

ORIENTAÇÃO N.º 126/2022

A INTEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E O DEVER DE EXAMINAR AS CLÁUSULAS QUESTIONADAS

Orientação

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 164, prevê importante mecanismo de participação social e de controle do ato administrativo, ou seja, o direito de qualquer pessoa impugnar o edital de licitação por irregularidade ou solicitar esclarecimentos a respeito dos termos da disputa.

O *caput* do art. 164 da Lei n.º 14.133/21 estabelece que o pedido de impugnação ou de esclarecimento deve ser protocolado até o terceiro dia útil anterior à data de abertura do certame, senão vejamos:

Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.

[...]

Diante, então, de cláusulas viciadas, incumbe a qualquer pessoa manifestar-se no prazo legal. Assim, o silêncio acarreta a impossibilidade de arguir o defeito posteriormente.

Questão que se coloca com frequência refere-se ao protocolamento intempestivo da impugnação, já que a Lei, como dito, não traz solução quando se tratar de protesto tardio. Em situações em que o protesto intempestividade revelar a efetiva existência de ilegalidade, como deverá agir o agente da contratação?

A nosso ver, os protestos intempestivos devem ser examinado segundo a Constituição Federal, hipótese em que é determinante diferenciar os direitos disponíveis dos indisponíveis. E, nesse sentido, o interesse público insere-se nos direitos indisponíveis, de modo que não deve sofrer qualquer prejuízo em razão da ação ou omissão do particular no tocante a ausência ou protesto tardio acerca de eventual irregularidade da norma editalícia.

Explica **Marçal Justen Filho**¹:

[...] O regime de direito público aplica-se sem ficar dependente da atuação dos particulares licitantes. A ausência de questionamento ou de impugnação não elimina a nulidade. A Administração tem o dever de pronunciá-la, até mesmo de ofício, tão logo tenha conhecimento de sua existência, conforme lição unânime e pacífica da doutrina e da jurisprudência. Deve-se admitir a possibilidade de convalidação apenas para vícios de anulabilidade. A

¹ **JUSTEN FILHO**, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.



omissão do interessado somente afeta os casos de anulabilidade, nos quais estão envolvidos interesses privados e disponíveis dos licitantes. Nessa (e somente nessa) hipótese, a inexistência da impugnação convalida o ato e acarreta o desaparecimento do vício. (2016, p. 912).

Em suma, tratando-se de vícios insuscetíveis de convalidação, porquanto atos inválidos não se transformam em válidos, o agente da contratação, **mesmo diante de protestos protocolados tardiamente**, deverá pronunciar-se acerca da existência do vício, promovendo a invalidação parcial ou total da licitação, pois, como pondera **Justen Filho**:

Se a administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para o desfazimento dos atos administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com a invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido. [...]

O descumprimento às regras do edital acarreta a nulidade dos atos infringentes. A extensão do vício, contudo, dependerá da análise do caso concreto. A nulidade um ato, no curso da licitação, dificilmente reduz seus efeitos apenas ao ato viciado. A natureza procedimental da licitação acarreta um vínculo de sucessividade entre as diversas fases e os vários atos que se sucedem no tempo. Como regra, os atos anteriores definem e condicionam os atos posteriores. Em um procedimento, cada fase pode, teoricamente, desenvolver-se de diferentes formas e em diversas circunstâncias. A definição concreta de como os fatos se passarão efetiva-se em cada caso concreto, tendo em vista os fatos antecedentes. Caracteriza-se uma espécie de relação de causa e efeito entre os atos posteriores e anteriores. O vício de um ato contamina os que a ele sucedem, desde que sejam por ele condicionados. Mas, a nulidade não produz, como regra, efeito sobre os atos antecedentes.

Isso permite afirmar que, quanto mais antecedente (no curso da licitação) seja o ato viciado, tanto mais extensa será a série de atos contaminados pelo vício. A nulidade do edital acarreta a necessidade de seu refazimento. Logo, todos os atos posteriores perderão seu fundamento de validade. (2016, p. 904).

O **Tribunal de Contas da União**, em recente decisão – o **Acórdão n.º 7289/2022-Primeira Câmara**² - reputou que o responsável pela condução de determinada licitação deixou de apreciar impugnação que não cumpria determinadas formalidades legais, fato que violou o seu dever de adotar

² Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada*/COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIATEMA%253A%2522Edital%2520de%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522%2520COPIASUBTEMA%253A%2522Impugna%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/1/sinonimos%253Dtrue. Acesso em 01 de novembro de 2022.



providências de ofício com vistas à correção de eventuais ilegalidades que chegaram ao seu conhecimento. Do voto do **Ministro Vital do Rêgo** colacionamos o que segue:

19. Assim, acolho o entendimento da unidade instrutiva de que o gestor médio, responsável por presidir licitações no âmbito da administração pública, **ciente de exigências restritivas no edital do certame, deveria proceder à revisão criteriosa desses aspectos, ainda que eventual impugnação oferecida contra o ato convocatório não lograsse êxito na superação das exigências formais para conhecimento.** No presente caso, não foi essa a conduta da Sra. [A], que seguiu adiante com a contratação defeituosa, deixando, portanto, de adotar qualquer providência corretiva no edital. [Destacamos].

Por derradeiro, é dever do agente da contratação examinar o protesto protocolado tardiamente e promover a criteriosa modificação do edital de licitação se for constatado que os vícios indicados comprometem a competitividade do certame.

Conclusão

Ante as considerações retroexpostas, conclui-se que, nos termos do art. 164 da Lei n.º 14.133/2021, qualquer cidadão pode, como corolário do controle social e de legalidade do ato administrativo, impugnar os termos do edital. Se de um lado a lei fixou prazo para que tal direito seja exercitado, nada disse, por outro, a respeito de como proceder em relação aos protestos protocolados intempestivamente. A doutrina e a jurisprudência pesquisada revela que atos inválidos não se tornam válidos pelo simples fato de o cidadão ter deixado de protocolar ou ter protocolado intempestivamente o protesto, e, nesses casos, o agente responsável pela condução do certame, vale dizer, o agente de contratação, ao tomar ciência da presença de cláusulas restritivas, tem o dever de adotar providências com vistas à correção das ilegalidades, inclusive nos casos em que os requisitos formais de admissibilidade não tenham sido observados pelo interessado.

Adamantina/SP, 01 de novembro de 2022.

Rafael Antonio Shimada

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Diretor Jurídico Responsável pela Revisão e Aprovação

