

O (DES)CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO DE EDITAL EM FACE DA OMISSÃO DO RLC DO “SISTEMA S”

Por: Vinicius Diniz e Almeida Ramos

Mestrando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC); Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUCMINAS; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen; Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Internacional de Ciências Empresariais; Advogado inscrito na OAB/MG n.º 130106.

O objetivo do presente artigo é abordar o cabimento ou descabimento da impugnação de edital nos procedimentos licitatórios instaurados pelos Serviços Sociais Autônomos (SSA), à luz do que prescreve os respectivos Regulamentos próprios de licitação e os princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição da República de 1988.

O tema é relevante na medida em que se observa que os mencionados Regulamentos são omissos quanto ao instituto da impugnação, muito embora o eventual inconformismo de potenciais licitantes quanto aos termos do edital venha sendo manifestado por meio desse instrumento.

Inicia-se a abordagem com um breve histórico dos fundamentos jurídicos que deram origem aos Regulamentos de Licitações dos SSA, procurando-se demonstrar que não há (ou não deveria haver) sujeição subsidiária dos Serviços Sociais Autônomos à Lei 8.666/1993. Na mesma esteira, criticar-se-á a exacerbada ortodoxia característica das versões originais dos Regulamentos e de suas alterações posteriores.

Na sequência, a discussão irá se inclinar no sentido do instituto da impugnação de edital, conjugando-o com o princípio da legalidade. Nesse mister, pretende-se oferecer uma exata compreensão acerca da finalidade da impugnação e a interpretação que lhe deve ser dada pelos SSA.

Ao final, buscar-se-á apontar se, não obstante omissos o Regulamento de Licitações e Contratos do “Sistema S”, é cabível a apresentação de impugnação de edital por potenciais licitantes nos certames promovidos pelos serviços sociais autônomos.

A insubmissão subsidiária dos SSA à legislação federal sobre licitações

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, é necessário lembrarmos que os Serviços Sociais Autônomos (SSA) sujeitam-se a regulamentos próprios, os quais foram instituídos a partir da Decisão 907/1997¹ e da Decisão 461/1998², ambas proferidas pelo Plenário do Tribunal de Contas da União. No voto do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, relator da Decisão 907, observa-se a seguinte passagem:

¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>.

² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>.

3.8. Assim, **tanto o parágrafo único do art. 1º quanto o art. 119 da Lei nº 8.666/93 não podem abranger os serviços sociais autônomos** porque eles não se inserem entre as entidades que compõem Administração Pública e tampouco são entidades controladas direta ou indiretamente pela União, nos termos definidos na Lei das Sociedades por Ações. Além do mais, a competência atribuída à União para legislar em matéria de licitações e contratos não abrange os serviços sociais autônomos porque, embora sendo beneficiários de recursos oriundos de contribuições parafiscais, não se incluem entre aquelas unidades e entidades classificadas nos dois grupos da Administração Pública indicados no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Se a Lei nº 8.666/93, em perfeita consonância com a Constituição, não enumerou essas instituições entre aquelas a que se destina, é defeso ao intérprete fazê-lo. (grifos nossos)

Depreende-se do excerto acima transcrito que os Regulamentos de Licitações e Contratos dos SSA não decorrem do artigo 119 da Lei 8.666/1993, que assim dispõe: “As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior [Estados, Distrito Federal e Municípios] editarão regulamentos próprios devidamente publicados, **ficando sujeitas às disposições desta Lei.**” (grifos nossos)

Prevê o citado artigo que, não obstante as sociedades de economia mista, as empresas e fundações públicas e as entidades controladas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, estarem autorizados a editarem regulamentos próprios, sua sujeição à Lei Nacional de Licitações se mantém. Desse modo, tais regulamentos não podem inovar, devendo os entes citados sujeitarem-se aos preceitos legais e recorrerem à Lei sempre que seus regramentos próprios conflitem com aquela ou mostrarem-se omissos.

Tendo em vista que os regulamentos dos SSA não decorrem desse dispositivo legal (artigo 119 da Lei 8.666/1993), como bem decidiu o TCU, duas conclusões podem ser facilmente extraídas. A primeira de que, na elaboração de seus regulamentos, os SSA dispõem de amplíssima liberdade, podendo criar normas e procedimentos absolutamente inéditos, desde que observados os princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República de 1988, quais sejam, legalidade (que, no caso, significa a sujeição às regras do próprio Regulamento), impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A segunda conclusão a que se chega é que não há qualquer hipótese de sujeição dos SSA à Lei 8.666/1993 ou a qualquer outra legislação aplicável ao Poder Público, de tal modo que, nem mesmo subsidiariamente, devem os Serviços Sociais Autônomos recorrerem aos dispositivos legais. Havendo, por exemplo, omissão no respectivo Regulamento, deve o “Sistema S” buscar solução na melhor interpretação dos princípios, eliminando a ortodoxa, subserviente e ultrapassada prática (ainda existente) de se socorrer à Lei Nacional de Licitações para fundamentar seus atos e decisões.

