

➤ Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI – UFVJM.

Ref.: PREGÃO - ELETRÔNICO N.º 021/2020. Processo 23086.004345/2020-97

Target Engenharia e Consultoria Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ (MF) n.º 00.000.028/0001-29, com sede na Avenida das Nações Unidas, 18801 Conjunto 1501, Bairro Santo Amaro - CEP 04795-000, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, por seu representante legal infra assinado, tempestivamente, com fulcro no item 11.2.3 do Edital Pregão Eletrônico nº 021/2020 e na alínea "b", do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8.666/93, vem, à presença de Vossa Senhoria, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão dessa digníssima Comissão de Licitação que julgou habilitada a licitante ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, apresentando, abaixo, as razões de sai irressignação:

DOS FATOS

1. Atendendo à impugnação realizada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, o I. Pregoeiro, nas suas atribuições definidas pelo artigo 17 do Decreto 10.029/19, entendeu por bem retificar o ato convocatório, excluindo a vedação a participar do certame as instituições sem fins lucrativos, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

"3. DO EXAME DO PLEITO 3.1 ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS PARTICIPAREM DO PREGÃO A Impugnante apresenta como fundamentação a impossibilidade de se aplicar a vedação de participação no certame de instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que a referida proibição restringe o caráter competitivo do certame e somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. Revisando os autos, verifica-se um erro ao considerar a vedação a instituição sem fins lucrativos em participar do processo licitatório, sendo necessário apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo. Acrescenta-se, ainda, que a vedação prevista no parágrafo único, do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, não se aplica ao presente caso, visto que a licitação não foi destinada à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. 4. DECISÃO Após análise das alegações apresentadas, pelos motivos e razões acima expostos e levando-se em consideração que a Administração pode rever os seus atos de forma a dar ampla concorrência ao certame, decido pelo acolhimento da impugnação apresentada pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. Diante disto, o ato convocatório será retificado, excluindo tal proibição. A data da sessão será alterada em função da reabertura do prazo inicialmente estabelecido, conforme preceitua o § 4º, art. 21 da Lei 8.666/93 o chamamento dessa Instituição para o certame licitatório referenciado, a recorrente e outra licitante, dele vieram participar".

2. Com essa decisão, o Edital foi republicado, contendo as seguintes alterações: 4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.7. organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição (Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário); 4.2.8. sociedades cooperativas, considerando a vedação contida no art. 10 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, bem como o disposto no Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a AGU.

3. Uma vez que, mencionada decisão e, consequentemente, as alterações no Edital em referência, não poderiam prosperar, a ora Recorrente a Impugnou, primeiro e mais importante, por serem contrárias a Lei, depois, porque o I. Pregoeiro foi levado a erro pela ABNT, que lançou premissas inverídicas em sua impugnação, em especial com relação aos conceitos de empresário e sociedade empresária, as quais não poderiam prevalecer.

4. Ao analisar o mérito da Impugnação da ora Recorrente, o I. Pregoeiro, Sr. Andersen Mateus Nascimento, entendeu por bem não acolher a impugnação da recorrente, já que em sua visão "vedar a participação de entidade sem fins lucrativos que tenha em seu objeto a relação com o objeto a ser contratado restringiria, indevidamente, a competição, uma vez que não há previsão legal".

5. Diante disso, a ABNT foi vencedora do pregão em referência, contudo, não poderia participar do certame, diante do que dispõe o parágrafo único do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, artigos 37, 150 e 170 da Constituição Federal, artigo 3º da Lei 8.666/93 e da correta interpretação dos artigos 966 e 981 do Código Civil, conforme será comprovado abaixo:

II – DAS RAZÕES DO DEFERIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

II.I – DA ILEGALIDADE DO ATO DE PERMITIR NO CERTAME A PARTICIPAÇÃO DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS.

6. O Edital Pregão Eletrônico 021/2020 até a decisão do I. Pregoeiro de excluir a vedação às instituições sem fins lucrativos, no que tange a participação dessas no certame, primava pela legalidade, pois seguia rigorosamente o disposto em nossa legislação pátria, já que previa: - "4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.8 instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017)".

