

LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL DE TERCEIROS NO PROCESSO LICITATÓRIO

Leandro PIRES¹

RESUMO: É bastante comum, na seara das licitações, o questionamento vindo dos licitantes e dos próprios servidores dos órgãos da Administração Pública quanto à aplicabilidade do direito ao recurso a terceiros, em especial pela dificuldade de se visualizar onde estaria a suposta legitimidade e interesse destas partes. Maior ainda é a relevância do tema quando se tem na licitação apenas um participante, que atende a todos os requisitos do edital. A dúvida surge a partir do momento em que a Administração, premida pela necessidade de efetuar suas contratações de forma célere, tenta suprimir do processo todos os prazos possíveis. Seria lícito à Administração, em face da existência de somente um licitante, este declarado vencedor, suprimir o prazo de recurso, considerando que este licitante não tem interesse no direito de recurso? Caso positivo, haverá algum direito de terceiro sendo prejudicado? Caso negativo, quem pode ser considerado terceiro? A concessão do prazo recursal, neste caso, não afronta o princípio da eficiência? Estes são apenas alguns dos questionamentos decorrentes do estudo deste tema, que se procura esclarecer do melhor modo possível.

Palavras-chave: Licitação. Recurso Administrativo. Legitimidade. Interesse. Princípios.

ABSTRACT: It is quite common in the public bids, the bidders and questioning coming from the servers themselves the organs of government as to the applicability of the right of recourse to third parties, in particular the difficulty of visualizing where would the supposed legitimacy and interest of these parties. Greater still is the relevance of the topic, when you have only one participant in the bidding, which meets all requirements of the notice. The doubt arises from the moment the Administration, pressed by the need to make their hiring swiftly, trying to suppress the process all possible deadlines. But it would be lawful for the Administration, due to the existence of only one bidder, the winner declared, suppress the appeal period, considering that this bidder has no interest in the right of appeal? If so, will there be any right of a third party being harmed? If not, who can be considered as a third? The granting of the appeal deadline, this case does not affront the principle of efficiency? These are just some of the questions arising from the study of this topic, we will try to clarify as best I can.

Keywords: Bid. Administrative Appeal. Legitimacy. Interest. Principles.

A licitação é um procedimento previsto em lei, que se destina a obter, mediante a adoção de critérios objetivos, a seleção da proposta mais vantajosa dentre todas aquelas oferecidas pelo mercado, para atendimento das necessidades da Administração, mormente para a contratação de obras, serviços e fornecimento

¹ Administrador de empresas, especialista em Controladoria e Finanças, Analista de Compras Pleno na Companhia Paranaense de Energia – COPEL. Acadêmico do 7º Período do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz – FARESC. E-mail: leandro.adm2014@yahoo.com.br

de materiais. Di Pietro (2014, p. 373), assim define o procedimento licitatório: “a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual”. Numa definição ainda mais precisa, também de Di Pietro (2014, p. 374), “licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes.”

As licitações são regidas pela Lei 8.666/1993, sendo de competência privativa da União o direito de legislar sobre a matéria, conforme disposição constitucional (Art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal).

A licitação pode ser considerada um processo administrativo, composto de diversas etapas ou fases. Sendo assim, tais etapas compreendem, no mínimo, a análise da proposta, em termos de preço e de adequação ao objeto licitado, e dos documentos de habilitação, previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993.

Concluída a análise dos documentos por parte da Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro, haverá o julgamento, que resultará na decisão quanto à seleção da proposta mais vantajosa. Tal decisão deve estar em conformidade com os princípios informativos da licitação como, por exemplo, a isonomia, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, entre outros. Da decisão proferida, nos termos do art. 109, inciso I da Lei 8.666/1993, caberá o recurso administrativo. Deste ato de cunho decisório por parte da Administração, surgirá a possibilidade de que o sujeito detentor de direito, não satisfeito com o resultado, possa pedir a reforma da decisão. Mas, a quem poderá aproveitar eventual modificação de resultado? E quem, efetivamente, detém legitimidade para interpor este recurso?

Para se chegar a este entendimento, é preciso que se compreenda inicialmente como se processa uma licitação em suas fases iniciais, até o momento em que se torna possível à Administração tomar uma decisão quanto à seleção da proposta mais adequada. Em vista disso, num primeiro momento, analisar-se-á o significado da participação do cidadão no processo licitatório.

