

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA
SUPERINTENDÊNCIA DE LICITAÇÕES E CONTROLE DE
CONTRATOS E CONVÊNIOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE
ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL)**

Pregão Eletrônico n.º 06/2021

Processo n.º 48500.001298/2019-89

BITENCOURT CENTRAL DOS EXAMES DE BRASÍLIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.663.326/0001-12, com sede na SDS Bloco O, Edifício Venâncio VI, Salas 221 a 227, Brasília, CEP n.º 70.393-905, Distrito Federal, representado na condição de sócia-administradora da empresa denominada por **ALINE MATIAS DE OLIVEIRA MARTINS**, brasileira, casada, empresária, portadora da Identidade Militar n.º 033582493-4 e inscrita no CPF n.º 168.437.188-55, residente e domiciliada na Quadra 9, Conjunto G, Casa 16, Sobradinho I, Brasília, CEP n.º 73.035-097, Distrito Federal, vem à presença de Vossa Senhoria, por intermédio de seus advogados subscritos, com fulcro no artigo 41, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993, no art. 24, do Decreto n.º 10.024/2019, e item 17.2 do Edital do Pregão Eletrônico n.º 06/2021 interpor

IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

I – DA TEMPESTIVIDADE E DO PRAZO LEGAL PARA JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

O respectivo edital de licitação deve prever o prazo para julgamento das impugnações interpostas em consonância com o prazo previsto na legislação pátria.

O artigo 41 da Lei de Licitações (Lei Federal n.º 8.666/1993) prevê em seu § 2º o prazo legal para interposição da impugnação pelo licitante, *in verbis*:

Artigo 41 § 2º, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 - Decairá o direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante **que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital**, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Notemos o descrito item 17.2 do Edital do referido Pregão Eletrônico:

17.2. As petições de impugnação poderão ser efetuadas por qualquer pessoa, física ou jurídica, em até 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, enviadas exclusivamente para o endereço eletrônico comprasaneel@aneel.gov.br, até as 18 horas, no horário oficial de Brasília-DF.

Nesse passo, a data prevista para abertura das propostas é o dia 16 de junho de 2021, às 15h, e, portanto, o presente feito de impugnação encontra-se perfeitamente tempestivo.

De mais a mais, tendo sido protocoladas as razões também nesta data, é forçoso concluir por sua plena tempestividade.

II – RESUMO DOS FATOS

Foi publicado o Edital de Pregão Eletrônico n.º 06/2021, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), visando a realização de licitação na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, tipo menor preço por item.

O objeto do edital é a contratação de empresa para prestar serviços de assistência médica ambulatorial e de emergência e urgência, saúde ocupacional, realização de exames médicos periódicos, avaliação ergonômica do ambiente de trabalho, programas complementares de qualidade de vida no trabalho e disponibilização de insumos, por 12 (doze) meses, prorrogáveis, conforme especificações deste edital e seus anexos, e o grupo e itens a seguir:

GRUPO 1
ITEM 1 – Serviços de assistência médica ambulatorial e de emergência e urgência em saúde - medicina do trabalho, clínica médica e medicina psiquiátrica
ITEM 2 - Serviços de assistência médica ambulatorial e de emergência e urgência em saúde - serviços técnicos de enfermagem
ITEM 3 – Serviços de assistência psicossocial - psicologia clínica e assistência social
ITEM 4 – Serviços de orientação nutricional
ITEM 5 – Serviços de fisioterapia do trabalho
ITEM 6 - Serviços de Análise Ergonômica do Trabalho com emissão de respectivo laudo
ITEM 7 – Serviços de realização de Exames Médicos Periódicos (coleta de material, realização de exames e avaliação médica) e outros exames
ITEM 8 - Serviços de atendimento pré-hospitalar móvel, por meio de disponibilização de Ambulância UTI

A data prevista para abertura das propostas é dia 16 de junho de 2021, às 15h.

Ocorre que foi detectado no edital da licitação diversas falhas relativas às exigências de qualificações técnica das empresas licitantes. Veja-se que nos requisitos exigidos pelo certame licitatório que tratam da habilitação técnica, deixa-se de exigir a apresentação de uma série de documentos que são exigências legais para a prestação de serviços dessa natureza.

