<sup>14</sup>

Com relação à advertência, prevista no art. 87, inc. I, da Lei 8.666/93, é uma sanção para ser aplicada a situações de descumprimento do contrato que não causem grandes prejuízos à Administração, de natureza mais leve. Pode até mesmo ser cumulada com a pena de multa, e somente com ela. De acordo com Marçal Justen Filho:

A advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade. Supõe-se sua aplicação para condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta. A advertência pode ser cumulada com a multa, mas não com as demais espécies sancionatórias.<sup>15</sup>

A aplicação dessa penalidade deverá apresentar, como elemento acessório, a ciência do contratado de que ele deverá mudar sua atitude em relação a questões que estão em desconformidade com o contrato, e que, na hipótese de reincidência, haverá a aplicação de penalidades mais severas.

Por outro lado, o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa **moratória**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. A multa de mora possui disciplinamento no art. 86 da Lei 8.666/93. Nesse caso, frisamos a necessidade de constar o percentual dessa multa no edital ou no contrato, sob pena de impossibilidade de aplicação, visto que a lei não dispõe sobre esses percentuais. Atualmente, temos verificado nos editais expedidos pelos mais diversos órgãos, que o montante da multa de mora gira em torno de 0,01% a 1% por dia

---

<sup>14</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba : Zênite, 2008, p. 632.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 855.



de atraso. Percentuais mais elevados poderão ser configurados como abuso, ensejando a necessidade de modificação do edital.

Com relação à multa pela inexecução total ou parcial do contrato, considerada de natureza **compensatória**, prevista no art. 87, inc. II, da Lei 8.666/93, esta tem sido apresentada pelos editais com o montante de 10% a 20% (sendo mais indicado 10%), também sob pena de ser considerada exorbitante, valendo as mesmas observações feitas para a multa moratória.

A aplicação da multa não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato, garantido o contraditório e a ampla defesa, juntamente com a aplicação de outras sanções previstas na lei.

A outra sanção diz respeito à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos, de acordo com o art. 87, inc. III, da Lei 8.666/93. Trata-se de uma sanção a ser aplicada em casos de maior gravidade, pois retira do contrato o direito de manter vínculo com a Administração, também podendo ser cumulada com a pena de multa.

Conforme nos ensina Marçal Justen Filho:

Pode admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar comporta aplicação nas hipóteses de culpa grave e em situações em que o dolo não se traduza nas condutas de maior reprovabilidade. Seria a sanção cabível para casos em que o sujeito infringiu gravemente o dever de diligência, propiciando a consumação de séria lesão aos interesses fundamentais. Ainda que se entenda que o sujeito não está absolutamente impedido de manter vínculo com a Administração Pública, conclui-se que há a necessidade de preservação dos interesses fundamentais mediante o afastamento daquele sujeito.<sup>16</sup>

Ela se contrapõe à sanção de declaração de inidoneidade, para a qual o dolo passa a ser um elemento subjetivo fundamental para a sua aplicação, e que terá o “pedido de reconsideração” como recurso cabível.

Embora haja muitas divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a extensão da aplicabilidade da suspensão, ou seja, se abrange toda a Administração

---

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 860.

Pública ou está adstrita somente ao órgão ou entidade que a aplicou, adotamos este último posicionamento, em razão da interpretação advinda da redação legislativa, que no art. 87, inc. III, dispõe apenas o vocábulo “Administração”, que de acordo com o art. 6º., inc. XII, da Lei 8.666/93, é o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, ao passo que o art. 87, inc. IV, que dispõe sobre a aplicação da pena de declaração de inidoneidade, utiliza-se do vocábulo “Administração Pública”, que é definida no art. 6º., inc. XI, como a “administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

É importante salientar que as penalizações apresentadas contam com a figura do contraditório e da ampla defesa, que deverá ser exercida em ato anterior à sua aplicação. Portanto, o contratado deverá ser ouvido antes que a penalidade seja imputada, por meio de comunicação pessoal (correspondência, fax ou *e-mail*, com comprovante de recebimento), concedendo-se um prazo de cinco dias úteis para manifestação, ocasião em que o contratado poderá expor suas razões de defesa prévia. Caso haja o acolhimento dessas razões, a penalidade não será efetivada. Por outro lado, se as razões de defesa não forem objeto de acolhimento por parte da autoridade competente, a sanção será aplicada.

O recurso deverá ser interposto perante a mesma autoridade que aplicou a sanção de advertência, multa ou suspensão, sendo que essa competência é estabelecida de acordo com as normas de cada entidade. Assim como ocorre com os outros tópicos, se a autoridade concluir pela manutenção da penalidade, o processo deverá ser submetido à autoridade superior para análise e decisão.