Todo edital de licitação tem regras e forma de julgamento bem definidas, que devem ser objetivas. Ocorre que, não raro, os interessados analisam

o edital e entendem que são aptos a executar o objeto, mas, exceto por um ou outro detalhe, acabam excluídos da possibilidade de participação. Surge para estes, então, a pretensão de impugnar o edital, com o intuito de eliminar ou modificar a exigência que gera o impedimento de sua participação. A impugnação do edital é possível em até 5 dias de antecedência em relação à abertura das propostas, podendo este prazo variar conforme a modalidade adotada. Recebida a impugnação, a Administração analisará o pedido, podendo considerá-lo procedente ou improcedente. Se considerá-lo procedente, fará as alterações devidas no edital, por meio de aditamento; caso contrário manterá o edital sem alterações; em ambos os casos dará ciência desta decisão ao recorrente. Uma vez expirado o prazo de impugnação, e recebidas as propostas, tem-se o entendimento tácito de que, se a proposta foi feita, é porque foram aceitos os termos do edital. Tendo sido concedido o prazo para impugnação, a Administração oferece, portanto, todas as condições para que os interessados analisem e questionem o edital, em relação a todos os seus termos. Não havendo nenhuma manifestação neste sentido, presume-se a plena aceitação dos termos do edital pelos proponentes e inclusive pela sociedade, que detém poderes para fiscalizar os atos da administração pública, restando a esta somente decidir, em conformidade com as regras do edital, qual licitante deverá sagrar-se vencedor do certame. Trata-se de uma espécie de preclusão, pela qual, pela falta de manifestação tempestiva para impugnar o edital e os seus termos, desaparece o direito ao questionamento do mesmo. Em outras palavras, o licitante perdedor não poderá, após ter oferecido sua proposta, questionar os termos do edital, pois estará então expirada a oportunidade própria para este tipo de manifestação. Todavia, os efeitos desta preclusão não são absolutos, uma vez que se a Administração, por si mesma ou provocada por terceiros, identificar de forma superveniente a existência de vícios no edital ou no procedimento, poderá fazer o uso de seu poder de autotutela, anulando de ofício os atos que julgar necessários, parcial ou integralmente, sendo possível o aproveitamento dos atos válidos e insuscetíveis de anulação.

Encerrado o prazo para impugnação do edital, a Comissão de Licitação ou Pregoeiro fará a análise das propostas e dos documentos de habilitação. Concluído o ato decisório, podem ocorrer duas situações previstas no Art. 109, inciso I, alíneas “a” e “b” da Lei 8.666/1993: habilitação ou inabilitação do licitante,

e/ou classificação ou desclassificação das propostas. Sendo, portanto, habilitado ou inabilitado, classificado ou desclassificado, o licitante que se sentir prejudicado pela decisão, de forma motivada, poderá interpor recurso para que a decisão seja reformada. Mas a lei não especifica que somente os licitantes que ofertaram proposta poderão interpor este recurso. Poderia, então, um terceiro, não participante da licitação, interpor recurso desta decisão? Teria este terceiro, estranho ao processo, legitimidade jurídica para este ato?

Para que seja possível o entendimento, inicialmente, é importante que seja feita uma análise quanto à participação de terceiros ou da sociedade, no processo licitatório como um todo. A respeito disso, a lei faz algumas referências importantes. Na Lei 8.666/1993, constatamos em diversos momentos a aplicação, por parte do legislador, da palavra “cidadão”. Vejamos o Art. 4º, com destaque para a segunda parte do dispositivo:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Note-se que, na segunda parte do dispositivo, a lei menciona que é possível “qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”. Acompanhar o desenvolvimento, em nosso entendimento, possui uma conotação de fiscalização. Contudo, esta fiscalização não implica, por si só, num direito específico de agir, de promover determinado ato em face de alguma decisão. Até porque, como se verá mais adiante, este direito é disciplinado pela própria lei, que regula a forma e o momento em que este direito de ação pode ser exercido pelo interessado.

