



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UFPI**

Processo: nº. 23855.000443/2021-78

Interessado: Coordenadoria Administrativa e Financeira/CRMV

Assunto: Licitação/Serviços de Limpeza

Nota nº 035/2022-PF-UFPI/PGF/AGU

1. Cuida-se de consulta jurídica formulada pelo senhor Reitor da Universidade Federal do Delta do Parnaíba, conforme o Despacho nº 614/2022 – UFDPAr (fls. 2864/2865), em que pede “apreciação favorável à anulação dos atos do pregoeiro, **a partir do não encaminhamento de sua decisão à autoridade superior (Reitor), para que se possa dar continuidade ao certame**” (sic).

2. Cinge-se a controvérsia a propósito do disposto no art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/93. Na origem, acorde a autoridade consulente, o servidor responsável pela condução do procedimento licitatório de que cuidam os autos teria agido com excesso de competência ao decidir e não submeter à apreciação da autoridade superior (o consulente) o recurso administrativo manejado por uma das licitantes. Pelo que se extrai da consulta, não há outros elementos que formal ou materialmente, em tese, viciem o ato cuja nulidade é suscitada pela autoridade.

3. Dispõe o art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/93:

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

4. Da literalidade da disposição legal apontada por inobservada, percebe-se que embora o recurso seja dirigido à autoridade superior em relação àquela que praticou o ato recorrido, compete a esta (a recorrida) realizar o prévio juízo de retratação (reconsideração), e, somente na hipótese em que a decisão recorrida não é reconsiderada, o recurso deve subir para apreciação pela autoridade superior.

5. Em outras palavras, se o recorrido der provimento ao recurso manejado pelo licitante, não há necessidade de submetê-lo à apreciação pela autoridade superior. O raciocínio que aqui se aplica decorre das particularidades inerentes ao procedimento licitatório. Com efeito, a consequência advinda do provimento do recurso seria o refazimento do ato impugnado. Nesse ponto, veja-se a lição doutrinária de Rafael Oliveira e Victor Amorim¹, *in verbis*:

¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Pregão eletrônico**: comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Ao reconsiderar a decisão, o Pregoeiro estará emitindo um novo ato decisório e, dessa forma, desconstituirá a decisão anteriormente adotada, desfazendo os atos subsequentes, na linha do que dispõe o inciso XIX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 e o §4º do art. 44 do Decreto Federal nº 10.024/2019. Tal é a compreensão da SEGES ao parametrizar o Comprasnet, porquanto, ao reconsiderar a decisão, manifestando-se pela procedência do pleito recursal, o Pregoeiro acionará a operação denominada volta de fase, retornando ao momento procedimental que precede o último ato a ser desfeito. Note-se que, em tal hipótese, o sistema não oportuniza uma eventual chancela da autoridade superior quanto à reconsideração e mesmo quanto à consequente volta de fase por parte do Pregoeiro.

6. O Tribunal de Contas da União – TCU, por sua vez, reconhece a existência de divergências doutrinárias a propósito da matéria. No corpo do voto condutor do Acórdão nº 1788/2003 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, a Corte de Contas enuncia diversos posicionamentos, mas, em síntese, conclui pelo seguinte modo:

28.A questão que resta é: após o julgamento dos recursos, com a Comissão de Licitação exercendo o juízo de retratação e inabilitando algumas empresas que até então encontravam-se habilitadas, deveria a Administração ter encaminhado prontamente, como o fez, sua decisão à autoridade superior? Ou deveria ter aberto novo prazo aos licitantes para a interposição de novos recursos? Ou a controvérsia já estava decidida com a retratação e deveria ter ocorrido a imediata intimação das empresas habilitadas para o julgamento das propostas?

[...]

30.Pela aplicação literal da Lei, tendo em vista que a Comissão de Licitação reformou sua decisão, e considerando a conjunção "ou" grifada no texto, o recurso não deveria ter subido diretamente para a autoridade superior. A Lei, porém, é omissa e não diz qual deve ser o próximo passo quando a Comissão reconsidera sua decisão. Os doutrinadores, como veremos, divergem neste tema.

[...]

40."A polêmica doutrinária e o parco tratamento jurisprudencial", já reconhecidos quando do primeiro julgamento deste processo, colocam a Administração em uma difícil situação de analisar as posições existentes e escolher aquela que, no seu entender, mais se adequa à legalidade e ao interesse público. Vislumbro que, nestas situações, ao acolher a posição de um doutrinador, desde que não seja reconhecidamente minoritária ou contrária à lei, a Administração não estará cometendo irregularidade capaz de viciar o ato.

41.Antes de me posicionar quanto ao tema, relaciono os recursos previstos pela Lei nº 8.666/1993:

a) recurso hierárquico (art. 109, inciso I), contra determinados atos;

b) representação (art. 109, inciso II), para os casos em que não couber recurso hierárquico; e

c) pedido de reconsideração (art. 109, inciso III, c/c art. 87, § 3º), contra declaração de inidoneidade para participar de licitações e contratar com a Administração.

42.Desta feita, os licitantes que se sentiram prejudicados com o ato da Comdepi que decidiu pela habilitação ou inabilitação das empresas impetraram o recurso hierárquico, com fundamento no art. 109, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.666/1993. Divergindo, data venia, da Unidade Técnica (itens 15.6 e 15.7 da instrução), entendo que não há como enquadrar as peças recursais dos licitantes como pedidos de reconsideração, uma vez que a Lei de Licitações só admite esta espécie de recurso para guerrear ato que declare a inidoneidade da empresa para licitar e contratar com a Administração.

43.Com a impetração dos recursos hierárquicos, houve a comunicação de todas as licitantes e a abertura de prazo para a apresentação de contra-razões.

