

O SISTEMA RECURSAL NO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÕES, SEGUNDO A LEI 14.133/21

Victor Romualdo Ramos de Oliveira*

Hélio Wiliam Cimini Martins**

RESUMO

A fase recursal nos procedimentos licitatórios é uma etapa essencial, para a Administração pública e para a empresa licitante, que manifestada desejo de recorrer de alguma decisão durante o procedimento. Os interessados que se sintam eventualmente prejudicados podem manifestar-se contra a decisão da Administração por meio da intenção de recorrer, registrando em seguida as razões recursais, dentro do prazo determinado. Nesse mister, justifica-se a presente pesquisa a necessidade de analisar a etapa de recurso na nova lei de licitações, Lei 14.133/2021, se comparada às leis mais antigas. Fazendo uma análise e estudo da licitação, hipóteses de inexigibilidade, seus princípios e fundamentais, O objetivo do presente artigo é analisar o sistema recursal na Nova Lei de licitações, comparando esta fase nas previsões da Lei 8.666/93 e 10.502/02. Por conseguinte, vê-se necessária uma abordagem metodológica da nova lei de licitações, comparando-a com os diplomas pré-existentes, com o intuito de contribuir com os debates e com o fito de construir novos entendimentos e interpretações desta nova legislação.

Palavras-chave: Fase recursal. Licitações. Princípios. Inexigibilidade.

1 INTRODUÇÃO

Na espera das contratações públicas, a fase recursal nos procedimentos licitatórios é uma etapa essencial, para a Administração pública e para a empresa licitante, que manifestada desejo de recorrer de alguma decisão durante o procedimento.

Podemos notar que o recurso, do latim *recurro* indica correr para trás ou retroceder, ou seja, o recurso é um retorno àquilo que já foi feito na medida em que ele é uma revisão de um ato já praticado, ato de recorrer representa justamente o direito que a empresa licitante tem de insurgir-se contra alguma decisão, no bojo do processo licitatório. Assim, os interessados que se sintam eventualmente prejudicados podem manifestar-se contra a decisão da Administração por meio da intenção de recorrer, registrando em seguida as razões recursais, dentro do prazo determinado

Nesse mister, justifica-se a presente pesquisa a necessidade de analisar a etapa de recurso na nova lei de licitações, Lei 14.133/2021, se comparada às leis mais antigas. É certo que existem semelhanças entre os diplomas, mas que há também algumas diferenças e novidades estabelecidas na novel norma. Portanto, levantou-se a seguinte problemática: como ficou estabelecido o sistema recursal na licitação, segundo a lei 14.133/2021?

* Graduando em Direito pela Faculdade de Ipatinga.

** Mestrado em GESTÃO INTEGRADA DO TERRITÓRIO pela Universidade Vale do Rio Doce, Brasil (2016). Professor da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Brasil.

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

No primeiro capítulo do presente estudo vamos analisar o instituto da licitação, sua obrigatoriedade, hipóteses que a Administração pública pode dispensá-la a fim de fazer a contratação, bem como iremos identificar as modalidades de licitações da nova lei, uma vez que o novo diploma exclui a tomada de preços e o convite. No terceiro capítulo iremos abordar sobre os pilares norteadores do procedimento, ou seja, os princípios fundamentais que baseiam o instituto, quais sejam, Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável. Por fim, no terceiro capítulo, faremos uma simples análise do sistema recursal nas leis 8.666/93 e 10.502/02, e identificaremos as mudanças e novidades legislativas da nova lei.

O objetivo do presente artigo é analisar o sistema recursal na Nova Lei de licitações, comparando esta fase nas previsões da Lei 8.666/93 e 10.502/02. Para tanto, fora feita uma revisão bibliográfica de artigos, livros e leitura interpretativa dos diplomas.

2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E A SUA OBRIGATORIEDADE

A Administração Pública, para executar suas atividades e cumprir seus deveres, necessita de realizar contratos. A maior parte deles envolve aquisição de bens, serviços e obras. Mas há também situações em que a Administração aliena bens ou faz permissões e concessões. De acordo com Figueiredo:

O poder público, para desenvolver as atividades de prestação de serviços públicos, necessita contratar empresas privadas, profissionais liberais, pessoas físicas ou jurídicas, que lhe forneçam bens e serviços úteis, em certames nos quais a participação dos licitantes exige, por parte do poder público, um tratamento igualitário para todos eles, visando selecionar para a Administração Pública, a proposta que lhe for mais vantajosa (FIGUEIREDO, 2002, p. 15).

Nesse sentido, é fundamental que a Administração Pública, previamente à contratação, siga um procedimento destinado a preservar princípios preestabelecidos. Tal procedimento chama-se Licitação.

O verbo “licitar” significa “oferecer qualquer quantia no ato de arrematação, de adjudicação, hasta pública ou partilha judiciária”, conforme denominação encontrada no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Licitação, no ordenamento brasileiro,

[...] é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público (MEDAUAR, 2003, p. 197).

Medauar (2003, p. 197), ainda afirma que, “é um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes - interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus e sujeições”.

