

## **ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO SENADO FEDERAL**

**Assunto:** Impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 82/2023, com pedido de efeito suspensivo.

**FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICAÇÃO – FUNDAC**, pessoa jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob nº 03.349.489/0001-08, com sede na Rua Dona Elisa Fláquer, nº 70, sala 33, 3º andar, Centro, CEP 09020-160, vem respeitosamente perante Vossa Senhoria, por intermédio de seu Advogado, com base no art. 5º, inc. XXXIV, “a”, da Constituição Federal, no art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e nos fundamentos de fato e de direito que passa a esposar, interpor a seguinte:

### **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 82/2023**

## I – INTRODUÇÃO

1. O Senado tornou público o edital do PE 82/2023, destinado à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de **serviços contínuos nas áreas de televisão, rádio, agência de notícias e relações públicas**, de acordo com as quantidades, periodicidades, especificações, obrigações e demais condições previstas referido edital e seus anexos.

2. O objeto da presente impugnação é a cláusula 2.2.2 do edital, que assim dispõe:

**2.2.2.** Considerando o dever de a Administração buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado, favorecendo os princípios da proteção da livre concorrência e da economicidade na gestão dos recursos públicos; considerando que a dinâmica de execução do objeto pressupõe a intermediação da mão de obra por parte do prestador para a consecução das atividades sob orientação do tomador de serviços (Senado Federal), ainda que os funcionários integrem os quadros da entidade; considerando a inviabilidade da realização da equalização tributária para as entidades sem fins lucrativos como medida alternativa para assegurar a isonomia na disputa; considerando o disposto no parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa MPDG nº 5/2017, **não poderão participar deste certame as entidades sem fins lucrativos que gozam da não incidência de tributos na prestação dos serviços a serem contratados.** (grifo nosso)

---

3. Data vênua, esta disposição editalícia fere normas e princípios que regem a Administração Pública; **restringe ilegalmente a competitividade no certame; não encontra validade nas normas jurídicas que lhe são superiores, a saber, a Constituição Federal e a Lei nº 14.133/2021; está em desacordo com a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Por esses e, também, por outros motivos que serão apresentados ao longo da presente Impugnação, **a cláusula 2.2.2 deve ser retirada do edital do PE 82/2023.**

## II – FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

### A. Da colisão da regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 com as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais que regem as licitações públicas

4. *Ab initio*, a Constituição Federal e as Leis não proíbem a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios. Cabe aqui a máxima “onde o legislador não previu, descabe ao intérprete fazê-lo” (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), sobretudo quando se tem na pauta uma matéria de Direito Público e, mais especificamente, de Direito Administrativo, cujos limites são ditados pelo princípio da legalidade.

5. Os princípios e regras gerais das licitações públicas estão previstos no art. 37, *caput* e inc. XXI, da Constituição Federal. Os princípios são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. As regras são as seguintes: 1) toda contratação pública deve ser precedida de licitação pública: 2) **toda licitação pública deve assegurar** – dentro dos limites preestabelecidos pela Constituição e pela Legislação – **igualdade de condições a todos os concorrentes**; 3) **toda licitação pública somente pode conter exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais**.

5.1. A interpretação correta do texto da norma constitucional revela que a **igualdade que deve haver nas concorrências públicas é claramente a “igualdade de condições”, não “a igualdade entre os participantes”, que é absolutamente natural**, como, inclusive, já decidiu o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: “(...) Logo, **não se há falar em imposição de condições desiguais aos licitantes**, como forma de discriminação, a teor do que pleiteia o agravante, **mas sim na desigualdade inerente dos participantes**, decorrente da natureza singular de cada um, a fim de que a administração pública obtenha êxito na busca da melhor proposta possível” (Tribunal de Justiça. Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 700072929904 (Nº CNJ 0057105-32.2017.8.21.7000)).

5.2. Não bastasse isso, **a proibição de participação de instituições sem fins lucrativos no PE 82/2023 não se configura exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais**, vale dizer, *não é um meio para e não tem por objetivo* assegurar que a futura contratada cumpra escorreitamente suas obrigações contratuais. Aliás, tal aspecto sequer é abordado na regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023, que contém “considerandos” que mais revelam uma decisão política baseada em proposições subjetivas e não uma decisão administrativa fundamentada na Constituição e na legislação de regência.

5.3. **Enfim, não se encontra na norma constitucional supracitada, nem em qualquer outra, vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas.** Mas, se é assim, a Administração Pública pode criar uma proibição (ou regra de exclusão), a partir de critérios arbitrários, não previstos na Constituição Federal? Evidentemente, a Administração não pode criar regras licitatórias desprovidas de suporte na Constituição e proibir entidades sem fins lucrativos de concorrer em licitações é uma dessas regras.

6. Por outro lado, a vedação à participação de instituições sem fins lucrativos no certame **afronta a Lei nº 14.133/2021**, que, assim como a Constituição, não contém tal proibição. Pelo contrário, o **art. 9º, inc. I, “a” e “c” da Nova Lei de Licitações**, na esteira de sua antecessora, **VEDA AO AGENTE PÚBLICO** designado para atuar na área de licitações e contratos **“ADMITIR, PREVER, INCLUIR OU TOLERAR, nos atos que praticar, SITUAÇÕES QUE: a) COMPROMETAM, RESTRINJAM OU FRUSTREM O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas; (...); c) SEJAM IMPERTINENTES PARA O OBJETO ESPECÍFICO DO CONTRATO”**.