Nesse ponto, é salutar reconhecer que os Regulamentos de Licitações e Contratos dos SSA, publicados em sua versão primitiva no Diário Oficial da União do dia 16 de setembro de 1998, pouco inovou em relação à Lei 8.666/1993, terminando por caracterizar-se como uma acanhada “resenha” da norma legal. Como “resenha”, faltaram-lhes adentrar em certos detalhes, deixando lacunas que, no cotidiano das licitações, devem ser supridas, seja pela interpretação racional dos princípios (como

defendemos), seja pela utilização subsidiária da legislação federal (método que entendemos descabido, retrógrado e poltrão).

As alterações promovidas nos Regulamentos, desde 1998 até os dias atuais, foram tímidas, limitando-se à alteração dos valores pertinentes às modalidades licitatórias e, por incrível que possa parecer, à adaptação dos textos regulamentares às inovações das normas da Administração Pública. Assim, utilizando os Regulamentos do Sesi e do Senai como matrizes, podemos destacar, por exemplo, que a alteração de 26 de outubro de 2001, que incluiu dentre as modalidades licitatórias o Pregão, ajustou-se ao que a União já havia regulamentado em 8 de agosto de 2000, através do Decreto 3.555³. Por sua vez, a alteração de 24 de fevereiro de 2006, cuidou de incluir o registro de preços nos Regulamentos de Licitações do “Sistema S”, sendo que, em verdade, o registro de preços já se encontrava previsto na Lei 8.666 desde 1993.

Como se vê, em regra, o Regulamento de Licitações e Contratos dos SSA vem caminhando a reboque da legislação federal (resenhando-a), quando o mais produtor e brioso seria que viesse à frente, trazendo inovações que assegurassem eficiência, celeridade e racionalidade nas contratações dos Serviços Sociais Autônomos, dentro de uma concepção heterodoxa e desgarrada da Lei Nacional de Licitações, como lhe permitem, é sempre bom lembrar, as Decisões 907/1997 e 461/1998 do Plenário do TCU.

A impugnação de edital como instrumento para suscitar ilegalidades

Feito o introito acerca dos Regulamentos de Licitações e Contratos dos SSA, é preciso destacar que o procedimento licitatório dos Serviços Sociais Autônomos é regido por uma série de princípios, extraídos do artigo 2º do Regulamento (que, “coincidentemente”, são os mesmos do artigo 3º da Lei 8.666/1993). São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade, vinculação ao edital e julgamento objetivo. Cabe, nesse ponto, fazer referência especial ao princípio da legalidade que, segundo Carvalho Filho pode ser assim definido:

O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei [leia-se: Regulamento de Licitações e Contratos] impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.⁴

Justen Filho⁵, por sua vez, leciona que o princípio da legalidade veda que a autoridade administrativa adote qualquer providência ou institua qualquer restrição sem a devida autorização que, no caso dos SSA, encontra-se expressa no respectivo Regulamento de Licitações. Continua o autor, ressaltando que as normas estabelecem um quadro que, na prática, delimita a competência da autoridade, condicionando a validade de qualquer ato ou decisão ao que prescreve a ordem jurídica.

³ Decreto federal que aprovou o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 245-246.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 83.

Transportando os ensinamentos dos mestres à realidade dos serviços sociais autônomos, pode-se depreender que o princípio da legalidade impõe aos SSA a observância estrita ao que prescreve o Regulamento (próprio) de Licitações e Contratos, não se podendo agir ou decidir em ofensa aos seus dispositivos.

Nesse bojo, cabe lembrar que – voluntária ou involuntariamente – o Regulamento de Licitações e Contratos do “Sistema S” não cuida e, portanto, não regulamenta o instituto da impugnação de edital, diferentemente da Lei 8.666/1993, que em seu artigo 41, §§ 1º e 2º, assim dispõe:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 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.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Segundo Gasparini⁶, a impugnação é cabível sempre que o edital contiver cláusulas ou condições tendenciosas, ou que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame. Na prática, impugna-se edital quando este inobserva as normas próprias da licitação as quais se sujeitam o órgão ou entidade promotor do procedimento licitatório, ou quando as regras do instrumento convocatório conflitam com o princípio da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade ou julgamento objetivo. Desse modo, a impugnação é um instrumento posto à disposição dos cidadãos e dos licitantes no sentido de obrigar o promotor do certame a cumprir o postulado da legalidade. Em outros termos, a impugnação é uma reação contra um edital deflagrado com vícios de legalidade.

