

## Impugnação ao Edital PR/2602.01/2021

juridico@superestagios.com.br <juridico@superestagios.com.br>

Seg, 08/03/2021 12:30

Para: licitapmm2017@hotmail.com <licitapmm2017@hotmail.com>

📎 1 anexos (600 KB)

-Impugnação - Excluído das instituições sem fins lucrativos.pdf;

Boa Tarde, Sr. Pregoeiro!

Segue em anexo Impugnação ao Edital PR/2602.01/2021.

Atenciosamente,

**Gabriela Kalil Littig Dias**  
**Super Estágios**  
juridico@superestagios.com.br



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 2602.01/2021 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MADALENA

**Edital de Licitação nº 2602.01/2021**

**SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 11.320.576/0001-52, estabelecida na Praia do Flamengo, 66, Flamengo, Rio de Janeiro/RJ, neste ato representada pela sua sócia e advogada, Poliana Modenesi Ferraz, brasileira, casada, inscrita na OAB-ES sob o nº 17.938, legalmente constituída na forma dos seus atos constitutivos, vem à presença de Vossa Senhoria e digna Equipe de Apoio, tempestivamente, com fundamento no artigo 41, § 1º e § 2º da Lei nº 8.666/1993, interpor

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO**

pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

## 1. DOS FATOS

Foi publicado o Edital do Pregão Presencial nº 2602.01/2021 pela Prefeitura Municipal de Madalena, representado neste ato por seu Pregoeiro Oficial, com a realização do referido certame no dia 12/03/2021, às 09:00 horas, tendo o respectivo Pregão como objeto a contratação de empresa de agente de integração visando a prestação de serviço de operacionalização do programa bolsa estágio do poder executivo do Município de Madalena/CE, conforme especificações do objeto constantes no Termo de Referência – Anexo I deste Edital.

O objetivo da presente impugnação é a retificação do **item 3.4** que não veda a participação de instituições sem fins lucrativos na licitação em questão.

## 2. DA ADMISSIBILIDADE

O artigo 41 da Lei nº 8.666/1993 que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública, prevê, o prazo legal para interposição da impugnação pelo licitante em seu §1º, *in verbis*:

Artigo 41. (*omissis*)

§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.

Acrescenta o Decreto 5.450/2005 em seu artigo 18:

Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

Não resta qualquer dúvida que o Impugnante é parte legítima para apresentar a presente Impugnação, e o faz tempestivamente, devendo a presente ser recebida pelo Pregoeiro Oficial e sua equipe de apoio para que, na forma da lei, seja processada e julgada, produzindo seus efeitos para o Edital de Licitação do Pregão Presencial nº 2602.01/2021.

### 3. DO DIREITO

O item 3.4 do Edital nº 2602.01/2021, ao não vedar a participação de instituições sem fins lucrativos, contrapõe expressamente o mandamento constitucional da observância ao princípio da igualdade de condições aos concorrentes nos procedimentos licitatórios disposto no art. 37, XXI da CF/88, *in verbis*:

Art. 37. (*omissis*)

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. (grifo nosso)

Tal princípio, visa ofertar iguais oportunidades ao que desejam contratar com a Administração Pública. O procedimento licitatório possui duplo objetivo: propiciar a Administração Pública a possibilidade de realizar o melhor negócio e simultaneamente, assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições.

Como sabido, as entidades sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais não extensivos às demais instituições de direito privado, o que implica em flagrante vantagem na disputa por um contrato público, e assim, contrariando diretamente o princípio supramencionado.

Nesse sentido, considerando que o certame prezarão pelo critério do **menor preço**, as entidades sem fins lucrativos, a partir dos seus benefícios fiscais, irão cotar os preços mais baixos para os seus serviços, limitando-os tão somente ao custo operacional. Assim, os demais concorrentes se encontram em extrema desigualdade na competição pois nunca irão alcançar os mesmos valores nas propostas.