O pleito com relação a este item reside basicamente na retirada ou no abrandamento da(s) sanção(ões) aplicada(s), que somente serão possíveis se restar configurada a situação de força maior, caso fortuito, fato de terceiro ou álea administrativa que escuse o contratado da penalização.

## **2. Aspectos gerais do recurso hierárquico**

Para concluir este tema relativo aos recursos hierárquicos, no que tange aos seus efeitos, temos que todos possuem o efeito “devolutivo”, ou seja, submetendo a questão à autoridade prevista em lei ou superior hierárquico, visando ao reexame da matéria. Nesse quesito, embora em tese o efeito devolutivo seja comum a todos os recursos, na prática nem sempre esse efeito se concretiza, pois se houver a retratação por parte da autoridade que expediu o ato, o recurso, em tese, não será “devolvido” à autoridade superior.

Com relação ao efeito “suspensivo”, que impede o prosseguimento dos efeitos da decisão, é cabível apenas nos casos em que a lei atribuir tal efeito. Tal afirmação encontra guarida inclusive no Direito Espanhol<sup>17</sup>, no sentido de que a interposição do recurso não suspende por si só a eficácia do ato impugnado, salvo nos casos em que há disposição expressa para isso.

Nesse contexto, temos que a Lei Federal 8.666/93 dispõe que apenas os recursos referentes à habilitação ou inabilitação do licitante e ao julgamento das propostas é que possuem o efeito suspensivo, promovendo a interrupção do processo até a decisão final, inclusive com o intuito de se evitar o conhecimento antecipado de situações que possam interferir no julgamento da licitação. Como exemplo dessa ocorrência, podemos citar a realização da abertura de uma proposta de um licitante numa concorrência, que inclusive apresenta o menor preço, ainda na pendência de análise e conclusão acerca do recurso referente à fase documental, e depois se concluir que esse licitante não apresenta condições de habilitação.

No entanto, a lei também dispõe a faculdade do recebimento dos demais recursos com o efeito suspensivo, por meio de um juízo discricionário do administrador, desde que tal ato seja motivado e se fundamente em razões exclusivamente de interesse público, nos casos em que houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão. É o que nos ensina Marçal Justen Filho:

---

<sup>17</sup> *Sin embargo, la interposición del recurso no suspende por sí misma la eficacia del acto impugnado, como ya sabemos, salvo en los concretos supuestos en que una disposición así lo establezca expresamente con carácter excepcional (...).* (ENTERRÍA, Eduardo García de y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**. 9. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004, p. 543.)

A lei faculta a atribuição de efeito suspensivo a outros casos, o que exige decisão em ato motivado, que invoque razões vinculadas à realização dos interesses fundamentais, cuja tutela foi atribuída ao Estado. A Administração Pública deverá indicar os fundamentos pelos quais atribui ou denega efeito suspensivo ao recurso.<sup>18</sup>

Para essa problemática, observemos o exemplo trazido por Carlos Ari Sundfeld, na hipótese de recurso em face de aplicação de penalidade de suspensão temporária:

[...] Basta o interessado mostrar seu interesse de ingressar em certame licitatório a ocorrer brevemente para caracterizar o ‘periculum in mora’. De fato, se não for suspensa de imediato a penalidade, quando julgado procedente o recurso o prejuízo já terá ocorrido.<sup>19</sup>

Outra questão diz respeito à forma de intimação do recurso. Como já vimos, de acordo com o § 1º. do art. 109, a intimação dos atos de julgamento da habilitação e das propostas, a anulação e a revogação do certame, a rescisão do contrato e a aplicação da pena de suspensão, serão feitas mediante publicação em órgão de imprensa oficial. As demais ocorrências poderão contar com intimação direta ao interessado. No que tange aos atos de julgamento da habilitação e das propostas, a lei também dispõe uma ressalva no sentido de que a comunicação poderá ser feita diretamente na ata de abertura da sessão, quando presentes todos os prepostos das empresas. No entanto, na prática, temos verificado uma flexibilização com relação a essa exigência, visto que os órgãos estão adotando outras formas de comunicação nas hipóteses de não comparecimento dos licitantes na sessão. Trata-se da utilização do fax ou do *e-mail* para essa cientificação.

Nesse quesito, entendemos perfeitamente possível a adoção dessa prática, visto que o objetivo da legislação é que o licitante tome ciência dos atos ocorridos durante a licitação, para que possa exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa. E não restam dúvidas de que uma comunicação pessoal, inclusive com possibilidade de confirmação de recebimento, tenha muito mais eficácia do que a publicação num órgão de imprensa oficial, além de ser muito mais econômica e rápida. A corroborar tal entendimento, trazemos os ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior:

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009, p. 888.