É interessante observar que eventuais ilegalidades constantes do edital podem (e devem) ser sanadas de ofício, independentemente da interposição de impugnações. Tanto é assim que Meirelles, ao discorrer sobre a anulação de licitação, dispõe que esta, “por basear-se em ilegalidade, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes do contrato, desde que a Administração verifique e aponte a infringência à norma legal ou ao edital.”⁷

Ora, se à Administração é permitido anular uma licitação por inteiro, em face da detecção de eventual ilegalidade no procedimento, com muito mais razão cabe-lhe proceder à retificação do edital quando identificada alguma cláusula ou condição ilegal. Justen Filho chega a destacar que “a Administração não poderá escusar-se a cumprir seu dever de invalidar os próprios atos nulos mediante o argumento de que o

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 659.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 177.

particular renunciara ao direito subjetivo de impugnação.”⁸ Assim, ainda que o edital não seja impugnado, a Administração, identificando a ilegalidade, deve realizar de ofício a retificação do instrumento convocatório e, se já abertas as habilitações ou propostas, anular o certame.

Nesse sentido, a impugnação pode ser vislumbrada como uma provocação feita pelo particular para alertar a Administração acerca de eventual ilegalidade contida no edital da licitação; ilegalidade que, se identificada aprioristicamente pela própria Administração, obriga o ajustamento ou retificação do instrumento convocatório de ofício.

A impugnação de edital no âmbito das licitações dos SSA

Como mencionado alhures, o Regulamento de Licitações e Contratos dos SSA não deu tratamento ao tema da impugnação – conforme o fez a Lei 8.666/1993, em seu artigo 41, §§ 1º e 2º –, deixando entrever que é inaplicável essa medida por parte daqueles que, tomando conhecimento do edital, desejem suscitar eventual ilegalidade do texto editalício. Aliás, outro entendimento não poderia ser dado, haja vista a veemência com que repudiamos a utilização subsidiária da Lei Nacional de Licitações aos certames dos SSA.

Contudo, à luz do artigo 2º dos Regulamentos próprios do “Sistema S”, é indiscutível que também as licitações dos Serviços Sociais Autônomos devem obediência ao princípio da legalidade (que, reiteramos, significa a observância estrita das regras insculpidas nos respectivos Regulamentos de Licitações). Também é indiscutível que se a ilegalidade do edital for identificada pelo SSA antes da abertura dos envelopes, cabe-lhe sanar o defeito de ofício, retificando e ajustando o texto do instrumento convocatório, devendo anular a licitação, todavia, se os envelopes já tiverem sido abertos.

Ora, se a impugnação é um instrumento de que dispõe o interessado para suscitar eventual ilegalidade do instrumento convocatório, se as entidades do “Sistema S” devem obediência ao princípio da legalidade, e se eventual ilegalidade contida no edital deve ser sanada de ofício pelo SSA (desde que, obviamente, seja por ele identificada), há que se reconhecer que as impugnações no âmbito das licitações promovidas pelos Serviços Sociais Autônomos são relativamente benéficas, quando o edital apresentar irregularidades.

A relativização se deve ao fato de que, ao nosso sentir, o ato impugnatório eventualmente praticado no bojo das licitações do “Sistema S” reveste-se de outros caracteres e impõe outras medidas, diferentes daqueles atinentes aos certames fundados na Lei Nacional de Licitações.

No caso das licitações do Poder Público, a impugnação tem caráter formalíssimo, inclusive acarretando a perda do direito de impugnar caso não seja observado pelo interessado o prazo decadencial prescrito em Lei (§2º do artigo 41, da

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 776.

Lei 8.666/1993). Por sua vez, impugnado tempestivamente o edital, é dever da Administração suspender os procedimentos (a impugnação tem efeito suspensivo), analisando o teor do ato impugnatório e adotando as medidas corretivas cabíveis, para só então retomar o andamento do certame.

Acreditamos que, no caso dos SSA, uma eventual impugnação de edital não há que se revestir dessa formalidade, eis que tal instrumento sequer é previsto nos Regulamentos próprios. Portanto, a rigor, a peça impugnatória poderia, sem qualquer constrangimento, ser simplesmente rejeitada de plano.