No art. 7º, parágrafo 8º, consta também que “qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada”. É importante observar que o dispositivo menciona a obra executada, ou seja, menciona a oportunidade de participação do cidadão numa fase posterior à licitação e à própria execução contratual.

No art. 15, parágrafo 6º, consta que “*qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado*” Este dispositivo trata dos sistemas de registro de preços, pelos quais a administração pode contratar sob demanda, num período limitado a 12 meses, determinados bens e serviços em conformidade com preços unitários registrados, e obtidos mediante processo licitatório. Caracteriza, assim, a possibilidade de participação do cidadão em momento posterior ao procedimento licitatório.

Vejamos também o que consta no Art. 41, parágrafo 1º da Lei 8.666/1993:

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Note-se que a lei novamente menciona a participação do cidadão, destacando que o momento desta participação antecede o efetivo início do certame. Ou seja, expirado o prazo previsto em lei para a impugnação do edital e inexistindo manifestação neste sentido, presume-se, como dito anteriormente, que não só os participantes ativos do processo (proponentes), como também os cidadãos e a sociedade em geral, nada tem a reclamar do procedimento, permitindo-se sua continuidade.

A análise em questão tem por finalidade definir preliminarmente se, afinal, poderá o cidadão interferir de alguma forma no certame, em todas as suas fases. Ante o exposto, concluímos que sim, pois a ele é dado impugnar ou ter acesso a determinadas informações em momentos bastante distintos, ou seja, antes do início da análise das propostas, e até mesmo após a execução contratual. Fato que nos leva a crer que, possivelmente, em sede de recurso, poderá ele igualmente se manifestar. Esta linha de raciocínio nos permite concluir que, por não estarem os atos do cidadão limitados à fase anterior à análise das propostas, afasta-se a teoria de que este somente poderia agir em face da instauração do edital, e na fase de publicidade. Esta teoria se sustentaria justamente pelo fundamento de que, uma vez aceito o edital e os seus termos, por todos os interessados e pela sociedade,

nenhum motivo haveria para recorrer dos atos posteriores, que seriam mera consequência, ou seja, apenas o natural desdobramento do procedimento licitatório, estritamente ligado à relação entre órgão e proponentes. Contudo, esta tese não encontra suficiente sustentação porque, como vimos, o cidadão tem amplo poder de ação, independentemente da fase em que se encontra o processo licitatório. De qualquer modo, como se verá adiante, esta análise carece ainda de maior fundamentação para que se obtenha uma posição mais satisfatória.

A partir do momento em que se inicia a análise das propostas e dos documentos de habilitação, não cabe mais a impugnação do edital. Em outras palavras, encerrado o período de publicidade, os direitos e obrigações objeto de eventual questionamento limitam-se aos atos dos julgadores (Comissão de Licitação/Pregoeiro) e aos documentos apresentados pelos licitantes do certame. Em outras palavras, temos, nesta fase, como elementos principais: os julgadores, os participantes, e os documentos por estes trazidos para fins de análise. Nesta fase são passíveis de **recurso administrativo**, portanto, os atos de habilitação ou inabilitação, classificação ou desclassificação de propostas, mediante os documentos apresentados. Ou seja, pode-se questionar determinada desclassificação ou inabilitação, ou mesmo, alegar-se que o licitante classificado ou habilitado não atende os requisitos do edital.

Como dissemos no início, conforme o prisma sob o qual é analisada, a licitação pode ser considerada como um procedimento ou como um processo. Será um processo em relação ao todo, ou seja, em relação à sua característica de conter em si uma sucessão de atos e fatos por parte da Administração e do licitante. Mas os atos e fatos em si, ou seja, as diferentes partes e fases, isoladamente, constituem procedimentos. Entendemos, portanto, que para fins de caracterização da licitação, ambos os conceitos são válidos, e não se excluem, ao contrário, complementam-se. Di Pietro (2014, p. 696) define o processo administrativo como uma “série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração”. Destes conceitos, portanto, podemos entender que a licitação é efetivamente um **processo administrativo**, composto de determinados **procedimentos**.