<sup>19</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 150.

Comissões de Licitação, no elogiável propósito de imprimir celeridade ao processamento dos recursos hierárquicos e de evitar os custos de publicação pelo diário oficial, têm entendido que a publicação do julgamento da fase de habilitação – o que, a nosso ver, pelas mesmas razões, estende-se ao julgamento das propostas – é desnecessária, se o licitante, mesmo ausente da sessão em que houve o julgamento, dele toma ciência por qualquer outro meio (fax, por exemplo) e remete à Comissão termo de renúncia do direito de recorrer. Correta a interpretação, dado que a serventia dessa publicação é a de cientificar os licitantes ausentes para que recorram da decisão, se o desejarem, certo que ninguém, além dos concorrentes que participam da licitação, ostenta legitimidade para recorrer administrativamente das decisões da Comissão.<sup>20</sup>

Portanto, a comunicação pessoal vem atender ao princípio da publicidade e atinge ao objetivo da legislação, que é a ciência do licitante para que ele possa exercer seus direitos recursais, podendo ser utilizada nas fases de documentação e proposta.

Mais um ponto interessante com relação à comunicação ocorre quando a intimação dos licitantes dá-se em momentos distintos, ou seja, alguns são cientificados na sessão, por estarem presentes, e outros, no dia seguinte, por qualquer tipo de comunicação pessoal, em virtude de estarem ausentes. Nesse caso, entendemos que o vencimento do prazo recursal também deva ser computado em datas distintas para os licitantes presentes e ausentes, como forme de privilegiar a isonomia entre esses participantes.

Com relação à contagem do prazo, de acordo com o art. 110 da Lei Federal 8.666/93, excluir-se-á o dia da publicação ou da comunicação pessoal, iniciando-se a partir do dia seguinte. Lembramos que não se iniciam e nem terminam prazos em dia que não for útil ou que não haja expediente no órgão ou esse expediente seja reduzido por algum motivo.

No que tange à publicação em órgão de imprensa oficial, a intimação deverá ser apurada na data em que o jornal circulou, e não na data de sua impressão, caso essa seja diferente. Além disso, publicidades ocorridas em datas em que não houve expediente no

---

<sup>20</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 920.

órgão (sábados, domingos ou feriados), reputam-se efetivadas no primeiro dia útil subsequente, o qual será excluído da contagem, iniciando-se no primeiro dia útil seguinte. Como exemplo podemos citar: um prazo de recurso de cinco dias úteis, cuja publicação ocorreu no sábado – nesse caso, considera-se a publicação como ocorrida na segunda-feira (se for dia útil), a qual é excluída da contagem, iniciando-se o prazo de recurso na terça-feira e concluindo-se na próxima segunda-feira.

### **Considerações finais**

Por meio deste artigo pudemos verificar que a licitação faz resultar uma série de atos expedidos pelas respectivas autoridades competentes na condução dos certames, o que pode gerar conflitos em razão do interesse que cada parte representa no processo – Administração Pública, licitantes e população.

Nesse contexto, o recurso aparece como um instituto para dirimir esses conflitos, o que abrange as impugnações ao edital, os recursos hierárquicos, os pedidos de reconsideração, as representações (tanto administrativas quanto perante os Tribunais de Contas), além do direito inafastável, previsto constitucionalmente, de busca do Poder Judiciário.

No que tange aos recursos hierárquicos, trata-se de um recurso que deverá ser interposto perante a autoridade que manifestou a decisão, a qual poderá exercer seu juízo de retratação na hipótese de julgar procedentes os argumentos do recorrente, ou então, caso não se retrate, encaminhar o processo, devidamente informado, à autoridade superior para decisão (daí a razão do nome “recurso hierárquico”).

O recurso hierárquico é cabível em ocorrências da licitação e da contratação, conforme segue: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; e f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

Portanto, é preciso ter a devida cautela para o uso desse instituto, aplicando-o nos casos previstos em lei, cumprindo seus prazos legais e, principalmente, preservando

os princípios que regem a matéria, em especial a legalidade, o devido processo legal (contraditório e ampla defesa), a razoabilidade, a proporcionalidade, a publicidade e a isonomia.

### Referências:

ENTERRÍA, Eduardo García de y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**. 12. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de derecho administrativo II**. 9. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fase Recursal. *In*: GASPARINI, Diogenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte : Fórum, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo : Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba : Zênite, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº 123/06). Belo Horizonte : Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo : Malheiros, 1994.