Entretanto, em sã consciência, não é interesse de nenhuma entidade do “Sistema S” deflagrar um edital viciado, que ofenda os princípios basilares da licitação (previstos no artigo 2º de seus Regulamentos). Desse modo, é benéfico que eventual “impugnação” (e aqui colocamos o termo entre aspas) seja recebida e analisada pelo respectivo SSA; não como um instrumento juridicamente hábil para suspender o processo impondo deveres à entidade licitadora, mas como uma espécie de contribuição do terceiro interessado que, vislumbrando o descumprimento dos princípios e das regras do Regulamento de Licitações e Contratos pelo edital, provoca o SSA para que avalie mais detidamente o texto editalício e, reconhecendo a ilegalidade, realize as retificações necessárias.

Como não se trata de procedimento previsto no Regulamento, nada obsta que, no edital, seja estabelecido prazo “impugnatório” diferente daquele indicado nos §§ 1º e 2º do artigo 41 da Lei 8.666/1993. Ademais, somos favoráveis, inclusive, à substituição do termo “impugnação de edital” por “contestação de edital”, por exemplo. Tudo para que o instrumento contestatório criado pelo SSA se desvincule por completo daquele outro instrumento, previsto no artigo 41 da Lei Federal.

Assim, é de bom alvitre que os instrumentos convocatórios dos Serviços Sociais Autônomos prevejam a possibilidade dos interessados interporem “contestação ao edital”, definindo o prazo para que tal medida possa ser adotada. Esse instrumento pode auxiliar a entidade a resguardar a lisura do procedimento.

Contudo, silente o edital, pode o SSA simplesmente rejeitar eventual impugnação interposta (pela imprevisão desse instituto nos Regulamentos próprios) ou, decidindo recebe-la, dar-lhe o tratamento conforme expusemos alhures, ou seja, entendendo-a como uma possível contribuição para o aperfeiçoamento do instrumento convocatório, jamais vinculando-a ao que prevê o artigo 41 da Lei 8.666/1993 que, repetimos, não se aplica ao “Sistema S”, nem mesmo de forma subsidiária.

Conclusão

De acordo com a Decisão 907/1997, do TCU Plenário, os Serviços Sociais Autônomos foram autorizados a estabelecerem Regulamentos próprios de licitações, cujo lastro não se fundamenta no artigo 119 da Lei 8.666/1993. Desse modo, é possível afirmar que os SSA não se sujeitam às disposições da Lei Nacional de Licitações, nem mesmo subsidiariamente, tendo ampla liberdade para criar e alterar as regras

pertinentes às suas compras e contratações, desde que observados os princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição da República.

Apesar disso, considerando lacunas existentes nos Regulamentos, ainda tem sido comum no “Sistema S” o socorro à Lei federal, o que, ao nosso sentir, é uma prática condenável, fruto da falta de capacidade interpretativa dos princípios constantes do artigo 2º dos próprios Regulamentos e da falta de coragem em desvincular-se definitivamente das amarras do Poder Público.

Uma dessas lacunas refere-se à impugnação de edital, que não encontra previsão nas regras dos SSA, mas que tem sido indevidamente admitida no bojo das suas licitações, sob o rito e procedimentos previstos no artigo 41, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993.

Por tudo o que foi exposto no presente artigo, conclui-se que é incabível a impugnação dos editais deflagrados pelo “Sistema S”, eis que não há previsão desse instituto em seus Regulamentos de Licitações, sendo também descabida – e com muito mais razão – sua admissão com fulcro no uso subsidiário da Lei Nacional de Licitações, mais especificamente nas regras do seu artigo 41, §§ 1º e 2º.

Porém, é inegável que o desejo dos Serviços Sociais Autônomos é promover licitações escoimadas de quaisquer ilegalidades (e aqui lembramos que a “legalidade”, neste caso, refere-se à observância dos Regulamentos próprios), podendo, ao nosso sentir, ser estabelecidos nos instrumentos convocatórios procedimentos para a contestação do edital, fixando-se prazo razoável, que nada tem a ver com aquele da Lei federal.

Tal contestação, em verdade, teria a finalidade de propiciar aos licitantes interessados a oportunidade de contribuir com a entidade licitadora, razão pela qual não importaria qualquer ato formal ou obrigações ao SSA, tampouco teria o condão de suspender a licitação.

Ainda assim, entendemos que a previsão editalícia acerca da contestação do edital é mera faculdade do respectivo Serviço Social Autônomo, de modo que, optando por não prevê-la, fica simplesmente impossibilitada a impugnação (contestação) do instrumento convocatório pelos licitantes interessados, sem que isso configure qualquer ilegalidade, haja vista não haver nos Regulamentos próprios previsão para o ato impugnatório.