A simples existência de um processo de licitação já evita que interessados em contratar com a Administração Pública sejam excluídos dessa possibilidade, o que preserva o princípio da igualdade. Além disso, a existência de concorrência entre interessados, por si só, já é capaz de obriga-los a formular a mais vantajosa proposta possível, o que atende ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

[...] a licitação visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos (MEIRELLES, 2003, p. 6).

O procedimento de uma licitação apresenta três exigências públicas impostergáveis: a) proteção dos interesses públicos e recursos governamentais; b) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (art. 5º e art. 37, caput, ambos da CF); c) obediência aos reclames da probidade administrativa (art.37, caput e art. 85, V, da CF).

A regra matriz da licitação encontra-se no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Uma vez estabelecida a regra- matriz da licitação, a Constituição Federal tratou de dispor sobre quem tem competência para legislar nessa matéria, nesse sentido, o art. 22, XXVII, da CF estabelece que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, a Constituição Federal elegeu a União como responsável, privativamente, pela edição de normas gerais sobre licitação.

2.1 Hipóteses de dispensa da Licitação

Segundo Torres (2020, p. 289), embora a realização de contratos pela Administração Pública exija, em regra, a obediência ao certame licitatório (princípio da obrigatoriedade), o legislador ressaltou hipóteses em que o gestor pode prescindir da seleção formal prevista. Essas hipóteses de ressalva encontram fundamento no próprio texto constitucional, uma vez que o inciso XXI do artigo 37, Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade do procedimento de licitação. Para os contratos feitos pela Administração, já inicia seu texto com a ressalva aos casos especificados na legislação.

A lei 14.133/2021 prevê hipóteses de dispensa, porque admite que nem sempre a realização do certame levará à melhor seleção pela Administração ou que, pelo menos, nem sempre a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto serve ao eficaz atendimento do interesse público.

Nesse sentido, consolida-se o entendimento de que o caso concreto enquadrará como dispensa se ficar caracterizada uma das situações previstas pela legislação. Nesse caso, as hipóteses legais são taxativas.

A doutrina costuma dividir as hipóteses de dispensa em licitações dispensadas e licitações dispensáveis.

2.1.1 Licitação dispensada

A lei n.º 14.133/2021 indica as situações em que a licitação deve ser dispensada, em seu art. 76 o legislador determina que não seja realizada a licitação. Convém observar que são hipóteses relacionadas à alienação de bens da Administração Pública. Tal alienação à existência de interesse público, devidamente justificado e à prévia avaliação.

[...] o art. 76 prevê a utilização do leilão para a alienação de bens móveis mediante leilão, sem criar situações especiais. Assim, pelo artigo 76, II, qualquer alienação de bens móveis deveria ocorrer mediante leilão, exceto os casos em que a licitação é dispensada. Além disso, a alienação de bens depende do critério de maior lance, que somente é compatível com o leilão. Por fim, não haveria qualquer sentido de instituir uma outra modalidade para alienação de bens, quando a NLLC buscou, justamente, simplificar a escolha das modalidades (nesse caso, adotar outra modalidade seria uma questão meramente formal). Logo, podemos afirmar que o leilão serve para qualquer tipo de alienação de bens, móveis ou imóveis (exceto se dispensada a licitação), ainda que, conceitualmente, o art. 6º, XL, faça restrições (ALMEIDA, 2021, p. 19).

Quanto aos bens imóveis, alienação depende de interesse público, autorização legislativa, avaliação e licitação, dispensada está nos casos descritos no art. 76, como: dação em pagamento; doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso; investidura; venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo; alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou

efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes; legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.

A alienação de bens imóveis, em regra, depende de autorização legislativa. Porém, o art. 76, § 1º, dispensa a autorização legislativa quando a aquisição do bem tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento. Nesse caso, permanecem os demais requisitos (leilão, avaliação prévia e interesse público) (ALMEIDA, 2021, p. 150).

2.1.2 Licitação dispensável

A lei n.º 14.133/2021 prevê casos de dispensa de licitação, tema visto na seção III da norma, em que o legislador autoriza que não seja realizada a licitação, ou seja licitação dispensável, um ato discricionário.

A licitação dispensável ocorre quando é possível realizar a licitação, mas o legislador retira essa obrigatoriedade. Assim, a autoridade pública terá discricionariedade para escolher entre licitar ou não licitar. Caso opte por não licitar, teremos uma contratação direta (sem licitação). A lista de casos de licitação dispensável é taxativa e consta no art. 75 da Lei 14.133/2021 (ALMEIDA, 2021, p. 133).

a) Dispensa de licitação por baixo valor (Incisos I e II):

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras (BRASIL, 2021).

a) Licitação deserta ou licitação fracassada (inciso III):

[...]

III – para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (BRASIL, 2021).

Nessa hipótese, temos caso de uma licitação deserta e algumas hipóteses de licitação fracassa. Dessa forma, vejamos:

O conceito de licitação fracassada envolve a desclassificação de todas as propostas ou inabilitação de todos os licitantes. Expressamente, a Lei de Licitações não previu a dispensa quando todos os licitantes forem “inabilitados”. É possível que, no futuro, a doutrina e a jurisprudência esclareçam a possibilidade de ampliar o alcance da dispensa para todos os casos de licitação fracassada. Porém, expressamente isso não ocorreu. Nesse caso, a licitação é dispensável quando:

- não surgiram licitantes interessados (licitação deserta);
- não foram apresentadas propostas válidas (licitação fracassada em virtude da validade das propostas);
- as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (licitação fracassada em virtude do preço das propostas) (ALMEIDA, 2021, p. 135).

b) Para contratação que tenha por objeto (Inciso IV):

[...]