Ao mesmo tempo, no campo do edital que trata das empresas que não poderão participar do pregão, não há menção sobre vedação à participação de licitantes que gozem de isenção e/ou imunidade tributária, ou ainda que sejam

custeadas por contribuições parafiscais e/ou repasses de verbas públicas, quando o objeto da licitação diferir do seu objeto estatutário, como é o caso das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

III – DO DIREITO

III.1 – DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA QUE IMPONHA A VEDAÇÃO A PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES QUE GOZEM DE ISENÇÃO E/OU IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, OU AINDA QUE SEJAM CUSTEADOS POR CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS E/OU REPASSES DE VERBAS PÚBLICAS QUANDO O OBJETO DA LICITAÇÃO DIFERIR DO SEU OBJETO ESTATUTÁRIO, COMO AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPs)

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) ([Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário](#)) possui o entendimento pacífico de que Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) não podem participar de licitações como licitantes, bem como outras entidades sem fins lucrativos ou que gozem de isenção e/ou imunidade tributária. A exceção ocorre quando existe nexo específico entre objetivos estatutários do licitante e o objeto da licitação.

Nesse sentido, em recente análise do TC n.º 019.507/2020-8, o TCU concluiu que a redação vigente na Instrução Normativa n.º 5/2017-Seges/MP está em desacordo com preceitos constitucionais e legais (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal; e art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais daquela Corte (Acórdão n.º 2.847/2019-TCU-Plenário, relatoria do Min. Raimundo Carreiro; Acórdão n.º 1.406/2017-TCU-Plenário, relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues; e Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer).

Por isso, o [Acórdão n.º 2.426/2020-TCU-Plenário](#), Rel. Vital do Rêgo determinou que a 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 n.º 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, os encaminhamentos realizados, visando:

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;

Observe-se que, conforme consta no Acórdão n.º 2.426/2020-TCU-Plenário, a intenção do TCU é remover a restrição imposta **indistintamente** às instituições sem fins lucrativos em licitações destinadas aos ditos empresários, de modo a ampliar a competitividade em todos os processos licitatórios, cujos objetos, nos casos concretos e nos termos da lei, possam também ser atendidos por instituições sem fins lucrativos, **de acordo com os objetivos estatutários específicos da entidade a ser contratada**, tendo em vista que inexistente disposição constitucional, legal ou entendimento jurisprudencial do TCU de vedação total em sentido contrário.

Note-se então que, com isso, o TCU estabeleceu critérios para a participação de OSCIPs, entidades sem fins lucrativos e outros entes que gozem de isenção e imunidades tributárias para participar de licitações.

Portanto, conforme o [Acórdão n.º 2.426/2020-TCU-Plenário](#), Rel. Vital do Rêgo, percebe-se que um licitante sem fins lucrativos pode participar de uma licitação **desde que o objeto da licitação esteja de acordo com os objetivos estatutários específicos da entidade a ser contratada**.

Nesse mesmo sentido, o [Acórdão n.º 7.459/2010-TCU-Segunda Câmara](#) já confirmava em 2010 que as entidades sem fins lucrativos podem participar de certame licitatório realizado pelo Poder Público **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. Ou seja, trata-se de questão pacificada na jurisprudência do TCU.

O Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário foi responsável por firmar o entendimento no sentido de que é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal, veja-se:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. firmar entendimento no sentido de que é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal;

A discussão centrou-se no fato de que Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) estão em posição diferenciada frente aos demais licitantes, uma vez que recebem incentivos, imunidades e isenções fiscais conferidos pelo Poder Público que, em tese, as colocam em situação privilegiada em relação às demais licitantes, em afronta ao princípio da isonomia, observe-se os argumentos utilizados pelos julgadores no Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário:

25. Outra peculiaridade das entidades sem fins lucrativos, que também deve justificar uma forma diferenciada de contratação dessas entidades, refere-se às isenções fiscais. As benesses fiscais e tributárias, aliás, consistem no cerne de uma das principais questões relativas à participação das OSCIP em licitações, em função da necessidade de observância ao princípio da isonomia nas contratações públicas, a ser discorrido mais adiante.

