

# **IMPUGNAÇÃO N. 02/2019**

## **CONCORRÊNCIA N. 02/2019-SECOM/DF**

**Objeto:** Contratação de empresa prestadora de serviços de comunicação digital para atender as necessidades da Secretaria de Estado de Comunicação do Distrito Federal e dos Órgãos da Administração Direta do Governo do Distrito Federal.

**Abertura:** 28.08.2019 – Horário: 09:00 horas.

**Processo SEI n.º:** 04000-00000184/2019-12

### **(Item 7 do Edital)**

## **RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO PROTOCOLADA**

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 02/2019-SECOM-DF.

### **INTRODUÇÃO**

1. O Governo do Distrito Federal, por sua Secretaria de Estado de Comunicação do Distrito Federal, tornou pública a realização da Concorrência nº 02/2019-SECOM-DF, do tipo melhor técnica e com regime de execução de empreitada por preço unitário.

2. A Licitação tem por objeto a contratação de empresa prestadora de serviços de comunicação digital, para atender às necessidades da Secretaria de Estado de Comunicação do Distrito Federal e dos Órgãos da Administração Direta do Governo do Distrito Federal, conforme prevê o artigo 22 do Decreto nº 39.610, de 1º de janeiro de 2019, referentes às seguintes atividades: a) prospecção, planejamento, implementação, manutenção e monitoramento de soluções de comunicação digital; b) criação, execução técnica e distribuição de ações e/ou peças de comunicação digital; c) criação, implementação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação digital, destinadas a expandir os efeitos de mensagens e conteúdos do Governo do Distrito Federal, suas secretarias e administrações regionais, em seus canais proprietários e em outros ambientes, plataformas ou ferramentas digitais, em consonância com novas tecnologias.

### **DA POSSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

3. Segundo dispõe o item 7.1 do Edital e o art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, é possível apresentar Impugnação, com a indicação de falhas ou irregularidades que o viciam.

### **DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE NA CLÁUSULA 4.2, ALÍNEA “G”, DO EDITAL**

4. De acordo com o previsto na cláusula 4.2, alínea “g”, do Edital, não poderão participar da licitação pessoas jurídicas que atuem sem fins lucrativos. Porém, tal disposição editalícia é inconstitucional e ilegal, devendo ser extirpada do instrumento convocatório, como passamos a demonstrar.

5. Com efeito, 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.

6. Aqui se aplica perfeitamente 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.

7. É importante salientar que nem mesmo o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, onde a FUNDAC venceu a Concorrência Pública nº 01/2016 (TV Justiça) e para o qual presta serviços de comunicação dela

decorrentes, vedou a participação de entidades sem fins lucrativos no certame.

8. Além do exposto acima, a matéria alusiva à participação de entidades sem fins lucrativos em licitações já está superada e pacificada no âmbito do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

9. Com efeito, no v. acórdão nº 1406/2017, proferido nos autos do Processo nº TC 014.645/2017-3, o Plenário do TCU decidiu que instituições com titulação de “Organizações Sociais” (entidades sem fins lucrativos: fundações ou associações) podem participar de Licitações, desde que seus objetivos institucionais sejam compatíveis com o objeto do certame:

CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DA EDUCAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM LICITAÇÕES REALIZADAS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.666/1993. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO, DESDE QUE O OBJETO DA LICITAÇÃO CORRESPONDA AOS OBJETIVOS ESTABELECIDOS NO CONTRATO DE GESTÃO (Brasil. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo TC 014.645/2017-3. Acórdão nº 1406/2017. J. 05/07/2017).

10. Anteriormente, no v. acórdão nº 766/2013, proferido nos autos do Processo nº TC 021.605/2014-2, o Plenário do TCU já havia decidido pela constitucionalidade e legalidade da participação de pessoas jurídicas sem fins lucrativos em Licitações:

(...)

49. Além do mais, o procedimento licitatório possui duplo objetivo: o de proporcionar à Administração Pública a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições.

50. Por seu turno, veio a Lei 8.666/93 disciplinar essemendamento constitucional.

51. Em nenhum momento, a Lei 8.666/93 veda a participação de OSCIPs em procedimentos licitatórios. Apesar da falta de dispositivo explícito com relação à qualificação de OSCIP, nota-se, em dispositivos da Lei, em especial no artigo 24, XIII, XX, XXIV e XXX, caput do artigo 25, e, em particular, o art. 28, inciso IV, que não há vedação quanto à participação de entidades sem fins lucrativos nos procedimentos que regula. Este último dispositivo trata, inclusive, da habilitação de sociedades civis, momento em que se exigirá a inscrição dos atos constitutivos.

52. Se pode a entidade sem finalidade lucrativa gozar da dispensa ou inexigibilidade de licitação é porque ela pode participar de licitação pública. Portanto, a interpretação dos casos de dispensa de licitação constantes nos incisos do artigo 24 da Lei 8.666/93 é reforçada com a disposição do inciso IV do artigo 28 que trata da habilitação dos interessados na licitação, com a observação do artigo 27 da citada lei, quando a entidade apresentará habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal, trabalhista, entre outros.