- a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
- b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;
- c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
- d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;
- e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
- f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
- h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;
- i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;
- j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como

catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;

l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;

m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2021, grifo nosso).

- c) Licitação para incentivar à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Versa o inciso V: “para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei.”
- d) Complexidade com a defesa nacional: Art. 76, Inciso VI: “para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;
- e) Dispensa por situações graves, art. 76, Inciso VII: “nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem”.
- f) Dispensa decorrente de emergência ou de calamidade pública, art. 76, inciso VIII:

[...]

VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso (BRASIL, 2021).

- g) Dispensa para contratação de órgão ou entidade da Administração pública (art.76, inciso IX):

[...]

IX- para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (BRASIL, 2021).

h) Art. 76, X: “quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento”;

i) Consórcio público ou convênio de cooperação, art. 76, XI:

[...] para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (BRASIL, 2021).

j) Transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o sistema único de saúde, art. 76, XII:

[...] para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia (BRASIL, 2021).

l) Profissionalização técnica, art. 76, XIII: “para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização”;

m) Dispensa para contratação de associação de pessoas com deficiência.

[...]
XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência (BRASIL, 2021).

n) Instituições científica e tecnológica

[...]
XV – para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos (BRASIL, 2021).

o) Contratação de insumos estratégicos para a saúde.

XVI – para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para

esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (BRASIL, 2021).

2.2 Modalidades

No Direito brasileiro a Modalidade de licitação é o procedimento pelo qual é escolhido o licitante que será contratado. As modalidades de licitação estão previstas no artigo 28 da Lei 14.133/2021 e são: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. Podemos ver que a tomada de preços e o convite que eram previstos na Lei 8.666 foram removidos, sendo adicionado na nova lei a modalidade de diálogo competitivo.

Conforme CADIP (2021, p. 6) “com relação aos critérios de julgamento, a norma prevê ‘melhor técnica ou conteúdo artístico’, ‘técnica e preço’, ‘maior retorno econômico’ e ‘maior lance’, em acréscimo aos tradicionais ‘menores preço’ ou ‘maior desconto’”.

O quadro abaixo – FIGURA 1- demonstra quais as modalidades previstas no art. 6, incisos XXXVIII, XXXIX, XL, XLI e XLII da Lei 14.133/2021, vejamos:

Figura 1- Modalidades de Licitação da Nova Lei de Licitações

MODALIDADE	CABIMENTO
Concorrência (art. 6º, XXXVIII c/c art. 29)	Contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e obras e serviços de engenharia e arquitetura; Contratação de bens e demais serviços considerados especiais.
Concurso (art. 6º, XXXIX)	Escolha da melhor técnica e melhor conteúdo artísticos, critérios estes que eram previstos na lei de RDC.
Leilão (art. 6º, XL)	Alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos.
Pregão (art. 6º, XLI, c/c art. 29)	Obrigatoriamente, contratação de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles que possuam padrões de desempenho e qualidade aptos a serem objetivamente definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado. OBS.: O pregão não poderá ser utilizado para licitar obras e serviços de engenharia.
Diálogo Competitivo (art. 6º, XLII, c/c art. 32)	Contratações cujo objeto é complexo a ponto de a Administração necessitar da colaboração do mercado para desenvolver as alternativas capazes de atender à necessidade/utilidade pública a ser suprida com o contrato.

Fonte: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1610/1/TCC%20DIEGO.pdf>.

2.2.1 Pregão

A primeira modalidade de licitação abordado na Lei foi o pregão, que passa a ser disciplinado pela Lei n. 14.133/2021, junto das demais modalidades de licitação. A Lei n. 10.520/2002, que antes regularizava essa modalidade fora revogada.

O pregão é definido como a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto” (inciso XLI do artigo 6º). Ele passa a ser expressamente obrigatório para a contratação de todo e qualquer bem e serviço comum e os critérios de julgamento poderão ser o de menor preço ou o de maior desconto. Por bens e serviços comuns

considera-se “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (inciso XIII do artigo 6º), repetindo-se a definição apresentada pela Lei n. 10.520/2002. Em contraponto, o pregão não será utilizado para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, com exceção dos serviços comuns de engenharia, segundo o parágrafo único do artigo 29 da Lei n. 14.133/2021 (ALEMIDA, 2021, p. 124).

2.2.2 Concorrência

A segunda modalidade de licitação prevista é a concorrência, definida pelo inciso XXXVIII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021 como a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia”.

Concorrência é a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia” (art. 6º).

- Modalidade de licitação para contratação:
- de bens e serviços especiais;
- de obras;
- de serviços comuns e especiais de engenharia.

O rito procedimental da concorrência é o “comum”, ou seja, aquele que consta no art. 17 da Lei de Licitações.

O único critério de julgamento que a concorrência não admite é o maior lance.