26. As sociedades sem fins lucrativos fazem jus a isenções do pagamento de Imposto de Renda, nos termos do art. 150, inciso VI, alínea 'c', da Constituição Federal e arts. 9º e 14 da Lei 5.172/1966. Podem, adicionalmente, consoante o art. 13, inciso VI, e § 2º, incisos II e III, da Lei 9.249/1995, e o art. 365, II, do Regulamento de Imposto de Renda (RIR), auferir doações de pessoas jurídicas que, por sua vez, passam a ter direito a dedução no Imposto de Renda, até o limite de 2% sobre o lucro operacional das doações efetuadas às entidades

27. Ainda, nos termos do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, a imunidade de tributos alcança as entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos no que tange aos impostos sobre renda, patrimônio e serviços, a exemplo do Imposto sobre Serviços (ISS), Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e Imposto Territorial Rural.

28. O grande diferencial das OSCIP em relação às demais entidades sem fins lucrativos imunes de impostos e contribuições segundo a Constituição Federal é a permissão legal de remuneração dos seus dirigentes e para os que a ela prestem serviços específicos, respeitados os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação, conforme art. 4º, VI, da Lei 9.790/1999.

A violação ao princípio da isonomia quando licitantes que gozam imunidade, isenção e benefícios tributários participam de licitações competindo com demais licitantes que não gozam dos mesmos benefícios foi detalhadamente reconhecida também no Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário:

VII – DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

99. Uma das principais questões levantadas quando o assunto é ‘Participação de OSCIP em licitações públicas’ consiste nas imunidades fiscais e tributárias que essas instituições detêm em relação às demais licitantes que, em tese, lhes conferem ‘vantagem indevida frente aos demais concorrentes, o que fere o princípio da igualdade que deve nortear as licitações’ (Excerto do Relatório do Acórdão 1021/2007-TCU-Plenário).

100. Esse tema, aliás, é um dos mais controversos no âmbito desta Corte de Contas, que já deliberou sobre a necessidade de equalização de propostas no sentido de que devam ser apresentadas com a correta incidência de alíquotas de tributos, conforme suas prerrogativas legais (TC Processo 011.968/1996-6 e TC Processo 014.030/2002-8) e também na direção de impossibilidade de exigência de incidência dos tributos nas propostas apresentadas pelas OSCIP, uma vez que restringiria prerrogativas legais a ela conferidas (TC Processo 019.037/2002-1 e TC Processo 015.042/2004-0).

(...)

102. Nesse ponto, cumpre resgatar a máxima do princípio da isonomia, disciplinado no inciso II do art. 150 da Constituição Federal, que proíbe ao legislador instituir tratamento desigual entre aqueles que

se encontrem em situação equivalente, ou seja, aqueles que se encontrem nas mesmas condições devem receber igual tratamento, da mesma forma que os desiguais devem receber tratamento desigual, na medida de suas desigualdades.

103. A correta aplicação desse princípio, em se permitindo a participação de OSCIP 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 OSCIP viesse a participar como licitante. Não agindo dessa forma, teria que fazer alterações editalícias sempre que isso acontecesse, com prejuízos para a tempestividade e eficiência administrativa do certame, sob pena de torná-lo passível de impugnação.

104. Seriam necessárias, portanto, modificações nos procedimentos usualmente adotados por toda a administração pública para licitações que tivessem objeto de alguma forma relacionado com toda a extensa gama de serviços para os quais fosse permitida a participação de OSCIP. Modificações que, registre-se, carecem de normatização.

105. Seria necessário, dessa maneira, a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico à participação de OSCIP em licitações sob a égide da Lei 8.666/1993, envolvendo a definição de procedimentos de equalização das condições de participação entre as entidades qualificadas como OSCIP e as empresas privadas. No entanto, conforme já salientado, não é nesse sentido que vem sendo buscado o aprimoramento das normas que regem a atuação dessas entidades.