6.1. Nesse sentido, **a regra 2.2.2 RESTRINGE E FRUSTRA o caráter competitivo do PE 82/2023, pois, ao invés de ampliar a competitividade** – como o Legislador espera que o Administrador Público faça, permitindo a participação do maior número possível de pessoas jurídicas na licitação – **a restringe e, assim, frustra a concorrência, que é um movimento de competição entre diferentes licitantes absolutamente indispensável para que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa.**

**6.2. Restringir a participação no PE 82/2023 somente a empresários contraria não só o espírito da legislação licitatória, que busca sempre a ampliação da disputa com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa, como também a própria finalidade do pregão, que é exclusivamente a obtenção do MENOR PREÇO (Lei nº 14.133/2021, art. 6º XLI). A restrição deixa de fora da licitação não só a IMPUGNANTE, mas também outras instituições de natureza similar eventualmente interessadas em prestar os serviços que são objeto do PE 82/2023. O que se tem, portanto, é a “imposição de condição discriminatória no certa que (...) vai em desencontro com a própria finalidade da licitação na modalidade “menor preço”, que busca a competição entre os participantes de modo a obter a melhor proposta – o que pressupõe, por si, a existência de desigualdade entre os competidores” (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 700072929904 (Nº CNJ 0057105-32.2017.8.21.7000).**

**7. Pode-se, ainda, analisar o caso concreto à luz da Lei nº 13.874, de 20/9/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.**

**7.1. Em primeiro lugar, observa-se que a regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 colide com a liberdade econômica das pessoas jurídicas sem fins lucrativos (Lei nº 13.873/2019, art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º; art. 2º, inc. I; art. 3º, inc. I a XII), que inclui, obviamente, a liberdade de participação no mercado de serviços públicos ofertado pelo Estado por meio de licitações públicas – liberdade cuja existência já foi suficientemente demonstrada com base na ausência de vedação em norma constitucional ou infraconstitucional.**

**7.2. Em segundo lugar, a restrição da participação no certame ao universo de empresários, é dizer, de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cria uma espécie de “reserva de mercado” – diga-se, ilegal – que inegavelmente favorece esse grupo econômico, em detrimento dos demais concorrentes. A este respeito, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica dispõe que a “criação de reserva de mercado” é uma modalidade de abuso de poder regulatório – *in casu*, abuso de poder regulatório praticado no edital do PE 82/2023 – que consiste em “favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes” e que deve ser coibida (Lei nº 13.872/2019, art. 4º, inc. I).**

8. Sob outro prisma, **por força do princípio da hierarquia do ordenamento jurídico, o art. 12 da Instrução Normativa MPDG nº 7/2017, utilizado para justificar a cláusula 2.2.2 do edital do PE 82/2023, não encontra validade nas normas constitucionais e legais que lhe são superiores, ou seja, instruções normativas não se sobrepõem à Constituição e às Leis e são inválidas quando as contrariam.**

8.1. A referida IN cria restrição não prevista na Constituição e na legislação de regência, padecendo, pois, de vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade. **O TCU, inclusive, já se pronunciou no sentido de que o art. 12 da IN MPDG nº 7/2017 deve ser harmonizado com as normas constitucionais e legais: “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 as 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 encaminhados realizados a: (...) 9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, *caput*; e art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 74/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas” (Acórdão 2426/2020-TCU-Plenário).**

9. Munidos das normas jurídicas constitucionais e legais e dos precedentes mais importantemente aplicáveis ao caso concreto, podemos agora concluir, com segurança, que **a regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 está desprovida de motivação/fundamentação** – todos os “considerandos” são lacônicos e sequer se explica porque seria inviável aplicar a regra de equalização tributária – **e, portanto, eivada de nulidade absoluta**, devendo, como já ressaltado, ser excluída do instrumento convocatório.

## **B. Da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos em licitações**

10. Embora o edital proíba a participação de instituições sem fins lucrativos no certame, **“... o TCU entende que não deve haver vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, sendo possível a participação quando houver**

**nexo entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços”** (Acórdão nº 6671/2023-TCU-1ª Câmara).

11. Esse entendimento foi mantido ao longo do tempo, como se observa, p. ex., em decisão anterior na qual o TCU concluiu que **“... NÃO DEVE HAVER VEDAÇÃO GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA NEXO ENTRE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS COM OS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PRESTADORA DOS SERVIÇOS”** (Acórdão nº 7459/2010-TCU-2ª Câmara).

12. A restrição da participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas somente poderia se aplicar àquelas que detenham a qualificação de OSCIP, participantes do certame sob esta condição: **“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”** (Acórdão nº 2426/2020-TCU-Plenário).

12.1. Todavia, **este não é o caso da IMPUGNANTE**, que não detém a certificação de OSCIP e, portanto, não tem sequer como participar de licitações nesta condição.