Assim, a concorrência admite os seguintes critérios de julgamento:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto (ALMEIDA, 2021, p. 66).

2.2.3 Concurso

O concurso pode ser conceituado como a modalidade destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante prêmios ou remunerações ao vencedor - inciso XXXIX do artigo 6º- conceito similar ao previsto na Lei n. 8.666/1993.

Essa modalidade rem destinação para a premiação de trabalhos (ex.: concurso para a escolha do melhor projeto arquitetônico), científicos (ex.: concurso para a escolha da melhor monografia jurídica) e artísticos (ex.: concursos para escolha de melhores hino, brasão da cidade, fotografia, poema, etc) (GARCIA, 2018, p. 582).

Segundo Monteiro (2021, p. 19), a novidade legislativa da lei n.º 14.133/21 é que o julgamento por melhor técnica não tem mais proposta de preço a ser considerada na decisão final. A lei passará a permitir que o concurso também sirva para elaboração de projeto, permitindo que o ente público estabeleça etapas prévias de entrega e contribua, interagindo com o privado, para atingir os objetivos almejados.

2.2.4 Leilão

O leilão pode ser conceituado como a modalidade destinada à venda de bens imóveis inservíveis, de produtos apreendidos ou penhorados, de imóveis adquiridos em processo judicial ou por dação em pagamento e de ativos, ações e outros direitos relacionados ao Programa Nacional de Desestatização.

A modalidade leilão é empregada para a “alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance” (inciso XL do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021). É a modalidade adotada quando a Administração Pública pretende alienar um bem que não lhe serve ou que foi objeto de apreensão.

Conceitualmente, o leilão se destina à alienação apenas de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance (art. 6º, XL). Logo, analisando apenas o conceito do art. 6º, XL, seria possível entender que, se houvesse um bem móvel alienado em outras condições, não seria aplicável o leilão.

Essa interpretação, contudo, não tem muito sentido. Primeiro porque o art. 76 prevê a utilização do leilão para a alienação de bens móveis mediante leilão, sem criar situações especiais. Assim, pelo artigo 76, II, qualquer alienação de bens móveis deveria ocorrer mediante leilão, exceto os casos em que a licitação é dispensada. Além disso, a alienação de bens depende do critério de maior lance, que somente é compatível com o leilão. Por fim, não haveria qualquer sentido de instituir uma outra modalidade para alienação de bens, quando a NLLC buscou, justamente, simplificar a escolha das modalidades (nesse caso, adotar outra modalidade seria uma questão meramente formal).

Logo, podemos afirmar que o leilão serve para qualquer tipo de alienação de bens, móveis ou imóveis (exceto se dispensada a licitação), ainda que, conceitualmente, o art. 6º, XL, faça restrições (ALMEIDA, 2021, p. 29)

2.2.5 Diálogo competitivo

O diálogo competitivo é novidade de modalidade de licitação na nova Lei n.º 14.133/2021. Segundo Monteiro (2021, p.18), esta modalidade de licitação foi inspirada no modelo da União Europeia e sua função é oferecer soluções para as compras complexas da Administração Pública por meio do diálogo com a iniciativa privada.

Criação do "diálogo competitivo" (art. 6º, XLII), que envolverá conversas entre os licitantes, sob orientação do gestor público licitante, visando ao desenvolvimento de uma solução capaz de atender às necessidades do órgão. Será aplicado na hipótese de inovação tecnológica ou técnica, além de situações complexas que envolvam uma solução que não pode ser satisfeita sem a adaptação das alternativas disponíveis no mercado ou na impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com suficiente precisão (art. 32) (CADIP, 2021).

Dessa forma, nessa modalidade de licitação, a administração pública, realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Com base no texto legal, a Administração poderá realizar rodadas sucessivas de diálogos com os licitantes, nas quais serão gradualmente restringidas as propostas apresentadas pelos entes privados. Ao final, o

órgão público seleciona a solução com base em critérios técnicos e econômicos, e a divulga em novo edital para que então seja dado início à tradicional fase de competição, na qual todos os licitantes poderão realizar propostas (MONTEIRO, 2021, p. 18).

3 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Neste capítulo iremos apresentar os princípios que regem o instituto da licitação. Tais princípios são estabelecidos na Constituição Federal, de forma explícita ou implícita, ou na legislação infraconstitucional, Lei n.º 14.133/21. Vale mencionar que, apesar da análise ser feita de forma particularizada, todos os princípios devem ser analisados em sincronia, tendo em vista fazerem parte de um mesmo sistema normativo.

No artigo 5º da lei 14.133/2021 estão elencados os princípios que regem as licitações e os contratos administrativos, assim como as disposições do Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. (LINDB) A nova lei manteve os princípios da lei n. 8666/93 e adicionou em sua legislação mais doze princípios, sendo eles: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável.

3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos pilares do estudo do Direito Administrativo. Pelo princípio da legalidade passa todo o pensamento do âmbito administrativo. No que se pede à Administração Pública, o administrador ou gestor público é sujeito à letra da lei para poder atuar. Para mais, explica Michel Stassinopoulos (1954, p. 69) que a Administração além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem* somente deve agir *secundum legem*.