7. Isso porque, referida vedação está amparada, como bem mencionado na oportunidade no Edital, na Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, que é clara ao dispor no parágrafo único do artigo 12 que "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".

8. Mencionada Instrução Normativa tem amparo legal nos artigos 37 e 150, ambos da nossa Constituição Federal – "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]; Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos"; e também no artigo 3º da Lei 8.666/93 – "Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

9. Com isso em mente, não há dúvidas de que a participação da ABNT no certame fere a legalidade do ato, até porque, o Princípio da Legalidade é a regra básica quanto ao direito público, segundo a qual, o exercício do poder pelos órgãos do Estado deve estar absolutamente de acordo com o Direito. Todos procedimentos são dependentes ao comando da Lei e às exigências do bem comum.

10. Depois, e principalmente, fere o Princípio da Isonomia - "princípio cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público, deve ser considerado em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei" (Palhares Moreira Reis) - já que irá tratar de forma igual os desiguais, o que é vedado.

11. Veja que a ABNT é associação civil sem fins lucrativos, restando inequívoco esse fato no art. 1º do seu Estatuto Social, senão vejamos: "A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), associação civil sem fins lucrativos, fundada em 28 de setembro de 1940, considerada de utilidade pública pela Lei nº 4.150, de 21 de novembro de 1962, com prazo de duração indeterminado, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, é regida por este Estatuto e tem por objetivos: a) Elaborar as Normas Técnicas Brasileiras como Foro Nacional de Normalização e outros documentos técnicos; b) Representar o Brasil nos foros sub-regionais, regionais e internacionais de normalização técnica, incentivando a participação da sociedade brasileira; e c) Atuar como organismo de avaliação da conformidade, executando serviços de auditoria, inspeção e verificação com vistas à concessão de marcas de conformidade e certificados.

12. Por ser associação sem fins lucrativos goza de várias isenções e benefícios fiscais, tais como: IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica, CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, PIS – Programa de Integração Social, e COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, fato, inclusive, descrito pela própria ABNT em suas Notas Fiscais Eletrônicas de Serviços – NFS-e - "A ABNT é entidade sem fins lucrativos de caráter associativo a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532 de 10 de Dezembro de 1.997 e por essa razão goza das isenções de IRPJ e CSLL (art. 15 da Lei 9.532/1997), do PIS (MP N 2158-35 de 2001. Art. 13, Inciso IV) e da COFINS (MP N 2158-35 de 2001. Art. 14, Inciso XI), portanto, dispensada das retenções a que se refere o Art. 30 da Lei N 10.833 de 29 de Dezembro de 2003", o que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, o que é vedado por Lei e serviu, inclusive, de justificativa para que nosso ordenamento jurídico vedasse a participação dessas instituições (sem fins lucrativos) nos certames licitatórios, já que, repita-se, fere, incondicionalmente, o Princípio da Isonomia.

13. Importante consignar, que com relação ao Princípio da Isonomia, o Tribunal de Contas se manifestou no Acórdão 021.605/2012-2, que vale transcrever parte do julgado, uma vez que demonstra, inequivocamente, ainda que de forma análoga, que não se pode tratar desiguais de forma igual, até porque, para isso seria necessário a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico. Confira: "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".

14. Com efeito, ainda que no referido Acórdão a matéria julgada é referente a OSCIP, necessário registrar que há peculiaridades entre OSCIP e Instituições sem Fins Lucrativos (possuem as mesmas isenções), para comprovar que a interpretação no presente caso deve ser a mesma adotada no julgado em referência, senão vejamos: "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". Portanto, não há qualquer óbice no paralelo entre entidades sem fins lucrativos e OSCIP, devendo a vedação a participar do certame ser a mesma, como bem definido em Lei, já que elas têm tratamento diferenciado e, portanto, levam vantagem sobre as demais empresas (Acórdão 021.605/2012-2).

