

A
PREFEITURA MUNICIPAL DE BURITI -MA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL
Ref. PREGÃO ELETRÔNICO 013/2022
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0878/2022

ILMO(A) SR(A) Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitações da Prefeitura de
Municipal de Buriti - MA

INSTITUTO VIVER, associação civil de direito privado sem fins lucrativos, inscrito no CNPJ nº 21.851.634/0001-28, sediada na Rua do Aririzal, nº 39, Centro Comercial Pátio Aririzal, Sala 15, Bairro Turu, CEP: 65066-265, São Luís - Maranhão, endereço eletrônico contato@iviver.org.br, neste ato representado por seu representante legal, ENIO DA SILVA ROCHA, portador (a) da CI nº 018624632001-1 e do CPF nº .183.402.450-15, vem apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 013/2022

Trata-se o presente Processo Administrativo de certame PREGÃO ELETRÔNICO, para contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados de apoio administrativo, em caráter complementar, com ênfase em auxiliar de serviços diversos e auxiliar administrativo a serem executados nas dependências da Prefeitura Municipal De Buriti e nas dependências das suas secretarias.

DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, salienta-se que nos termos do item 21.1 do edital do certame em tela, cabe pedido de impugnação no prazo de 3 (três) dias antes da data fixada para abertura do certame, como tal disposto:

21.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

Demonstrada, portanto, a tempestividade da presente impugnação que se extingue na data de 25 de abril de 2022.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Dentro do contexto das associações, o Código Civil disciplina as associações no Arts. 53 a 61, o qual define como associação o ente de personalidade jurídica própria, formada pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53 do Código Civil). A Lei Civil, ao impedir que as associações desempenhem um fim econômico, não pretendeu, de modo algum, vedar que viessem a obter resultado econômico positivo, o que seria inconcebível, pois sem a obtenção de resultado econômico positivo a entidade não teria meios de viabilizar sua subsistência e estaria fadada à extinção. Destaque-se, apenas, que esse “lucro” deve ser revertido para o exercício da finalidade da entidade, o que não inviabiliza de forma alguma a participação das entidades nas licitações públicas.

Ocorre que, o edital do presente certame PREGÃO ELETRÔNICO 013/2022 traz no item 4.1.11, letra i, conteúdo que fere o caráter competitivo das licitações ao impor exigência que restringe a competitividade entre os fornecedores. Vejamos o que diz o item:

4.1.2. 3.2. Não poderão participar, direta ou indiretamente, deste pregão:

4.1.11. i) ONGS, Oscips ou quaisquer outros institutos que contemplem o interesse social em sua constituição ou componham o Terceiro Setor, por incompatibilidade da Lei 9.790/03 ao objeto licitado, bem como com o art. 37 caput da CF/88, art. 3º da Lei 8.666/93, como dispõe o Acórdão 5-555/2009 do TCU, 2ª câmara.

A restrição contida no item supracitado do edital Pregão Eletrônico 015/2021 que restringe a participação de entidades sem fins lucrativos que compõem o terceiro setor é amplamente rebatida e a **decisão do acórdão 5-555/2009 do TCU citada para fundamentar tal exigência encontra-se reformulada desde 2010 pelo Acórdão n.o 7459/2010-2a Câmara. TC-019.843/2009-0** do rel. Min. Raimundo Carreiro, sendo pacificada pelo Tribunal de Contas da União, modificando a decisão citada no Acórdão 5-555/2009 do item do edital, analisemos o julgado:

Participação, em licitações, de entidades sem fins lucrativos: deve haver nexos entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade. Mediante pedido de REEXAME, o Instituto de Professores Públicos e Particulares manifestou sua insatisfação com o Acórdão no 5.555/2009-2a Câmara, no qual constou determinação à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) de que “não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexos [de relação] entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica”. Nesta etapa processual, a unidade técnica, ao propor o não provimento do recurso, manteve o entendimento de que os serviços de terceirização não podem ser desempenhados por membros de uma entidade sem fins lucrativos. O relator, todavia, divergiu do sugerido. Incorporou em suas razões de decidir, então, parecer expedido pelo Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU, no qual foi registrado que **“não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável”**. Pontuou o parquet especializado ser esse o sentido da lei, tal como consta do art. 24 da Lei de Licitações, que, em seu inciso XX, “permite a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, **desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado**”. Dessa forma, o dispositivo legal em referência asseguraria a habilitação de licitantes que atuem sem objetivo de lucro nos certames promovidos pela Administração Pública. O fundamental, então, seria verificar “as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem

que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade”. Por conta disso, votou pelo provimento parcial do recurso, **DE MANEIRA A SE ALTERAR O ACÓRDÃO N.O 5.555/2009-2. A CÂMARA**, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e, pela determinação, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, de que **“NÃO HABILITEM. NOS CERTAMES LICITATÓRIOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TERCEIRIZAÇÃO OU ASSEMELHADOS. ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS CUJOS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS NÃO TENHAM NEXO COM OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS”**, o que contou com a aprovação do colegiado. Acórdão n.o 7459/2010-2a Câmara, TC-019.843/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.12.2010.