44.Decidindo a Comdepí por acolher o recurso e reformar sua decisão, inabilitando empresas que até então encontravam-se habilitadas, eliminou o prejuízo inicial causado à empresa recorrente em detrimento das novas inabilitadas. Em outras palavras, a sucumbência, no que se refere a este ponto, deixou de ser da recorrente para ser das empresas inabilitadas.

45.Caberia então a impetração de novo recurso hierárquico, com direito a novo juízo de retratação por parte da Comissão de Licitação? Entendo que não. A Comissão, ao julgar o recurso, já havia analisado as razões dos recorrentes e as contra-razões das empresas que exerceram este direito no devido tempo. Não faz sentido submeter a Comissão à nova análise sobre a mesma matéria, considerando que todos os argumentos dos interessados já deveriam estar no processo desde a fase das contra-razões.

46.Admitindo este passo, por hipótese, se a Administração acolhesse o novo recurso, reformando sua decisão, estaria mais uma vez invertendo a sucumbência o que, por coerência, ensejaria novo recurso hierárquico, e assim por diante. Caso a Administração não se retratasse, a matéria seria elevada à autoridade superior.

47.Vislumbro, então, que o único sentido deste novo recurso seria o de levar a matéria à análise da 2ª instância. Assim, entendo que o mais célere e coerente com o interesse público é que a Administração, ao reformar sua decisão, eleve de imediato a matéria à autoridade superior (como disciplina Jessé Torres), no caso de haver controvérsia, ou o faça após a requisição dos interessados (conforme doutrina de Marçal Justen Filho).

48.Em qualquer dos casos, entendo que os momentos adequados para as empresas manifestarem seus argumentos são quando da interposição de recurso e da apresentação de contra-razões, havendo preclusão do direito de as licitantes praticarem estes atos se não forem observados os prazos previstos em lei, a não ser que a Administração, ao decidir pela retratação, o faça com base em fatos novos, contra os quais não se tenha dado oportunidade de defesa aos licitantes, o que não parece ser o caso em comento, conforme argumentação dos recorrentes (item 14.1 da instrução).

49.Se as interessadas entenderem por bem interpor recurso contra esta decisão, trazendo aos autos novos argumentos, julgo, em conformidade com Jessé Torres e Carlos Ari Sundfeld, que a peça recursal adequada seria a representação, prevista no inciso II do art. 109 da Lei nº 8.666/1993, a qual não possui o efeito suspensivo e não obstará o prosseguimento do certame.

50.Por estas razões, não vejo ilegalidade na conduta da Comissão de Licitação que, após reformar sua decisão, subiu de imediato os autos à consideração da autoridade superior (fls. 64/69 do volume 4), que a homologou (fls. 63 do volume 4).

7. Na hipótese dos autos, verifica-se que, após o manejo do recurso próprio pela recorrente, a Administração oportunizou à interessada que apresentasse manifestação a título de contrarrazões, as quais foram, inclusive, valoradas pela autoridade decisora quando do julgamento do recurso. Conquanto tenha sido postulado pela interessada a submissão da matéria à autoridade superior, **o não encaminhamento da demanda, por si só, não torna nulo o procedimento da Administração**, isto porque, em juízo hipotético, acaso estivesse na competência específica da autoridade superior a decisão, o julgamento pela autoridade incompetente não seria nulo, diante da **possibilidade de ratificação** na esfera de competência, ou mesmo a sua anulação, se existente vício

hábil para tanto, como aponta Ronny Charles, com amparo na jurisprudência do STJ². Nesse ponto, pacífico é o posicionamento jurisprudencial, conforme se tem do aresto que segue:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÕES. RECURSO ADMINISTRATIVO. HOMOLOGAÇÃO PELA AUTORIDADE SUPERIOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

[...]

4. **Constatada a existência de vício em algum dos atos praticados no procedimento licitatório, cabe à autoridade superior, no momento da homologação, a sua convalidação ou anulação. Tratando-se de vício sanável é perfeitamente cabível a sua convalidação.**

5. O vício na competência poderá ser convalidado desde que não se trate de competência exclusiva, o que não é o caso dos autos. **Logo, não há falar em nulidade do procedimento licitatório ante o saneamento do vício com a homologação.**

[...]

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp n. 1.348.472/RS, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/5/2013, DJe de 28/5/2013.)

8. Em todo caso, é recomendável que, sempre que possível, a Administração procure conservar os atos praticados, de modo a evitar declarações de invalidação, mormente em se tratando de situações passíveis de convalidação. Não é outro o raciocínio que se extrai do disposto no art. 21 do Decreto-lei nº 4.657/1942:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

9. No mesmo sentido, o regulamento do referido dispositivo, nos termos do art. 4º do Decreto nº 9.830/2019, assim estabelece:

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expreso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o **caput** indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

10. Pelo exposto, em específica e **restrita limitação ao objeto suscitado** na consulta sob exame (*anulação dos atos do pregoeiro, a partir do não encaminhamento de sua decisão à autoridade superior (Reitor)*), opino unicamente pela ausência de vício de competência, apontado pelo consulente, como suficiente a ensejar a nulidade. Admitindo-se, todavia, a revisão do ato pela autoridade superior, tendente a convalidá-lo, nos termos dos itens 6 e 7 ou, anula-lo, se por outro motivo, não declarado/apontado na consulta, caso entenda a Administração consulente pela sua anulação, desde que nos termos indicados nos itens 8 e 9 *supra*.

11. Ressalve-se assim, que diante da delimitação da consulta formulada, não competiu a este parecerista a análise da licitude de outras decisões/etapas anteriores, ou ainda manifestação acerca de eventuais vícios/irregularidades existentes.

À consideração superior.

Teresina, 14 de julho de 2022.

FRANCISCO DE CASTRO MACÊDO
Procurador Federal