15. Nesse passo, importante trazer à baila o entendimento lavrado no Acórdão 002.993/2007-5 do Tribunal de Contas da União, já que, para se respeitar o Princípio da Isonomia perante Instituições sem fins lucrativos, se faz necessário equalizar as isenções ou mesmo a perda das imunidades, diante de cada caso. Observe: "39.No tocante à participação das entidades sem fins lucrativos em licitações públicas, como no caso do IBDCON, conforme já exposto nas Instruções do presente processo e no despacho proferido pelo Relator, de fato a questão é polêmica. 40. No âmbito do Tribunal, em algumas oportunidades já foi analisada a participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, sem, contudo, chegar-se a um entendimento pacífico acerca da necessidade ou não de equalização de suas propostas ante as imunidades/isenções que lhes são conferidas. Há situações em que a questão da equalização é tratada no sentido apenas de que as propostas devem ser apresentadas com a correta incidência das alíquotas de tributos conforme suas prerrogativas legais, havendo, ainda, casos em que o entendimento é de que é incabível exigir dessas entidades a total incidência nas propostas por elas apresentadas dos tributos, uma vez que estaria restringindo prerrogativas legais a elas conferidas, a exemplo dos TC-019.037/2002-1, TC-015.042/2004-0 e TC-011.968/1996-6. 41.Entendemos que para o deslinde dessa questão necessário se faz o exame das situações e dos requisitos a que se condicionam as entidades para a obtenção de tais benefícios fiscais, de modo a avaliar se o exercício de atividade econômica implica a perda das imunidades e das isenções a que têm direito. 42.Considerando que cada entidade tem suas peculiaridades definidas em razão da finalidade a que se destina, e considerando, ainda, a polêmica que envolve a questão, entendemos que essas particularidades devam ser examinadas em cada situação em concreto quando da efetiva participação da entidade em determinada licitação, o que não é o caso ora em exame, haja vista a conclusão de que o objeto do Edital do Pregão Eletrônico AA nº 50/2006 não se insere dentre as finalidades descritas no art. 5º do Estatuto do IBDCON, devendo a entidade, por essa razão, ser impedida de participar da mencionada licitação".

16. Portanto, aceitar que uma instituição sem fins lucrativos vença o certame, fere, indiscutivelmente, nossa legislação pátria, especificamente os já citados artigos 37 e 150 da nossa Constituição Federal, artigo 3º da Lei 8.666/93 e artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, uma vez que irá privilegiar essas instituições em desfavor das demais, o que repita-se, é vedado por Lei e, portanto, é ilegal, já que irá tratar, como dito, desiguais de forma igual, ofendendo vários princípios constitucionais, em especial, o da isonomia, legalidade, igualdade e, por que não, o da moralidade.

17. Com efeito, pela interpretação do inciso I, do § 1º, do artigo 3º, da Lei 8666/93, não há dúvidas, já que taxativo, de que há vedação aos agentes públicos de "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo", como ocorreu no caso em tela, a permitir a participação da ABNT, instituição sem fins lucrativos, por interpretar equivocadamente as disposições do nosso ordenamento jurídico.

18. Na presente discussão, deixar de vedar e, portanto, tolerar que uma instituição sem fins lucrativos vença o certame, frustra, indiscutivelmente, o caráter competitivo da licitação, considerando que esse tipo de organização (sem fins lucrativos) goza de benefícios fiscais em relação aos demais participantes, o que gera uma condição de competição desleal, pelo simples fato dos custos dessa organização com pagamento de impostos ser significativamente menor do que os suportados pelas empresas que não fazem jus a tais benefícios, o que fere também o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal – "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência".

19. Com essas premissas, resta indiscutível que a participação no certame de instituições sem fins lucrativos, fere (i) o Princípio da Legalidade, já que sua participação está vedada pela legislação pátria (Art. 37 e 150 da CF; art. 3º da Lei 8.666/93 e Art. 12 da Instrução Normativa/SEGES 5/2017); fere (ii) o Princípio da Isonomia, já que elas têm tratamento diferenciado, por ser isenta do pagamento de impostos, o que lhe deixa em vantagem frente aos demais participantes do certame, e, fere (iii) o Princípio da Igualdade – pois, de acordo com Helly Lopes (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002) esse princípio é "um impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguala os iguais ou iguale os desiguais".