Portanto, com a reformulação da decisão do acórdão 5-555/2009, passa a vigorar o seguinte texto normativo: “Não Habilitem, Nos Certames Licitatórios Para A Contratação De Serviços De Terceirização Ou Assemelhados, **“ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS CUJOS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS NÃO TENHAM NEXO COM OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS”**, ou seja, em havendo nexos entre o objeto e o disposto no estatuto social da entidade, NADA OBSTA SUA PARTICIPAÇÃO nas licitações promovidas pela administração pública, tornando tal exigência ilegal, por proibir veementemente as vedações genéricas, **“não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável”**, conforme visto no julgado acima.

Corroborando com o julgado citado em linhas pretéritas, o Acórdão 2847/2019- Plenário do TCU, pacificou definitivamente a vedação a restrição às entidades sem fins lucrativos nas licitações públicas, vejamos:

Acórdão: Acórdão 2847/2019-Plenário

Data da sessão: 27/11/2019

Relator: RAIMUNDO CARREIRO

Área: Licitação

Tema: Participação Entidade sem fins lucrativos, Associação civil

Enunciado: A PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS EM LICITAÇÕES SOMENTE É ADMITIDA QUANDO O OBJETO DA AVENÇA ESTIVER EM CONFORMIDADE COM OS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS ESPECÍFICOS DA ENTIDADE.

Resumo

Em processo de representação formulada ao TCU, questionou-se a possibilidade jurídica da participação em pregão eletrônico - promovido pela 1ª Circunscrição Judiciária Militar visando à contratação de serviços continuados de apoio administrativo - de associação civil sem fins lucrativos, que fora vencedora e habilitada do certame. O questionamento teve por base o conteúdo do art. 53, caput, do Código Civil, segundo o qual as associações são constituídas "pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos". Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público de Contas concluíram pela procedência parcial da representação, sob o argumento de que o mencionado dispositivo não proíbe incondicionalmente a participação de entidades civis sem fins lucrativos em licitações, mas sua contratação pelo Poder Público somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada, conforme a jurisprudência do TCU. Em seu voto, o relator destacou que, de fato, não se deve conferir interpretação literal e restritiva à expressão "para fins não econômicos" contida no art. 53 do Código Civil, haja vista que o art. 54, inciso IV, do mesmo código dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "as fontes de recursos para sua manutenção". Além disso, continuou o relator, a Lei 8.666/1993, em seu art. 24, inciso XX, permite a contratação direta, por dispensa de licitação, "de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e

de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado", **donde concluiu que "as disposições do art. 53 do Código Civil não vedam a que Administração Pública contrate associação civil sem fins lucrativos"**. O relator ponderou, no entanto, que, se as normas de regência e a jurisprudência do TCU exigem que o objeto do contrato administrativo, nesses casos, não implique desvio de finalidade da associação sem fins lucrativos, **"é logicamente certo que o estatuto da contratada deva ter objetivos específicos, que lhe confirmam uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição sine qua non para que se estabeleça, com razoável precisão, o nexo que se exige entre objetivos institucionais e objeto contratual"**. Retomando o caso concreto, o condutor do processo deixou assente que as disposições estatutárias da associação em tela, embora invocadas por esta e pelo órgão fiscalizado como fundamento para a contratação questionada, "possuem conteúdo demasiadamente aberto, o que, em tese, permitiria adequar sua finalidade institucional a praticamente qualquer objeto de terceirização de serviços pretendidos pela Administração", tornando assim inócua a exigência de nexo específico entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo. Ressaltou ainda que esse nexo específico é necessário para estabelecer um "discrímen mínimo entre as associações sem fins lucrativos e as sociedades empresariais, em relação às possibilidades de contratação com a Administração Pública". Do contrário, "estar-se-iam criando condições não isonômicas entre ambas as espécies de licitantes, pois os primeiros, com menor carga tributária, ingressariam em uma ampla gama de certames em condições privilegiadas em relação aos últimos". Nos termos da proposta do relator, "tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da associação não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de

desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos", o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação e fixar prazo para que o órgão "anule o ato administrativo que habilitou irregularmente a associação no aludido pregão, bem como os demais atos dele porventura decorrentes".

A lei não deixa brechas para outras interpretações, sendo cristalina em sua vedação a restrições genéricas das associações sem fins lucrativos, colocando como condição para sua participação apenas o nexo entre o objeto e o estatuto social. Portanto, toda e qualquer instituição, cujo objeto seja contemplado em seu contrato social, está apta a participar da licitação em tela. Nos julgados atuais, esta vedação abrange apenas as Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), vejamos:

Acórdão 2426/2020-Plenário

Data da sessão

09/09/2020

Relator

VITAL DO RÊGO

Área: Licitação

Tema: Participação

Subtema: Restrição, Vedação, Entidade sem fins lucrativos, Oscip

Enunciado: A vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas alcança somente as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), participantes nessa condição.

