



AO PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARÁ, LEONARDO RAFAEL FERNANDES

Pregão Eletrônico nº. 012/2022 – TCM/PA
Processo Administrativo nº. 202213465

IBFC - INSTITUTO BRASILEIRO DE FORMAÇÃO E CAPACITAÇÃO, associação privada, inscrita no CNPJ sob o nº 09.211.443/0001-04, com sede à Rua Waldomiro Gabriel de Melo, nº 86, bairro Chácara Angridus, Taboão da Serra – SP, CEP 06.763-020, por intermédio de seu representante legal infra-assinado, com fulcro no art. 24 do Decreto 10.024/2019 e nº Decreto Estadual 534/2020, vem respeitosamente apresentar,

IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Pelas razões de fato e direito abaixo delimitadas.

I. BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, tombado sob o nº 012/2022, que tem por objeto a “contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de organização, planejamento e realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos de nível médio e superior do quadro de pessoal do TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARÁ”.

Quanto à insatisfação do Impugnante, fora constatado vício na elaboração deste Edital e Termo de Referência, onde ao analisá-lo, no intuito de participar do certame, observou-se a inclusão de cláusula restritiva, como passará a expor.



II. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que o prazo para apresentação da impugnação ao instrumento convocatório são de até 02 (dois) dias úteis anteriores a data fixada para a abertura da sessão pública, bem como a data para a abertura ocorrerá em 30/09/2022, temos que é tempestiva, nos moldes do Decreto Estadual 534/2020.

III. DO DIREITO

O procedimento licitatório tem por finalidade garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos moldes do art. 37 de nossa Carta Magna.

No tocante a impugnação ao edital do procedimento licitatório, esta tem como fundamento legal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”.

É dessa garantia constitucional que decorrem as diversas formas de provocação da Administração Pública para o exercício do direito de petição, de maneira que a impugnação instrumentaliza o exercício do direito junto a esta Administração, visando aclarar os fatos acima elencados, pelos motivos a seguir expostos.



3.1- Cláusula restritiva.

De início, cumpre expender acerca do princípio da competitividade, o qual tem por objetivo alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sendo assim uma das finalidades precípua da licitação. Isto posto, não é permitida a adoção de medidas que comprometam o caráter competitivo do certame.

Neste norte, o princípio acima referendado deve ser fielmente cumprido e o licitante, além de participante do processo licitatório, deve atuar também como guardião desse princípio, denunciando (Impugnando) o edital sempre que se deparar com restrição ao caráter competitivo do certame.

Por conseguinte, da detida análise quanto as exigências apostas em edital, deparou-se o Impugnante com a seguinte restrição, analise-se:

“4.2. Não será admitida, nesta licitação, a participação de:

[...]

4.2.7 Instituições sem fins lucrativos;”.

A vedação acima transcrita é demasiadamente restritiva, ferindo o caráter competitivo, explicar-se-á.

A Código Civil, acerca das associações assim dispôs, *in verbis*:

“Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”.

Perceba, a legislação em comento, ao impedir que as associações desempenhem um fim econômico não pretendeu vedar que estas viessem a obter resultado econômico positivo, o que seria inconcebível pois, sem a obtenção de resultado econômico positivo a entidade não possuiria meios capazes de permitir a sua subsistência e estaria fadada à extinção.



Doutro modo, o que o Código Civil veda é que instituições sem fins lucrativos sejam constituídas com a finalidade precípua de executar atividade econômica, objetivando promover a distribuição de lucro entre seus integrantes. Desta feita, não há empecilhos para que estas venham a colher resultados positivos em decorrência do exercício dos fins sociais a que se destinam.