A atividade ou o poder-dever decorre da vontade expressa da lei. Daí a razão pela qual o constituinte de 1988 achou por bem elencar expressamente o princípio ora sob comento em seu art. 37, caput: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]."

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude (CARVALHO FILHO, 2019, p. 20).

Desta feita, observada a ilegalidade do ato administrativo, ou, mais especificamente, de algum procedimento licitatório, há de ser o mesmo anulado. Nesse diapasão, vejamos:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina

expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei (MEIRELLES, 2016, p. 132).

Na legislação infraconstitucional, o mencionado princípio é citado na Lei 14.133/2021, conforme estabelece o art. 5º, o caput e § 4º do art. 53 e inciso III do art. 73.

Dessa forma, o princípio da legalidade impõe que a Administração pública só faça, numa licitação, o que a lei determina ou autoriza. Assim, não pode a Administração desconsiderar o disposto na Lei 14.133/21, criando, por exemplo, novas regras para o instituto.

3.2 Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade é parte dos cinco princípios norteadores do Direito Administrativo, elencados no artigo 37 da Constituição Federal.

Por princípio da impessoalidade entende-se o comando constitucional, no sentido de que à Administração não é permitido fazer diferenciações que não se justifiquem juridicamente, pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições (MENDES, 2014, p. 1049).

Para Mello (2014), a impessoalidade não permite o favoritismo, discriminações impertinentes no processo licitatório. O referido princípio tem como fundamento o desenho da igualdade de todos perante a administração. Na mesma seara Marinela (2016) menciona que: “A impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve aplicar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica, representando, nesse aspecto, uma faceta do princípio da isonomia”.

Isto posto, todos os licitantes devem ser tratados de forma igual pela Administração, não promovendo perseguições e nem favorecimentos indevidos. Esse princípio também impõe que seja respeitado o princípio da finalidade, o que faz com que a licitação não possa ser utilizada para outras finalidades que não as três que o instituto tem.

3.3 Princípio da Moralidade

Primeiramente, é importante mencionar que a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum. O princípio da moralidade trata da moral jurídico-administrativa. Nesse sentido,

a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa (HAURION, 1930).

O princípio da moralidade está relacionado à atuação do poder público e seus agentes sejam pautados com princípios éticos aceitáveis socialmente, Marinela

(2016). O princípio da moralidade exige uma postura não, somente, lícita, mas também conforme a moral, os bons costumes, a regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. Assim, alguns atos arbitrários ou que evidenciem abuso de poder praticados por qualquer agente público podem caracterizar lesão ao princípio da moralidade administrativa.

Dessa forma, o princípio impede que em um processo licitatório haja favorecimento indevido a algum licitante, o que também é vedado pela aplicação do princípio da impessoalidade impede, também, que a Administração se valha de sua condição privilegiada para fazer exigências indevidas do licitante ou contratante.

3.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade é o dever atribuído à Administração de dar total transparência aos atos administrativos, disponibilizando todas as informações solicitadas pelos particulares.

O princípio da publicidade rege que todos os atos praticados pela Administração Pública sejam apresentados e divulgados de forma transparente. Deve haver uma relação de troca de informações entre o povo e os representantes. No primeiro caso o cidadão deve fazer suas reivindicações, apresentar suas necessidades e aguardar a resposta dos seus representantes em forma de melhorias das condições sociais, econômicas e culturais; da mesma forma os governantes devem apresentar de forma clara e transparente o andamento e execução de projetos que foram apresentados (FERREIRA, 2012, p. 15).

Assinale-se o que dispõe o § 1º do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (BRASIL, 1988).

O princípio da publicidade no discurso de Marinela (2016) abrange mais do que a mera divulgação, deve ser do conhecimento de todos os interessados. Diz, também, que a publicidade tem o condão de eficácia para os atos administrativos e deve obediência ao formalismo previsto na lei.

O Princípio da Publicidade é utilizado para fins de divulgação dos atos realizados pelo Estado e jamais para promoção pessoal, ocorrendo punição nas penas da Lei por Improbidade Administrativa. Assim, sendo todos os atos e procedimentos de uma licitação devem transparentemente divulgados e públicos. Exige-se que seja publicado em diário oficial e em jornal de grande circulação, aviso contendo o resumo dos editais, inclusive com a indicação de onde os interessados poderão ler seu texto integral.

3.5 Princípio da Eficiência

Para Paulo (2016, p. 352), o princípio da eficiência vem para colaborar com uma administração mais focada em resultados, com certa flexibilização para que os entes administrativos tenham autonomia.

Sabe-se da importância de uma administração eficiente, com planejamento em todas as suas áreas. Na gestão de pessoas não é diferente, precisa ser elaborada com seriedade, pois é ela responsável em analisar as qualidades e habilidades de cada servidor, para encaminhá-lo ao setor no qual melhor desenvolva suas atribuições, gerando um atendimento de excelência à população (ESCULÁPIO, 2013, p. 16).

O princípio da eficiência possui dois aspectos, segundo Di Pietro (2017) que são: atuação do agente público no seu desempenho para o alcance de melhores resultados; e a organização e estrutura da Administração Pública, para bons resultados nas prestações dos serviços públicos. Para Marinela (2016, p. 82), eficiência “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Busca-se resultados práticos de produtividade, de economicidade, com consequente redução de desperdício de recurso público [...]”