Considerando que a licitação é um processo administrativo, faz-se indispensável o conhecimento do disposto no Art. 58 da Lei 9.784/1999, diploma legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública

Federal, e que dispõe sobre quem possui legitimidade para interpor recurso administrativo:

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

Verifica-se no dispositivo em análise que “os *titulares de direitos e interesses que forem parte no processo*”, ou seja, os licitantes no caso concreto, são partes legítimas para interpor recurso administrativo. Nada mais justo, afinal, são estes os potenciais detentores de direitos passíveis de serem lesados pela decisão proferida pela Administração Pública, possuindo interesse direto no resultado a ser declarado.

Verificamos que também são detentores do direito de interpor recurso “*aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida*”. Aqui observamos quão ampla é a possibilidade de um terceiro, não licitante, poder atuar de forma legítima no processo. Basta para tanto que ele tenha um direito ou interesse afetado pela decisão recorrida. Deve ficar claro que a decisão recorrida, neste momento e em se tratando de um procedimento licitatório, somente se relacionará com a análise da proposta e das condições de habilitação dos licitantes, uma vez que, conforme já esclarecido, não mais é passível de impugnação o teor das exigências do edital que porventura ocasione algum prejuízo ao licitante. Sendo assim, podemos imaginar que a decisão recorrida será, por exemplo, a decisão de selecionar como melhor proposta um licitante que, comprovadamente, causará algum tipo de prejuízo ou de dano a algum terceiro. É evidente que este terceiro, se desejar interpor o recurso, deverá demonstrar objetivamente a existência deste prejuízo ou dano.

Também detêm legitimidade para interpor recurso as organizações e associações representativas, em relação a direitos e interesses coletivos, bem como os cidadãos ou associações, em relação a direitos ou interesses difusos. Por direitos e interesses coletivos, pode-se considerar, conforme Art. 81, inciso II do Código de

Defesa do Consumidor (CDC), “os *transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*“. Já os direitos ou interesses difusos encontram sua conceituação no art. 81, inciso I do mesmo diploma legal, ou seja, são direitos “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*“.

Entendemos que para que estes sujeitos possam exercer o direito de recurso, devem demonstrar sua legitimidade, sob pena de que o recurso não seja conhecido, conforme previsto no Art. 63, inciso III. Para que tal legitimidade seja demonstrada, é imprescindível a existência do nexos causal entre a decisão proferida pela Administração, e o efetivo direito ou interesse afetado pela decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem inúmeros questionamentos comumente observados na seara das licitações, por todo o exposto conclui-se que é possível a interposição de recurso administrativo por um terceiro, não licitante. Este estudo tem especial importância na medida em que esclarece, por exemplo, que **se em determinado certame um único licitante oferecer proposta, ainda assim será necessário que a Administração conceda o prazo recursal, ainda que não visualize os sujeitos possivelmente detentores do direito de recorrer**. Podem existir outros sujeitos, ocultos aos olhos da Administração e dos proponentes da licitação, que possivelmente possuam direitos ou interesses a serem defendidos, e que podem, portanto, demonstrar a legitimidade existente para a interposição do recurso, habilitando-se para o exercício deste ato. É comum o questionamento de licitantes e até mesmo de membros de Comissões de Licitação e Pregoeiros quanto à validade deste ato, uma vez que, existindo uma única licitante e, sendo ela declarada vencedora, aparentemente, não restariam outros sujeitos com interesse direto no resultado. Pode existir eventualmente um entendimento de que, se por um lado a administração deseja a celebração do contrato com o licitante que atender a todos os requisitos previstos no edital, por outro lado, não será o licitante vencedor quem obstará o procedimento, por ser o único participante do certame, e por comungar do mesmo desejo. Contudo, conforme observamos, pode existir, efetivamente, o interesse indireto, o que caracteriza, em tese, a possibilidade objetiva de

interposição de recurso por um terceiro desconhecido, aparentemente estranho ao processo licitatório. Logo, conclui-se que em nenhuma hipótese a Administração poderá suprimir o prazo recursal, não existindo amparo legal neste sentido, nem mesmo a pretexto da aplicação do princípio da eficiência. Neste sentido vale mencionar recente Acórdão do Tribunal de Contas da União (Acórdão 1728/2014-Plenário, TC 006.493/2011-4, 2.7.2014), no qual o relator, Ministro Raimundo Carreiro, afirma que “(...) a supressão de prazo para o exercício pelos licitantes do direito a recorrer, assegurado pela Lei 8.666/93, o qual, necessariamente, só pode ser exercido antes de homologada a licitação e adjudicado seu objeto, constitui falta grave, conforme entendeu esta Corte na deliberação recorrida.” O Plenário do TCU, acolheu a tese da relatoria e negou provimento aos recursos interpostos ao órgão.