Quanto a vedação à participação das Instituições sem fins lucrativos, esta não encontra previsão no Decreto 10.024/2019 ou na Lei nº 10.520/2002, desde que o intuito do procedimento seja a contratação de entidade privada para a prestação de serviços alinhados aos objetivos para os quais a entidade foi criada. Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou o Tribunal de Contas da União, que, ao se debruçar sobre questão semelhante ao objeto da presente impugnação, firmou o seguinte entendimento:

“Não deve haver vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, desde que haja nexos entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços.” (Acórdão nº 7459/2010-2ª Câmara. Relator Ministro Raimundo Carreiro).

E mais, a Instrução Normativa nº. 02/2008 do Ministério do Planejamento dispõe expressamente:

“Art. 5º Não será admitida a contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos cujo estatuto e objetivos sociais **não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado**”.
(*Grifo nosso*).

Ainda no esteio do Tribunal de Contas da União, pontual colacionar Acórdão nº 2.426/2020 – Plenário, no qual expediu a seguinte determinação, analise-se:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA RECRUTAMENTO DE ESTAGIÁRIOS. INDÍCIOS DE ALTERAÇÕES NO EDITAL SEM A DEVIDA DIVULGAÇÃO. SUPOSTA INAPLICABILIDADE DE INSTRUÇÃO NORMATIVA



QUE REGULA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TERCEIRIZADO NA CONTRATAÇÃO DE AGENTE QUE SELECIONA ESTÁGIÁRIOS. PROCEDENTE O PRIMEIRO INDÍCIO E IMPROCEDENTE O SEGUNDO. CIÊNCIA AO ÓRGÃO. IDENTIFICAÇÃO PELA UNIDADE TÉCNICA DE DISPOSITIVO NA INSTRUÇÃO NORMATIVA QUE BALIZOU A CONTRATAÇÃO QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. OITIVA. PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO PARA CORREÇÃO DA NORMA.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pela empresa Cide - Capacitação, Inserção e Desenvolvimento em face do Pregão 3/2020 promovido pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), que tem por objeto a contratação de serviços de agente de integração para o desenvolvimento de atividade de recrutamento de estagiários; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

9.2. no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente

9.3. determinar à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, que adote providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, os encaminhamentos realizados, visando a:



9.3.1. restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Oscip, participantes sob esta condição;

9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas; e

9.3.3. ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;”. (Grifo nosso).

Isto posto, com base na determinação dos julgados em tela, o Tribunal de Contas da União deixou claro ser possível restringir a participação em licitações **APENAS** das instituições sem fins lucrativos qualificadas como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips**, e que participem da licitação sob esta condição.

Deste modo, a participação de instituições sem fins lucrativos deve ser assegurada desde que haja consonância dos objetivos estatutários específicos da entidade com o objeto licitado, o que será analisado na fase de habilitação caso a licitante melhor classificada ostente esta natureza jurídica.

Tem-se assim que o critério utilizado pela douda Administração, qual seja, vedação de participação de instituições sem fins lucrativos, esta não encontra guarida na legislação aplicável ao caso, tampouco a Jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas.



Por todo o exposto, medida que se impõe é a exclusão da vedação constante no item 4.2.7 do instrumento convocatório pois, ao fazer tal restrição, esse nobre órgão licitador se encontra cerceando a participação de inúmeras licitantes. E mais, a imposição ora impugnada fere o princípio da **competitividade**, o qual tem por objetivo alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, uma das finalidades precípua da licitação. Portanto, não é permitida a adoção de medidas que comprometam o caráter competitivo do certame.

De rigor, o que se busca com a presente Impugnação é salvaguardar a competitividade, que é própria dos certames licitatórios, a eficiência, economicidade, e o trato da coisa pública, princípios estes basilares do procedimento licitatório.

IV. DOS PEDIDOS

Diante ao exposto, requer a retificação do instrumento convocatório, a fim de excluir a vedação constante no item 4.2.7, visto a fundamentação legal ora lançada, por ser ilegal e inconstitucional.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Taboão da Serra – São Paulo, 27 de setembro 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE FORMAÇÃO E CAPACITAÇÃO
ROGÉRIO CARMO NASCIMENTO
OAB/SP 440.952