No que se pese à licitação, o princípio da eficiência norteia o gestor a basear-se em métodos/planejamentos e decisões/atos administrativos que sejam eficientes para à Administração.

3.6 Princípio da Economicidade

O princípio da economicidade ressalta a necessidade de a Administração manejar os recursos públicos de uma forma dinâmica e responsável, com a finalidade de que os preços pagos por bens e por serviços sejam razoáveis, representando um bom valor (em termos de qualidade) pelo montante de fundos públicos gastos com eles. Vejamos:

Quanto à economicidade, que diz respeito ao critério de uso da menor quantidade de recursos públicos para atingir a maior gama de benefícios ou de beneficiários. Visa averiguar se o gasto público está sendo usado de maneira a permitir que cada unidade de recursos gere o maior benefício possível em termos de pessoas atingidas ou de benefícios a serem concedidos. Visa averiguar se não há desperdício no uso do dinheiro público (CANOTILHO, 2013, p. 2720).

3.7 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia ou da igualdade tem efeito relevante no que diz respeito às restrições que a Administração faz a que certas pessoas contratem com ela. Ademais, o princípio também incide quando a Administração quer ter direitos adicionais aos que já estão estipulados como cláusulas exorbitantes. Por conta disso, a Administração não pode inventar novas cláusulas exorbitantes que não estejam expressamente permitidas em lei, sob pena de ferir não só o princípio da legalidade como também o da igualdade.

Segundo Mello (1993, p. 10), o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelas constituições em geral é que a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos. Contudo, é próprio da lei desigualar. Com efeito, esta, além de discriminar, trata diferentemente as pessoas. Assim, a determinados indivíduos são deferidos alguns direitos e obrigações que não assistem a outros.

3.8 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que, além das disposições legais, a Administração deve seguir, rigorosamente, os termos do edital. Assim, todas as disposições do instrumento convocatório têm de ser seguidas, sejam as que tratam dos requisitos de habilitação e dos critérios de julgamento da licitação, sejam as que tratam dos termos em que serão celebrados o futuro contrato administrativo.

3.9 Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo se dirige a dois momentos da licitação. Primeiro quanto à estipulação dos critérios de julgamento. O edital deve indicar, obrigatoriamente, o critério de julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos. Segundo, quanto ao julgamento em si, que será feito em momento posterior. Nesse sentido, “no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital, sendo vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiferentemente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

3.10 Princípio da Motivação

O princípio da motivação pode ser conceituado como “aquele que impõe ao administrador público o dever de indicar, prévia ou contemporaneamente, os pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão ou ato, de forma explícita, clara e congruente.” (GARCIA, 2018, p. 789).

O princípio da motivação não está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da CF. Porém, o princípio pode ser encontrado nas decisões do Poder Judiciário e do Ministério Público (art. 93, IX c/c art. 129, §4º da CF), que devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.

Apesar de não haver previsão genérica do princípio da motivação na Constituição Federal, há na legislação infraconstitucional. O art. 2º, *caput*, da Lei n.º 9.784/99 faz referência expressa à motivação como princípio a ser obedecido por toda a Administração Direta e Indireta, de todos os poderes.

Na nova legislação que regulamenta os procedimentos licitatórios prevê expressamente tal princípio, vejamos:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, **da motivação**, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, 2021, grifo nosso).

O princípio da motivação decorre do aparecimento do Estado de Direito, em que a única vontade que impera é a da lei e não a pessoal, de modo que a Administração tem que justificar seus atos, deve expor a razão de suas decisões. O cidadão pode questionar a administração, que deve explicitar os motivos que levaram àquela decisão, averiguando ainda se outros princípios foram respeitados ou violados.

O ato administrativo se encontra motivado quando nele se encontra exposto o seu motivo. Trata-se de aspecto pertinente à formalização do ato administrativo, uma vez que envolve necessariamente o seu revestimento exterior. Noutra giro: a motivação do ato administrativo consiste na exteriorização formal do motivo. Mas além dessa dimensão formal, a motivação do ato administrativo também tem uma dimensão substancial. Sob essa perspectiva, a motivação é o meio que torna possível a recondução do ato administrativo a um parâmetro jurídico que o torne compatível com as normas jurídicas vigentes. Ela permite traçar um laço de validade entre o ato administrativo e o sistema do Direito Positivo (ANDRADE, 2019, p. 79).

Outrossim, Caixeta (2004, p. 79), apresenta a conclusão do TC 010.205/2001-0 (representação formulada por licitante) contra ato da comissão de licitação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS que desclassificou a proposta do licitante sem a devida explicação de forma clara e concisa. Em tal processo, conclui-se que:

[...] a Comissão Especial de Licitação não fundamentou a decisão de desclassificação das propostas técnicas, nem a decisão dos recursos administrativos interpostos. [...] Não houve a devida exposição dos motivos pelos quais concluiu pela desclassificação, remetendo-se apenas a itens do edital. A decisão de desclassificação não comportou os pressupostos fáticos que justificassem o descumprimento de tais itens, caracterizando subjetivismo no julgamento e ofensa ao princípio da motivação (CAIXETAS, 2004, p. 79).