106. Conclui-se, então, não ser possível garantir, para quaisquer efeitos práticos, um tratamento efetivamente isonômico entre empresas privadas e OSCIP nas contratações realizadas com base na Lei das Licitações.

Dessa forma, no Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário, concluiu-se que a participação de uma entidade que goze de benefícios fiscais em uma atividade que não esteja intimamente ligado ao seu fim social estatutário, constitui uma violação à sua finalidade e ao princípio da isonomia, veja-se:

VIII – DO CUMPRIMENTO DA FINALIDADE SOCIAL

107. Qualquer ajuste que não esteja intimamente ligado ao fim social estatutário que constituiu a organização social, notadamente a OSCIP, não justifica o fomento, logo o regime fiscal e tributário diferenciado a

que tem direito em comparação às demais empresas com fins lucrativos, caracterizando, nesses casos, inobservância ao princípio da isonomia.

108. **Nessa esteira, a permissão da participação de OSCIP em licitações acarretaria a necessidade de diversas exigências de comprovação da manutenção de sua titulação, atrelada à regularidade na prestação dos serviços sociais para os quais foi constituída, sob pena de incorrer em permissão de uso de vantagem indevida em relação aos demais concorrentes.** Para tanto, o único caminho no ordenamento jurídico vigente seria o procedimento analógico, como as exigências necessárias à celebração de Termo de Parceria com o Poder Público, conforme o disposto no art. 9º do Decreto 3.100/1999.

109. Nesse passo, far-se-iam imperativas as exigências da certidão de regularidade expedida pelo Ministério da Justiça, nos termos da Portaria 6/2012 – SNJ e da comprovação da regularidade fiscal e previdenciária da OSCIP, muitas vezes não passível de obtenção pelas vias tradicionais, a exemplo do SICAF.

110. Ainda por analogia, poderiam ser exigidas as certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, alínea 'b', da Lei 9.790/1999, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, corroborado pelo Acórdão 1777/2005-TCU-Plenário:

'9.3 firmar entendimento no sentido de que previamente à assinatura de Termos de Parceria, deve ser exigida da Oscip interessada em celebrar parceria com o Poder Público, as certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, 'b', da Lei n.º 9.790/1999, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal;'

111. De salientar que se trata de exigências frágeis, sem bases sólidas, não previstas em lei e facilmente questionáveis, **com vistas a procurar garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, uma vez que, sem comprovação de manutenção da finalidade social da entidade, não se justifica o tratamento desigual despendido em relação aos demais concorrentes que venham a participar de procedimento licitatório.**

112. Como assentado anteriormente, o decreto prevê que é pré-requisito à celebração de Termo de Parceria a apresentação de certidão de regularidade expedida pelo Ministério da Justiça, a comprovação do regular funcionamento da OSCIP e a demonstração do exercício de atividades referentes à matéria objeto do Termo de Parceria nos últimos três anos ou, alternativamente e de forma menos restritiva, somente a apresentação de certidão de regularidade, que

comprova que a entidade prestou contas anualmente e mantém os requisitos legais das respectivas titulações.

113. Infere-se que, se há o controle quanto à manutenção da titulação para fins de celebração de termos de parcerias e, portanto, para a gestão de recursos públicos em prol de determinada área social, não se poderia prescindir do mesmo controle no que tange à celebração de contratos firmados com a mesma destinação social, caso viesse a ocorrer, utilizando-se a OSCIP de iguais prerrogativas fiscais de entidade sem fins lucrativos para obter sucesso no procedimento licitatório.

114. Feitas essas considerações, corrobora-se o entendimento deste Grupo de Trabalho pela inviabilidade dessas organizações participarem de licitações promovidas pela Administração, em função, dentre os aspectos já suscitados, das fragilidades dos mecanismos que Administração Pública tem para assegurar que a atuação das OSCIP seja compatível com os seus desígnios institucionais.