(...)

66. Desse modo, o entendimento do Tribunal se encaminha no sentido de que essas entidades podem participar de licitações públicas, desde que o objeto licitado se inclua dentre os objetivos institucionais dessas entidades. Contudo, é polêmica, ainda, a questão da inclusão ou não, nas propostas dessas entidades sem fins lucrativos, dos valores dos tributos, haja vista as imunidades e isenções a elas constitucional e legalmente asseguradas, em contraposição ao princípio da isonomia, assegurado pela Constituição Federal.

67. O princípio da isonomia demanda que todas as entidades interessadas em contratos administrativos sejam tratadas em igualdade de condições pela Administração. Desse modo,

interpretações restritivas deste princípio são admitidas quando apoiadas em critérios de razoabilidade e em prol do interesse público.

68. No caso em concreto, não é o que se vislumbra, pois se torna evidente que, ao participar do referido certame, a OSCIP tende a cotar preços mais baixos para os serviços, contudo nunca abaixo dos seus custos operacionais, prerrogativa essa advinda de Lei.

69. Tal situação força as demais licitantes a diminuir seus preços, ou minimizando seus custos operacionais, ou diminuindo sua margem de lucro. Nesse ponto de vista, a participação desse tipo de entidade, em procedimentos licitatórios, adequa-se ao interesse público, pois, potencialmente, pode diminuir os preços das propostas.

70. Além do mais, é benéfico ao interesse público a competição entre sociedades com regimes fiscais distintos. É o que ocorre em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, ou, ainda, sociedades tributadas pela sistemática do lucro real ou do lucro presumido. Todas estas sociedades sofrem carga tributária distinta uma das outras, nem por isso têm fragilizada sua prerrogativa de participarem de licitações públicas. O que as diferenciam na formação dos preços ofertados à Administração Pública é a sua eficiência no trato de seus custos de operação e a sua condição de dispor de mais ou menos lucro, caso obtenha sucesso na contratação.

71. Nesse sentido, a concessão de regimes tributários diferenciados é uma opção do Estado para assegurar regimes diferenciados de atuação de entidades. Ao assim decidir, há repercussão de vantagens de natureza econômica, as quais devem ser transferidas ao Estado, por meio, por exemplo, de preços reduzidos em contratações públicas, o que resultará, em tese, em vantagens para os cidadãos e contribuintes.

---

11. Por fim, consiga-se que o tipo de licitação é melhor técnica, ou seja, o critério de menor preço é irrelevante, o que, mais uma vez, demonstra não só a inconstitucionalidade e ilegalidade da vedação de participação de entidades sem fins lucrativos no certame, mas também que tal proibição não tem lógica.

#### DOS PEDIDOS

12. Por todo o exposto, requer-se o acolhimento da presente Impugnação, para o fim de ser retirada do Edital da Concorrência nº 02/2019-SECOM-DF a cláusula 4.2, alínea “g”, que veda a participação de entidades sem fins lucrativos no certame. Nestes termos; Pede deferimento.

**RESPOSTA 1:** Em resposta a impugnante inicialmente temos a esclarecer que os termos constantes do Edital da **Concorrência n.º 02/2019-SECOM/DF**, foi avaliado pela Douta Procuradoria-Geral do Distrito Federal com a expedição do Parecer n.º 118/2019-PGCONS/PDGF (<http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PGCONS/2019/PGCONS.0118.2019SEI.pdf>) e pelo Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal-TCDF por meio da Decisão n.º 2.820/2019 – Processo TCDF n.º 16.495/2019. A vedação quanto a participação de empresas que atuem sem fins lucrativos constante da cláusula 4.2 letra “g” do edital de licitação está amparada no que dispõe o parágrafo único do artigo 12 da **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017:**

*Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.*

*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.**

Ressalta-se que as Normas constantes da Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017, da então Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, aplicam-se às contratações de serviços, continuados ou não, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Distrito Federal por força do Decreto Distrital n.º 38.934, de 15 de março de 2018.

Portanto, esta CEL/SECOM/DF entende que os licitantes deverão atender o instrumento convocatório, lei interna da licitação, que contém os dados e informações necessárias para os licitantes apresentarem propostas que atendam ao Interesse da Administração. Ressalte-se que o edital visou assegurar iguais oportunidades a todos os interessados visando a selecionar a proposta mais vantajosa para a celebração de contrato, desde que atendidas as disposições do ato convocatório. Com isso, restam atendido os princípios encartados no art. 3º da Lei 8.666/93, **sendo que o princípio da isonomia é avaliado e aplicado à luz das situações concretas e das necessidades da Administração.**

Diante do exposto, fica mantida a data de abertura da **Concorrência n.º 02/2019-SECOM/DF** para o dia 28/8/2019 às 09:00 horas, mantendo assim, inalteradas as condições editalícias.

Brasília, 26 de agosto de 2019.

Comissão Especial de Licitação-CEL-SECOM/DF