Dessa forma, a motivação deve anteceder ou ser simultânea à prática do ato administrativo. Uma motivação subsequente ao ato viabilizaria até mesmo construções falaciosas de circunstâncias fáticas e fundamentos jurídicos afirmados como base da ação administrativa, mas que na verdade não foram aqueles que sustentaram a decisão do Poder Público.

4 O SISTEMA RECURSAL DA LEI 14.133/21

4.1 A fase recursal na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/02

A priori, vejamos o que a Lei 8.666/93 versa sobre a fase recursal do processo licitatório:

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

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

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

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 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 informados, 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 (BRASIL, 1994).

Agora observemos o que estabelece a Lei 10.520/02 sobre a fase recursal:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I [...]

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 contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX – o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

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

XXI – decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor (BRASIL, 2002).

Logo, com base na análise das normas, é claro que as principais diferenças da fase recursal entre as Modalidades de Licitação da Lei 8666/93 (Concorrência e Tomada de Preços) e as Modalidades da Lei 10.520/02 (pregão). Na tabela abaixo, vejamos de forma esquematizada tais distorções:

Figura 2 – Principais diferenças entre as modalidades de Licitação da Lei 8666/93 (Concorrência e Tomada de Preços) e as modalidades da Lei 10.520/02 (Pregão)

CONCORRÊNCIA E TOMADA DE PREÇOS	PREGÃO
1 – O Licitante poderá entrar com recurso contra a decisão da comissão de licitação em habilitar ou inabilitar os documentos de habilitação.	1 – O Licitante só poderá manifestar o interesse em entrar com recurso, quando o pregoeiro declarar o vencedor do certame
2 – O Licitante poderá entrar com recurso contra a decisão da comissão de licitação em Classificar ou desclassificar a proposta de preço	No Pregão Eletrônico, o pregoeiro poderá aceitar ou não a intenção do recurso.
3 – O Prazo para interpor o recurso é de 05 (cinco) dias úteis.	2 – O Prazo para interpor recurso é de 03 (três) dias.
4 – O Prazo para interpor as Contra – Razões é de 05 (cinco) dias úteis	3 – O Prazo para interpor as Contra – Razões é de 03 (três) dias.
5 – O Recurso nestes casos tem efeito suspensivo	4 – O Recurso não tem efeito suspensivo.
6 – Não há necessidade de registrar em ata a intenção de recurso.	5 – Têm que registrar em ata a intenção de recurso
7 – O Recurso deverá ser feito à Autoridade superior por intermédio de quem praticou o ato recorrido	6 – O Recurso deverá ser feito à Autoridade superior por intermédio do Pregoeiro
8 – O Licitante não é obrigado a informar qual é o teor da sua intenção de recurso	7 – O Licitante é obrigado a informar o motivo da intenção de recurso.
9 – Nenhum prazo de recurso se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado	8 – O mesmo

Fonte: <https://www.licitacoespublicas.blog.br/fase-recursal-licitacao-comum-x-pregao/>.

Dessa forma, os procedimentos da fase recursal estabelecidos na Lei 8.666/93 - Concorrências e Tomadas de Preços e na Lei 10.520/02 - Pregões são bem diferentes. Vale mencionar que na tabela 1 referente aos pregões o termo “dias úteis” foi substituído por “dias”, porém esta falha foi coberta no Decreto 3555/2000 que regulamenta a Lei 10520/02, em seu Inciso XVII do Art. 11: “XVII – a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no **prazo de três dias úteis**” (grifo grosso).

4.2 A fase recursal segundo a Lei 14133/2021

Em primeiro momento, observa-se que, seguindo a linha da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, ao iniciar o estudo na nova lei de licitações traz um rol taxativo das fases do procedimento licitatório em seu artigo 17, vejamos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
 I - preparatória;
 II - de divulgação do edital de licitação;
 III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
 IV - de julgamento;
 V - de habilitação;

VI - recursal;
VII - de homologação.

Como o alvo de nosso estudo é a fase recursal da licitação, podemos observar no art. 165 da Lei 14.133/21 que tal etapa é única.

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

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

- a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- b) julgamento das propostas;
- c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- d) anulação ou revogação da licitação;
- e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

II – pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.

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

I – a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do **caput** deste artigo será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 desta Lei, da ata de julgamento;

II – a apreciação dar-se-á em fase única (BRASIL, 2021, grifo nosso).

É possível notar que a nova norma, adota o procedimento da interposição de recurso por meio da manifestação da intenção de recorrer seguida da apresentação das razões recursais.

No que pese ao prazo para a apresentação das razões recursais é de 3 (três) dias úteis, sendo que tal período deve ser contado a partir da data intimação ou da lavratura da ata de habilitação ou inabilitação. Como já aludido anteriormente, tais razões são ofertadas em uma única fase, momento e peça, na qual constarão os eventuais inconformismos com o julgamento das propostas e com a habilitação.