A conclusão que as entidades sem fins lucrativos não poderiam participar de licitações cujo objeto difere daquele previsto em suas normas estatutárias, uma vez que recebem benefícios fiscais, leva em consideração também as consequências da interferência do Estado na ordem econômica, conforme consta no Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário:

IX – DAS INTERFERÊNCIAS NA ORDEM ECONÔMICA E DO INCENTIVO AO MERCADO PRODUTIVO

115. As considerações dispostas no relatório e no voto condutor do Acórdão 766/2013-TCU-Plenário, que suscitaram a criação do presente Grupo de Trabalho com vistas a avaliar a viabilidade da participação de OSCIP em licitações promovidas pela Administração Pública se condicionaram ao cenário ideal, em que as entidades regularmente constituídas e mantidas, cuja atividade precípua consiste na promoção de políticas públicas não exclusivas do Estado, buscam fontes alternativas de recursos junto ao Poder Público no intuito de possibilitar a continuidade de suas ações de cunho social dispostas em seu estatuto.

116. Segundo essas premissas, não se vislumbra a percepção de qualquer vantagem pessoal de natureza pecuniária e, nessa perspectiva, os fins propostos pela entidade justificariam as 'vantagens' tributárias e fiscais a elas conferidas nas licitações públicas.

117. Ocorre que a questão atinge sensivelmente diversos setores da economia e, portanto, há que se avaliar os impactos da permissão de participação de OSCIP em certames promovidos pela Administração Pública (...) no que tange à manutenção da ordem econômica vigente, com o mínimo de interferência do Estado, à luz dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

(...)

119. A ordem econômica vigente no Brasil tem suas bases em dois princípios tratados no caput do art. 170 da Constituição Federal: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Por definição, a liberdade de iniciativa pressupõe a livre produção e circulação de bens e serviços, exercida por meio da livre concorrência, ou seja, com a intervenção estatal permitida somente em casos excepcionais, sempre respeitadas a proporcionalidade e a razoabilidade entre os meios empregados e o fim objetivado.

120. Nesse sentido, importa avaliar os impactos que a participação de OSCIP em licitações de forma ampla (...) pode causar à ordem econômica e suas implicações no exercício dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência por parte das empresas constituídas para a exploração da atividade comercial.

121. O 'não agir' da Administração, no tocante à imposição de restrições à participação de OSCIP em licitações públicas, nesse caso, pode se mostrar extremamente danoso à ordem econômica vigente. Isso porque, ao permitir que OSCIP participem desses certames com as benesses fiscais a que têm direito, exigindo-se delas apenas a manutenção de sua titulação e a vinculação do objetivo social com o objeto do certame, pode-se incorrer no estímulo à participação dessas entidades nas licitações promovidas pela Administração Pública como principal meio de subsistência, e, por conseguinte, à disseminação, sem controle, de OSCIP com finalidades desvirtuadas.

122. Ainda, pode-se incorrer no desestímulo da participação em licitações de empresas de cunho comercial ou no acirramento da busca da titulação de OSCIP por essas empresas, sob o manto da prestação de serviços sociais típicos e perante a desconstituição da sociedade comercial original, no intuito de possibilitar sua participação em licitações em condições mais vantajosas.

123. Ressalte-se, nesse ponto, que, a partir do momento em que criar e manter uma OSCIP torna-se economicamente 'interessante' ao empresário, a necessidade de mecanismos de controle a coibir

práticas ilícitas nesse meio reforça-se. De igual maneira, tanto o desvirtuamento do caráter social das OSCIP, como o desestímulo ao mercado produtivo, configuram riscos a serem potencialmente ampliados ao se viabilizar a participação de OSCIP, sem restrições, em licitações públicas.

124. As contratações de OSCIP de forma desmedida por parte da Administração, em detrimento dos ajustes firmados com empresas comerciais, com atividades lucrativas e instituídas sob a égide da livre iniciativa, podem impactar de forma negativa a economia como um todo, consideradas desde a redução na arrecadação de tributos por parte do próprio Estado, até o desincentivo ao mercado produtivo, à criação de empregos e ao desenvolvimento de produtos e tecnologias aptos a buscarem sua fatia de mercado, em última análise.