A correta aplicação desse princípio, em caso de permitir a participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, criaria um impasse insanável em termos administrativos, **uma vez que exigiria do Edital a prévia especificação de condições compensatórias diante da mera hipótese de que uma dessas instituições viessem a ser licitantes.**

Sabemos que, o Direito Administrativo permite o tratamento diferenciado dos concorrentes na disputa licitatória apenas e tão somente nos seguintes casos: Quando a discriminação for pertinente ou relevante em virtude do objeto do contrato; Para assegurar margem de preferência para produtos e serviços nacionais (art. 3º, §§ 5º a 12, Lei 8.666/1993); Para se dar preferência à aquisição de bens e serviços de informática e automação produzidos por empresas de capital nacional (art. 3º da Lei nº 8248/1991); Para definição de

critérios de desempate; Para benefício das microempresas e empresas de pequeno porte; Ou para a proteção ao meio ambiente.

É evidente que nenhum desses casos se aplica ao procedimento em questão, não havendo, portanto, nenhuma justificativa para que não haja isonomia na disputa pelo contrato.

No bojo infraconstitucional, a Lei nº 8.666/1993 em seu art. 3º, § 1º, inciso I, também veda aos agentes públicos a criação de cláusulas que frustrem o caráter competitivo das licitações. *In verbis*:

Art. 3º (*omissis*)

§ 1º **É vedado aos agentes públicos:**

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifo nosso)

Ainda que inexistam quaisquer dessas determinações na Lei nº 10.520/2002 que institui o pregão – modalidade escolhida no presente certame –, sabemos que o art. 9º da mesma lei estabelece a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, e que, todo o ordenamento jurídico, obrigatoriamente, deve estar em conformidade com a Constituição Federal.

A permissão da participação das entidades sem fins lucrativos no certame deixa de observar a disposição contida no parágrafo único ao art. 12 da Instrução Normativa nº 05/2017 da SEGES. Saliente-se, em primeiro lugar, que

a referida Instrução Normativa é norma oriunda da União, mais especificamente do Ministério da Economia, *in verbis*:

Art. 12. (*omissis*)

Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, **não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.** (grifo nosso)

As Instruções Normativas são atos administrativos que visam disciplinar a execução de determinada atividade a ser desempenhada pelo Poder Público. Têm por finalidade detalhar com maior precisão o conteúdo de determinada lei presente no ordenamento jurídico pátrio.

A leitura do dispositivo deixa evidente que a União, ao emitir a Instrução Normativa nº 05/2017 da SEGES reconhece plenamente que a participação de instituições sem fins lucrativos fere diretamente o princípio da isonomia.

Assim, verifica-se que os pregoeiros não podem afastar a aplicação das normas contidas nas Instruções Normativas, sob pena de serem responsabilizados judicialmente pelos os prejuízos decorrentes de seus atos.

Isto posto, observa-se também a flagrante contrariedade ao princípio da legalidade. Ao pregoeiro cabe fazer tão somente o que a lei ordena, e no presente caso, a lei é clara e precisa quanto à proibição da participação das instituições sem fins lucrativos nos procedimentos licitatórios.

A norma é taxativa e a mera interpretação gramatical é apta a trazer o sentido da norma para o mundo dos fatos, no sentido de que não será permitida, em observância ao princípio da igualdade na competição, a participação de tais instituições em processos licitatórios.

Portanto, **incorreu em erro o pregoeiro quando não proibiu expressamente a participação das mesmas neste procedimento licitatório ou ao menos a previu condições compensatórias que viabilizassem a possibilidade de sua participação em situação equivalente aos demais competidores.**

Vale salientar que a Instrução Normativa 02/2008 do Ministério do Planejamento, dispôs em seu art. 5º que seria possível a participação das instituições sem fins lucrativos em licitações, desde que no estatuto e objetivos sociais estivessem de acordo com o objeto contratado.

A partir disso, sabemos que os objetivos sociais dessas instituições estão elencados no art. 1º da Lei nº 9.637/98, e se relacionam com as seguintes funções: O exercício de atividades dirigidas ao ensino; A pesquisa científica, O desenvolvimento tecnológico, A proteção e preservação do meio ambiente, e por fim; A cultura e a saúde.