Em relação ao efeito do recurso apresentado, o art. 168 da Lei nº 14.133/2021 impõe a este o efeito suspensivo. Isso significa que:

[...] manifestada a intenção de recorrer e admitido o recurso, o certame deve aguardar a apresentação das razões e a decisão da autoridade recursal para, a partir daí seguir o seu curso. O efeito suspensivo é uma garantia que visa a assegurar o cumprimento do mandamento constitucional que consagra aos que defendem seus interesses perante o Estado o direito de efetivamente se defender, inclusive com o manejo de recursos contra decisões, o que deve ocorrer dentro dos termos do devido processo legal (MELLO, 2004. p. 105).

Dentro dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade é importante que o processo licitatório realize uma efetiva resolução das pendências procedimentais, uma vez que a nova Lei exige que o procedimento aguarde a decisão da autoridade recursal para, só assim, seguir o seu curso.

Vale mencionar é que o parágrafo único do art. 168, garante a devida assistência jurídica à autoridade que decide o recurso, o que é muito importante, uma vez que as questões sindicadas na fase recursal quase sempre envolvem discussões de Direito.

5 CONCLUSÃO

Por obvio que um trabalho como este não esgota o tema. Em especial na medida em que a legislação ainda não se consolidou em eficácia dado ao prazo de *vacatio* e permanência das anteriores legislações (2 anos). Todavia, ao final, passamos a destacar o que, pensa-se, ser essencial, a saber:

A Nova lei de licitações não existe a tomada de preços e o convite como modalidade de licitação. Dessa forma, nesse artigo pretendeu-se analisar sobre a fase recursal nas demais modalidades, comparando esta fase na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 10.520/2002.

Identificou-se que a sistemática da fase recursal da Nova Lei de Licitações há disposições semelhantes tanto na Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002. Porém, a novidade legislativa contempla procedimentos singulares, quais sejam: Manifestação da intenção de recurso ser imediatamente a cada fase ou só após a declaração do licitante vencedor; Do juízo da admissibilidade de recurso; Da fase recursal quando da inversão de fases; Da adaptação dos sistemas à nova fase recursal.

É necessário notar algumas mudanças significativas da fase recursal da Lei 14.133/21, comparada às Leis 8.666/93 e 10.520/02. Uma novidade é a questão que a Nova lei estabelece apenas uma fase recursal, trazendo eficiência ao processo.

Quanto ao prazo recursal foi unificado para 03 dias úteis. Sendo que na Lei 8666/93 o prazo era de 05 dias úteis para Concorrência e Tomada de Preços e na Lei 10.520/02, de 03 dias (úteis) para Pregão. No caso do pregão, a alteração fora positiva, pois o prazo anterior era de 03 dias corridos.

Quanto à aplicação do Recurso Administrativo, tanto a Lei 8666/93 e a nova Lei de licitações são bastantes semelhantes, exceto no que diz ao indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e à rescisão do contrato- art. 1009, alíneas “d” e “e” - Lei n.º 8.666, que fundiram-se no Inciso I, Alínea “a”, do Art. 165 da lei 14.133/21, *“ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento.”* E foi acrescentado ao Inciso I, a Alínea “e” do Art. 165, a hipótese de caber Recurso com a Rescisão de Contrato unilateral pela administração.

Por conseguinte, vê-se necessária uma abordagem metodológica da nova lei de licitações, comparando-a com os diplomas pré-existentes, com o intuito de contribuir com os debates e com o fito de construir novos entendimentos e interpretações desta nova legislação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Helbert. Nova Lei de Licitações e Contratos: Lei 14.133/2021: esquematizada. **Estratégia concursos**. Ebook. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/221841/nova%20lei%20de%20licitac%20o%20es%20esquematizada%20-%20prof%20herbert%20almeida%20-%20estrat%C3%A9gia%20concursos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ANDRADE, José Carlos Vieira. O dever da fundamentação expressa de actos administrativos. **Revista de direito público**, nº 62, pp. 7-8, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.520/2002, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, n. 137, Seção 1, de 18 de julho de 2002.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

CAIXETA, José Manoel. **Os princípios administrativos aplicáveis às licitações públicas**: a doutrina dominante e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. – Brasília, 2004. Trabalho de conclusão de curso. Instituto Serzedello Corrêa. Curso de Especialista em Controle Externo, Auditoria governamental.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HAURIOU, Maurice. **Précisélementaire de droit constitutionnel (deuxième édition)**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930

FERREIRA, Ana Luiza Aghina. **O Princípio da Publicidade na Administração Pública e seus efeitos práticos**: alterações trazidas pela Lei 12.527/2011. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2012. Disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21169/21169.PDF>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações Públicas para principiantes: o Bê-a-bá das Licitações Públicas**. Florianópolis: Insular, 2002.

LEONEZ, Angelina; BOAVENTURA; Carmen Iêda Carneiro. OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. **A fase recursal na nova Lei de Licitações**: uma análise comparativa com as Leis nº 8.666/93, 12.462/2011 e 10.520/2002. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em 05 ago. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**: sobre a aplicação do devido processo legal à atividade administrativa do Estado: 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 12. ed. São Paulo: RT, 2004.

SILVA, Marco Antônio. **Fase Recursal – Lei 8.666/93 X Lei 10.520/02**. Disponível em: <https://www.licitacoespublicas.blog.br/fase-recursal-licitacao-comum-x-pregao/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité Des Actes Administratifs**. Athènes: Institut français d'Athènes, 1954.