A respeito do interesse recursal, sustenta Marçal Justen Filho (2012, p. 1056) que “a decisão deverá ser lesiva aos interesses do particular, acarretando sua agravação, para caracterizar-se o interesse de recorrer”, entendimento este que se filia à corrente proposta neste estudo. Contudo, é indispensável que o interesse recursal seja analisado em conjunto com o aspecto da legitimidade.

Já em relação à legitimidade, afirma Marçal Justen Filho que “não possui legitimidade para recorrer o terceiro que não participa de licitação”. Prossegue, ainda, afirmando que “(...) A condição de terceiro elimina o cabimento do recurso (...)”. Com a devida vênia ao ilustre professor, discordamos desta posição, pelos motivos já expostos. Verificamos que o direito ao recurso ao terceiro decorre de previsão legal (art. 58, incisos II, III e IV da Lei 9.784/1999), que entendemos ser aplicável às licitações devido a se caracterizarem como processo administrativo. O princípio da legalidade, aplicado à Administração Pública, é suficiente para justificar este entendimento. E não é por acaso que o legislador preocupou-se, como já demonstrado neste estudo, em conceder ao cidadão amplos direitos de fiscalização sobre as licitações, independentemente da fase em que se encontra o processo. É sem dúvida um ato temerário, portanto, simplesmente suprimir tal direito.

Deve-se ressaltar que os órgãos da Administração Pública possuem diferentes necessidades conforme a natureza de sua atuação. Em alguns casos, existe a necessidade de que a contratação ocorra no menor prazo possível, e para que isto possa acontecer, é comum a mobilização dos servidores envolvidos, envidando esforços adicionais para que o objetivo seja atingido, eliminando

determinados procedimentos formais não essenciais, bem como reduzindo prazos na medida do possível. Trata-se, de certa forma, de uma característica prática de aplicação do princípio da eficiência, que se relaciona com o modo pelo qual os serviços públicos são prestados. Contudo, em relação ao exemplo anterior, sobre a concessão do prazo recursal e em que pese a necessidade de redução dos prazos, cabe esclarecer que o princípio da eficiência não pode elidir o princípio da legalidade, pelo qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. É dizer, em outras palavras, que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei, não lhe sendo lícito impor vedações aos administrados que não tenham previsão legal (Di Pietro, 2014, p. 65). Di Pietro (2014, p. 85) faz também importante menção neste sentido, lembrando que *“a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”*.

Cumprido observar que em modalidades como a Concorrência e o Convite, por exemplo, a concessão do prazo recursal pode acontecer em dois momentos distintos: após o julgamento das propostas de preços, e após o julgamento dos documentos de habilitação. Sendo assim, caso a licitação não possa processar-se em fase única, o prazo recursal de 5 dias úteis deverá ser concedido distintamente nas duas oportunidades, o que poderá causar um aumento considerável no prazo global para conclusão da licitação, ou seja, pelo menos duas semanas. Aparentemente, tem-se uma afronta ao princípio da eficiência. Por outro lado, não se pode prescindir da aplicação do princípio da legalidade.

É bem verdade que muito raramente ocorre a interposição do recurso de terceiros (cidadãos, associações, organizações), uma vez que, em razão do comportamento destes sujeitos, seja pela possível falta de conhecimento de seus direitos ou das licitações, ou pela possível falta de informação quanto à forma de processamento das licitações, ou pela frequente falta de um elemento concreto caracterizador de lesão ao seu direito, muito dificilmente exercitarão o seu direito previsto no Art. 58 da Lei 9.784/1999, o que não afasta, obviamente, o dever da Administração de conceder a respectiva oportunidade. Não sendo concedida a oportunidade pela Administração, certamente, conforme ora demonstrado, estará viciado o processo, por falta de observação do procedimento legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27º edição. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15º ed. São Paulo: Dialética, 2012.