125. A participação de entidades sem fins lucrativos em licitações promovidas pela Administração Pública justificar-se-ia, em termos estritamente econômicos, apenas sob duas óticas: a de reaplicar os resultados positivos auferidos por meio da contratação na finalidade social para a qual foram constituídas, e a de sustentarem suas despesas administrativas, inclusive com a remuneração de seu corpo diretivo, que possibilite, indiretamente, sua subsistência para que promova, de outro lado, sua atividade assistencialista.

126. Os controles da aplicação desses recursos por parte do contratante, a Administração Pública, com vistas a garantir a observância do engajamento social, por sua vez, reportariam a tão profundo grau de ingerência contábil e administrativa nas atividades da entidade, que se tornam procedimentalmente inviáveis.

127. Ressalte-se que a subsistência só se justifica quando comprovado o engajamento social vigente, caso contrário converte-se em benefício pessoal de mero sustento de remunerações e estrutura da entidade sem a contrapartida social que justifica as vantagens de que a entidade se utilizou para se sagrar vencedora no certame licitatório.

128. Sendo assim, a subsistência da entidade deve consistir em meio para o fim maior de prestação de serviços de interesse coletivo em parceria com o Estado.

129. A não observância dessa questão quando da autorização das OSCIP em participarem de licitações, por certo, levaria a distorções de cunho, inclusive, econômico, não permitidas no ordenamento jurídico vigente, levando a um paradoxo de contraposição entre diferentes dispositivos com a mesma força legal.

130. Referimo-nos agora ao disposto no art. 173 da Constituição Federal acerca das limitações do Poder Público na intervenção do domínio econômico na respectiva esfera que se insere, como a concorrência com a iniciativa privada, sob pena do desequilíbrio da ordem econômica vigente:

‘Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.’

131. Sob esse aspecto, a lógica é que, se o Estado não pode intervir nas relações privadas, tampouco pode concorrer com elas, dado seu poder econômico e financeiro desproporcional frente às sociedades comerciais. Nessa linha, ainda menos uma entidade parceira, como a OSCIP, o poderia, sob pena de concorrer no mesmo desequilíbrio econômico.

132. Em não se observando a atuação permanente e contemporânea na área social a que se propõe, a OSCIP tende a priorizar sua manutenção como um fim em si mesmo, conferindo vantagem pessoal ao corpo técnico e diretivo que a compõe e, de outro lado, desequilibrando a ordem econômica vigente por concorrer em desigualdade de condições indevida em relação às demais licitantes, em afronta ao princípio da isonomia e ao art. 173 da CF.

133. Ao se permitir, por exemplo, o fornecimento de bens ou a mera intermediação de mão de obra, ainda que constantes de seu rol estatutário, por uma OSCIP que não comprove sua regular atuação na área social para a qual foi constituída, corre-se o risco de conferir a ela prerrogativas próprias de sociedades sem fins lucrativos, que a privilegiam em detrimento das demais concorrentes, para permitir que explorem atividade de cunho puramente econômico, contrapondo os arts. 150 e 173 da Constituição Federal e desvirtuando o caráter social da OSCIP.

134. Nesse sentido, a míngua de um controle rigoroso no desenvolvimento das atividades precípuas de constituição das OSCIP e do aporte dos recursos por essas entidades auferidos unicamente na finalidade social a que se propõem, os riscos de ingerência negativa na ordem econômica vigente pela simples permissão dessas entidades de participarem das licitações promovidas pela Administração Pública revelar-se-iam muito altos.

135. Tendo em vista a falta de instrumentos que possibilitem tal controle, uma vez que não há legislação que regule contratos administrativos firmados entre o Poder Público e as OSCIP, ao

contrário, há previsão exclusiva do Termo de parceria para relações desse tipo, entendemos que a participação das OSCIP em licitações impactaria indevidamente na ordem econômica vigente, consistindo em mais uma razão para sua vedação.

