ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 055A/2021 DA ASSOCIAÇÃO SULINA DE CRÉDITO E ASSISTÊNCIA RURAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Edital de Licitação nº 055A/2021

SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n°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 n° 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 Eletrônico nº 055A/2021 pela Associação Sulina de Crédito e Assistência Rural - ASCAR do Estado do Rio Grande do Sul, representada neste ato por seu Pregoeiro Oficial, com a realização do referido certame no dia 25/08/2021, às 09:00 horas, tendo o respectivo Pregão como objeto a contratação de serviços continuados de Agente de Integração de Estágios para a gestão dos estágios remunerados da ASCAR-EMATER/RS, com estimativa de preenchimento entre 30 (trinta) e 100 (cem) vagas de estágios, de acordo com as especificações e disposições referidas no Anexo I, e demais condições estabelecidas do Edital.

O objetivo da presente impugnação é a retificação do **item 3.2** 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 Eletrônico nº 055A/2021.

3. DO DIREITO

O item 3.2 do Edital nº 055A/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 prezará 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 inexista 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 (objeto) 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 Acordão 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 3.2 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 Eletrônico nº 055A/2021, excluindo da participação deste processo licitatório as instituições sem fins lucrativos, e por consequência retificando o item 3.2 do edital, incluindo as instituições sem fins lucrativos nos seus subitens.

Nestes termos, pede deferimento.

Rio de Janeiro/RJ, 17 de agosto de 2021.

SUPER ESTÁGIOS LTDA EPP
Poliana Modenesi Ferraz