É forçosa a interpretação de que o objeto do certame em questão se qualifica como atividade dirigida ao ensino, uma vez que o objeto do procedimento no item 1 do Edital em questão é a **contratação de empresa agente de integração de estágios, e não de uma instituição de ensino em si.**

Nesse sentido, as organizações sociais de pronto não podem participar da presente licitação pois **não contemplam em seu estatuto as atividades descritas no objeto da licitação**, e mesmo se contemplassem, deveriam executar seus serviços de forma gratuita, em regime de parceria com o Poder Público.

A participação de instituições sem fins lucrativos em licitações desvirtua os delineamentos traçados pelo ordenamento jurídico para esse tipo de entidade. **As organizações sociais são criadas para atender ao interesse público mediante a prestação de serviços de cunho social, e não para fornecer bens e serviços para a Administração Pública.**

Não obstante, devemos salientar que as licitações possuem caráter mercantil, o que, por si só, já afastaria a participação das instituições sem fins lucrativos de quaisquer certames, eis que, como se depreende da própria nomenclatura, estas não têm fins lucrativos.

Com isso, vê-se que se as instituições sem fins lucrativos não devem participar de processos licitatórios, **pois contam com proteções estatais demasiadamente robustas.**

Desde a publicação da Instrução Normativa nº 05/2017, as licitações federais, já vem excluindo as instituições sem fins lucrativos de seus certames. A título de exemplo, dentre muitos, pode-se citar o Edital do Pregão Eletrônico da Licitação do Ministério da Justiça, que proibiu a participação das instituições sem fins lucrativos.

A inclusão das instituições sem fins lucrativos fulmina qualquer possibilidade de todas as empresas participarem do certame em igualdade de condições.

Ressalte-se, ainda, que consta na **minuta padrão** disponibilizada pela Advocacia Geral da União (AGU), em seu sitio eletrônico (<http://www.agu.gov.br/unidade/modeloslicitacoes>), a **vedação da participação de entidades sem fins lucrativos nos processos licitatórios, na forma do art. 12, parágrafo único da Instrução Normativa 05/2017.**

Os modelos são voltados para uso de toda a administração pública do Poder Executivo. No entanto, também são utilizados como parâmetro pelos demais poderes da União, bem como pelas demais esferas da federação.

Saliente-se por fim que, o Acórdão do TCU é claro no sentido que é admissível a participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998, desde que os serviços objeto desta licitação se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social (Acórdão nº 1.406/2017- TCU-Plenário), **mediante apresentação do Contrato de Gestão e dos respectivos atos constitutivos.**

Assim, somente quando há contrato de gestão firmado entre a instituição sem fim lucrativo a Administração Pública, elas podem participar das licitações. Afora isso, é vedada expressamente a participação de instituições sem fins lucrativos nos processos licitatórios com fins mercantis.

Dessa forma, requer seja acolhido o pedido de impugnação, vedando a participação das instituições sem fins lucrativos do presente processo licitatório, pois do contrário, feriria a Instrução Normativa nº 05/2017 e os princípios constitucionais aplicáveis às licitações, em especial, o princípio da isonomia, condição *sine qua non*, para uma disputa justa e equilibrada entre os licitantes, não restando outra alternativa ao Impugnante, senão a via judicial.

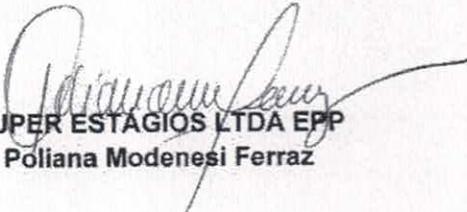
Por conseguinte, excluindo a participação das instituições sem fins lucrativos do presente certame, necessária se faz retificação do item 3.4 do edital, incluindo as instituições sem fins lucrativos nos seus subitens.

#### 4. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer o conhecimento desta Impugnação, julgando-a totalmente procedente para retificar o edital de licitação de Pregão Presencial nº 2602.01/2021, excluindo da participação deste processo licitatório as instituições sem fins lucrativos, e por consequência retificando o item 3.4 do edital, incluindo as instituições sem fins lucrativos nos seus subitens.

Nestes termos, pede deferimento.

Rio de Janeiro/RJ, 04 de março de 2021.

  
SUPER ESTÁGIOS LTDA EPP  
Póliana Modenesi Ferraz