Por fim, com base nos precedentes analisados, conclui-se que, para o Tribunal de Contas da União, não existe vedação absoluta à participação de associações ou fundações (pessoas jurídicas sem fins lucrativos) em procedimentos licitatórios. Ao

contrário, em situações dessa espécie, não deve haver vedação genérica à participação de entidades sem fins lucrativos, admitindo-se a contratação de associações ou fundações que demonstrem haver nexos entre o objeto a ser contratado pela Administração e seus estatutos e objetivos sociais.

Dessa forma, a exigência contida no edital restringe a competição e fere o princípio da Legalidade, o que é veementemente cerceado pela administração pública, por esse motivo o TCU determinou a restrição à **vedação genérica da participação de entidades sem fins lucrativos nas licitações públicas.**

Portanto, a exigência contida no edital PREGÃO ELETRÔNICO 013/2022 se trata de inequívoco descumprimento ao ordenamento traçado pelo TCU, devendo culminar com a imediata **RETIFICAÇÃO DO ITEM 4.1.11** no certame PREGÃO ELETRÔNICO 013/2022.

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

A Licitação pública tem como finalidade atender um **INTERESSE PÚBLICO**, de forma que seus critérios de julgamento devam conduzir para a obtenção da **PROPOSTA MAIS VANTAJOSA seguindo os ditames da lei e jurisprudência atual que versam sobre o tema.**

O art. 50, da Lei 9784/99 que dispõe sobre os processos administrativos, prevê claramente:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo

licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Ocorre que, diferentemente do previsto na legislação, o item 4.1.11. restringe a competição sem qualquer motivação, pois o acórdão utilizado como fundamento está reformulado e as demais leis contidas no item em tela versão sobre os princípios que regem os atos administrativos, **deixando a administração de justificar os fatos e motivos legais que fundamentem a restrição do item em questão** o que, como demonstrado em linhas pretéritas, afronta o princípio da legalidade e a competitividade nas licitações públicas.

O princípio da motivação do ato administrativo exige do Administrador Público especial cautela na instrução do processo, sob pena de nulidade, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos". (in Direito Administrativo, 24º ed., Editora Atlas, p. 82).

Diferentemente disso, a motivação que deu origem ao ato administrativo impugnado, não encontra-se devidamente fundamentada, em clara inobservância à Lei.

Trata-se de irregularidade do ato administrativo que deve ser imediatamente revisto sob pena de nulidade, conforme precedentes sobre o tema:

ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCON - ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA - DEFESA INTEIRAMENTE REALIZADA PELO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MULTA PROCON - PROCESSO ADMINISTRATIVO - **MOTIVAÇÃO INADEQUADA - VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO** - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. (...). 3. **O ato administrativo não encontra-se devidamente motivado, nos termos do art. 50, da Lei 9784/99 e do art. 19, do Decreto Municipal 11.738/03.** No corpo da decisão administrativa, o PROCON/Vitória indica como fundamento normativo de sua pretensão punitiva unicamente os arts. 14 e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a citá-los. 4. Em nenhum momento o Procon considerou o conjunto fático-probatório, não apresentando em sua decisão referências a qualquer fatura da consumidora que comprovasse as cobranças indevidas. Ademais, não oportunizou à empresa apelada a produção de provas que a possibilitassem comprovar a licitude nas cobranças impugnadas. **Tal fato, em conjunto à fundamentação deficiente, proporciona a nulidade não somente do processo administrativo, mas da penalidade que dele decorre.** Precedentes 5. Recurso de apelação conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 00282591720128080024, Relator: ELISABETH LORDES, Data de Julgamento: 06/02/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/02/2018)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. NULIDADE. CONFIGURADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CRÉDITOS. CELULAR. PLANO PRÉ-PAGO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA USO. LICITUDE. RECURSO IMPROVIDO. 1) **o aplicador do direito necessita bem fundamentar sua decisão subsumindo o fato à norma, de maneira que o destinatário do ato administrativo consiga compreender o ato ilícito pelo qual está sendo punido e haja efetiva consolidação dos princípios fundamentais do contraditório e da**

ampla defesa.2) (...) (TJES, Classe: Apelação, 24120281357, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA - Relator Substituto : VICTOR QUEIROZ SCHNEIDER, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 11/04/2017, Data da Publicação no Diário: 20/04/2017)

Razões pelas quais devem conduzir à revisão do ITEM 10.10.4 IMPUGNADO, com a sua imediata RETIFICAÇÃO por ser matéria de justiça e direito.

PEDIDOS

ISTO POSTO, diante da plena comprovação de inobservância da lei e jurisprudências atuais que versam sobre o tema, REQUER, o recebimento desta impugnação, para que seja **RETIFICADO O ITEM 4.1.11** e republicado O EDITAL, conforme §4º, do art. 21, da Lei nº 8.666/1993 do PREGÃO ELETRÔNICO 013/2022, para fins de retificar o item que veda a participação de entidades sem fins lucrativos para participar do certame em tela promovido pela Prefeitura Municipal de Buriti-MA.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

São Luís/MA, 18 de abril de 2022.



INSTITUTO VIVER
Representante Legal
ENIO DA SILVA ROCHA