13. Na verdade, o TCU recomenda a **AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE** para aumentar as chances de obtenção de **PROPOSTAS MAIS VANTAJOSAS** para a Administração Pública, o que inclui permitir a participação de instituições sem fins lucrativos: **“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”** (Acórdão 2426/2020-TCU-Plenário).

13.1. Na contramão da jurisprudência do TCU, a cláusula 2.2.2 do edital do PE 82/2023 **RESTRINGE A COMPETITIVIDADE** na licitação ao vedar a participação de entidades sem fins lucrativos sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico, sendo esse um dos motivos para ser retirada do instrumento convocatório.



14. Especificamente em caso de licitação para terceirização de mão de obra, análoga ao objeto do PE nº 82/2023, o TCU decidiu pela possibilidade de participação de instituição sem fins lucrativos em havendo nexos entre os objetivos/finalidades da entidade e o objeto do certame: **“REPRESENTAÇÃO. 1ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR - ABRADECONT) PARA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXEGESE DO ART. 53 DA LEI 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA EVIDENTE CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS DA CONTRATADA E O OBJETO DO CONTRATO. HIPÓTESE QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO, SOB PENA DE DESVIO DE FINALIDADE DA ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA”** (Acórdão 2847/2019-TCU-Plenário).

14.1. Esse entendimento – de que associações sem fins lucrativos podem participar de licitações e ser contratadas pela Administração Pública, desde que haja nexos entre suas finalidades e objeto do certame/contrato –, aplicável por analogia ao caso concreto, é uníssono no TCU: **“Para a participação em licitações de entidades sem fins lucrativos deve haver nexos entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade** (Acórdão 7459/2010-TCU-2ª Câmara); **“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”** (Acórdão 2607/2021-TCU-Plenário); **“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”** (Acórdão 2847/2019-TCU-Plenário).

15. Diante do exposto, **não há dúvidas de que a regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 está em total desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que permite a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações, razão pela qual deve ser retirada do instrumento convocatório.**



**C. Do Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário e da r. decisão concessiva de efeito suspensivo a Pedido de Reexame, proferidos nos autos do Processo TC-009.692/2022-3**

16. Outro aspecto importante é que a regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 contraria **recente decisão proferida nos autos do Processo TC-009.692/2022-3 pelo Exmo. Ministro Relator, Dr. JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES**, que conheceu de Pedido de Reexame apresentado pela IMPUGNANTE e **SUSPENDEU os efeitos da alínea “c.1” do Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário**, conforme exame de admissibilidade realizado pela unidade técnica. (DOC. 01)

17. O item “c.1” do citado Acórdão tratava de suposta impropriedade no PE nº 11/2022 devido à “ausência de vedação à participação de instituições sem fins lucrativos no edital do certame, em afronta ao princípio da isonomia (art. 3º da Lei 8.666/1993), uma vez que os benefícios fiscais e previdenciários a que fazem jus reduzem seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas legal e regularmente tributadas”.

18. Em seu Pedido de Reexame, a IMPUGNANTE demonstrou que afirmar que é uma impropriedade não vedar a participação de instituições sem fins lucrativos no PE nº 11/2022 contraria diretamente a **Constituição Federal, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão)** – leis federais aplicáveis à época dos fatos, hoje substituídas pela Lei nº 14.133/2021 –, **que não proíbem a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios, assim como a novel legislação também não o faz.**

19. A IMPUGNANTE evidenciou que a SELOG, inclusive, nos itens 25 e 26 da manifestação datada de 4/5/2022 (PDF dos autos do Processo TC-009.692/2022-3, pág. 54), reconheceu que a Constituição Federal e as Leis nº 8.666/93 e 10.520/2002 não proíbem a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas e que, ademais, esta não é a discussão envolvida no caso, *verbis*:

25. Sobre a primeira questão, a Constituição Federal, as Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, não proíbem a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios. Isso é fato e não está se discutindo esse aspecto nestes autos.

26. Sobre a segunda questão, a participação de entidades sem fins lucrativos em licitações públicas, tais como as fundações, foi amplamente discutida nos Acórdãos 2.847/2019-TCU-Plenário; 2.426/2020-TCU-Plenário e 2.607/2021-TCU-Plenário, e a principal exigência acerca do tema é verificar o nexo entre os serviços a serem prestados em relação ao estatuto e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços. Isso também é fato e não é objeto de discussão nestes autos.

20. Portanto, a regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 não sobrevive diante da manifestação da SELOG e da recente decisão do Exmo. Ministro Relator, lançadas nos autos do Processo TC-009.692/2022-3, residindo, aqui, mais um motivo para que ela seja retirada do instrumento convocatório.

### III – DOS PEDIDOS

21. Por todo o exposto, **requer-se o recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo e seu total acolhimento, para o fim de ser retirada do Edital do PE 82/2023 a regra 2.2.2**, que veda a participação de entidades sem fins lucrativos no certame.

Nestes termos;

Pede deferimento.

Brasília/DF, 13 de setembro de 2023.

**DANILO ALEXANDRE MAYRIQUES**

OAB/SP 241.336