A argumentação tecida pelo Acórdão n.º 746/2014-TCU-Plenário acerca dos reflexos econômicos da participação de entes que recebam benefícios fiscais em licitações que não estão alinhadas com os seus objetivos estatutários concluem pela violação ao art. 173 da Constituição Federal. Ao mesmo tempo, também haveria violação ao art. 2º, III, da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei Federal n.º 13.874/2019).

Outrossim, a condição imposta para que entidades sem fins lucrativos participem de licitações leva em consideração os benefícios, isenções e imunidades tributárias concedidas às atividades de assistência social e outras entidades sem fins lucrativos, previstos art. 150, VI, “c” da Constituição Federal; bem como as regras de interferência do Estado na ordem econômica previstos no art. 173 da Constituição Federal e no art. 2º, III, da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica - Lei Federal n.º 13.874/2019. Nesse ínterim, cita-se o [Acórdão n.º 2.847/2019-TCU-Plenário](#) transcrito abaixo:

13. Convém recordar que esse requisito - de nexó específico entre objetivos estatutários e objeto contratual - é necessário para estabelecer um *discrimen* 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.

Por conseguinte, seguindo o recente entendimento do TCU, expresso no Acórdão n.º 2.426/2020-TCU-Plenário, de que se deve harmonizar a vedação da participação de entidades sem fins lucrativos com os preceitos constitucionais e legais estabelecidos (Art. 3º, *caput* e art. 5º, *caput*, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos n.º 746/2014, n.º 1.406/2017 e n.º 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas. Conclui-se que não só as OSCIPs, mas todos os licitantes que gozem de isenção e imunidade

tributária ou qualquer outra condição que possa violar o princípio da isonomia, como por exemplo, o recebimento de recursos públicos e/ou contribuições parafiscais, devem demonstrar que o objeto licitado está de acordo com os seus objetivos estatutários específicos.

Igualmente, conclui-se que há a necessidade de inclusão no edital de cláusula que vede a participação de licitante que goze de isenção e/ou imunidade tributária, ou ainda que seja custeado por contribuições parafiscais e/ou repasses de verbas públicas, quando o objeto da licitação diferir do objeto estatutário do licitante, como é o caso das OSCIPs.

III.2 – DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO EDITAL PARA ALTERAÇÃO DO MOMENTO DE APRESENTAÇÃO DOS REGISTROS PERANTE OS ÓRGÃOS PROFISSIONAIS

O referido edital exige em seus itens 9.5.1, 9.5.2 e 9.5.3 o registro ou inscrição válida do licitante, respectivamente, no Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Enfermagem e Conselho Regional de Psicologia de sua sede.

Não se questiona a legalidade de tais exigências, mas tão somente o momento da sua satisfação.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹ se posiciona no sentido de que, em regra, “os requisitos de habilitação e as condições de participação devem ser exigidos somente do licitante vencedor”, veja-se:

Os requisitos de habilitação e as condições de participação devem ser exigidos somente do licitante vencedor nos casos em que é material e juridicamente viável a qualquer sujeito atender a exigência assim que convocado para firmar o contrato ou quando envolverem uma simples questão de qualidade mínima do objeto a ser executado. Mas todos

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O TCU e as condições de participação em licitação. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 105, dezembro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 11/06/2021.

os licitantes deverão comprovar o preenchimento de requisitos intrínsecos à execução da prestação contratual e que não comportem atendimento no período entre a seleção do vencedor e o início da execução do contrato.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União consolidou-se no sentido de que é vedado a inclusão de exigências de habilitação que incorram em custos e que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato. Tal jurisprudência consolidou-se no Enunciado de Súmula n.º 272 do TCU, veja-se:

Enunciado de Súmula n.º 272 do TCU - No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Dessa forma, a exigência do registro ou inscrição válida do licitante no Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Enfermagem e no Conselho Regional de Psicologia não são necessários na fase de habilitação e julgamento das propostas, além de *criar um ônus financeiro* que diminui a quantidade de participantes no certame. Ademais, tais registros podem ser facilmente providenciados no período entre a seleção do vencedor e o início da execução do contrato.

Assim, conclui-se que a exigência do registro ou inscrição válida do licitante no Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Enfermagem e no Conselho Regional de Psicologia, no momento da entrega e julgamento das propostas, é medida que cerceia a competitividade do certame e deve ser modificada para que passe a ser condição de assinatura do contrato ao em vez de ser exigência obrigatório no momento do envio das propostas.

Observe-se que a adoção de tal entendimento priorizará o princípio da economicidade, estendo-o também ao particular, ao mesmo tempo em que também aumentará a competitividade no certame, já que permitirá que mais indivíduos participem da licitação.

III.3 – DA NECESSIDADE DE EXIGIR DO LICITANTE A DEMONSTRAÇÃO DO CADASTRO NO CADASTRO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE (CNES)

A portaria n.º 1.646, de 2 de outubro de 2015 do Ministério da Saúde que institui o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) define que:

Art. 4º O cadastramento e a manutenção dos dados cadastrais no CNES são obrigatórios para que todo e qualquer estabelecimento de saúde possa funcionar em território nacional, devendo preceder aos licenciamentos necessários ao exercício de suas atividades, bem como às suas renovações.

Dessa forma, novamente é cogente reconhecer que a empresa licitante que vá prestar os serviços descritos no objeto do edital deve, por força da portaria n.º 1.646, de 2 de outubro de 2015 do Ministério da Saúde, possuir registro no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES).

Nesse diapasão, se faz necessário constar no supracitado edital a exigência de demonstração de comprovação de cadastro da empresa licitante junto ao CNES como requisito de qualificação técnica.

IV – PEDIDOS

Por todo o exposto, requer a Vossa Senhoria:

a) O conhecimento da presente impugnação de Edital para que, em seu mérito, seja julgado procedente: (i) a inclusão de cláusula que veda a participação de licitante que goze de isenção e/ou imunidade tributária, ou ainda que seja custeado por contribuições para fiscais e/ou repasses de verbas públicas, quando o objeto da licitação diferir do seu objeto estatutário, como as OSCIPs; (ii) a alteração do momento da exigência do registro ou inscrição válida do

licitante no Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Enfermagem e no Conselho Regional de Psicologia, para o momento da assinatura do contrato **(iii)** e a inclusão da exigência de demonstração de inscrição no Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde (CNES);

b) A retificação do edital licitatório da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Pregão Eletrônico n.º 06/2021, para que se determine **(i)** a inclusão de cláusula que veda a participação de licitante que goze de isenção e/ou imunidade tributária, ou ainda que seja custeado por contribuições parafiscais e/ou repasses de verbas públicas, quando o objeto da licitação diferir do seu objeto estatutário, como as OSCIPs; **(ii)** a alteração do momento da exigência do registro ou inscrição válida do licitante no Conselho Regional de Medicina, Conselho Regional de Enfermagem e no Conselho Regional de Psicologia, para o momento da assinatura do contrato **(iii)** e a inclusão da exigência de demonstração de inscrição no Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde (CNES);

c) Acaso Vossa Senhoria entenda que o Edital Licitatório n.º 06/2021 não deva ser reformado, requer que os autos sejam encaminhados à Autoridade Competente para apreciação do pedido de reforma retroconsignado.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Brasília, 11 de junho de 2021.

ANDRÉ CORREA TELES
OAB/DF n.º 41.363
ANDRÉ TELES ADVOGADOS
OAB/DF n.º 5.611/20 – R.S.

CNPJ n.º 38.715.487/0001-61

MATHEUS SEGMILLER CRESTANI PEREZ

OAB/DF n.º 55.172

ANDRÉ TELES ADVOGADOS

OAB/DF n.º 5.611/20 – R.S.

CNPJ n.º 38.715.487/0001-61

Este documento foi assinado digitalmente por Matheus Segmiller Crestani Perez.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D745-4C37-A3E4-A099.

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/D745-4C37-A3E4-A099> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: D745-4C37-A3E4-A099



Hash do Documento

CB089220CBE698803A83537C62E498C7D2C2FA0E538210DDADAE2A512360E68A

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 11/06/2021 é(são) :

- Matheus Segmiller Crestani Perez (Advogado) - 025.114.181-00
em 11/06/2021 15:54 UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