20. Portanto, manter a decisão que permitiu a participar no certame de instituições sem fins lucrativos, fere, indiscutivelmente, nossa legislação pátria, especificamente os já citados artigos 37, 150 e 170 da nossa Constituição Federal, artigo 3º da Lei 8.666/93 e artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, já que irá privilegiar essas instituições, no caso em tela, a ABNT, em desfavor das demais, o que repita-se, é vedado por Lei, devendo, portanto, ser vedada a participação no certame de instituições sem fins lucrativos e, consequentemente, ser determinado a inabilitação da ABNT.

II.I – DA NECESSIDADE DE CORREÇÃO DAS PREMISSAS APRESENTADAS PELO PREGOEIRO PARA NÃO ACOLHER A IMPUGNAÇÃO DA RECORRENTE, MANTENDO DE FORMA ILEGAL A PARTICIPAÇÃO DE INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS.

21. A ABNT para convencer o I. Pregoeiro a retificar o Edital em debate e excluir a vedação de participação no

certame de instituições sem fins lucrativos, afirmou que: (a) "tal proibição restringe o caráter competitivo e somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas"; e (b) "apenas as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, tem a sua participação vetada em processos licitatórios" sic.

22. Com essas premissas o I. Pregoeiro entendeu por bem que "Revisando os autos, verifica-se um erro ao considerar a vedação a instituição sem fins lucrativos em participar do processo licitatório, sendo necessário apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo. Acrescenta-se, ainda, que a vedação prevista no parágrafo único, do artigo 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017, não se aplica ao presente caso, visto que a licitação não foi destinada à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa", retificando o Edital para constar 4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: [...] 4.2.7. organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição (Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário); 4.2.8. sociedades cooperativas, considerando a vedação contida no art. 10 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, bem como o disposto no Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a AGU.

23. Diante dessa decisão, a ora Recorrente Impugnou o Edital, comprovando que é vedado por Lei a participação no certame de Instituições sem fins lucrativos, bem como que o I. pregoeiro foi levado a erro pela ABNT.

24. Ao decidir a impugnação, mantendo as premissas equivocadas, o I. Pregoeiro não acolheu a impugnação da Recorrente, fundamentando sua decisão da seguinte forma: "Foi realizada a retificação do edital publicado, tendo em vista que se analisou a impossibilidade de aplicação da vedação a participação de certame licitatório por parte de instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que o processo licitatório não se destina a contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. Manifesto, ainda, que o objeto da contratação é a prestação de serviço de acesso, via web, às coleções das Normas Técnicas Brasileiras (NBR's) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e das Normas Técnicas da Associação Mercosul de Normalização (AMN) para atender a demanda da Superintendência do Sistema de Bibliotecas/UFVJM. A expressão "empresa" não restringe a participação de outras entidades, sendo que a vedação em participar encontra respaldo no item 4.2 do edital do certame. O artigo 3º da Lei nº. 8666/93 estabelece dentre outros princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, além de ser necessário observar a competitividade no processo licitatório. Em uma pesquisa realizada obteve-se que (...) a luz das decisões do Tribunal de Contas da União, constata-se que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios. Elas podem ser contratadas pela Administração desde que: a) exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame; b) não se trate de contratação de cooperativa de mão-de-obra, o que, ao que parece, assemelha-se a contratação de associação. (...) (<https://cleitonmoreira.jusbrasil.com.br/artigos/114388352/entidadessemfinslucrativos-e-possibilidade-ou-nao-de-participacao-em-certames-licitatorios>). Assim, a Administração deve observar necessariamente apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo, conforme entendimento do pregoeiro ao acolher a impugnação apresentada anteriormente e retificar o edital com a exclusão da vedação de participação de entidades sem fins lucrativos. Corroborar-se sobre o assunto acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União [...] Destaco, ainda, que a impugnante apresentou decisão em grau de recurso em outro processo licitatório que participava juntamente com a ABNT, sendo que o pregoeiro entendeu pela não participação da referida associação, colacionando em sua decisão parte do acórdão acima citado. No entanto, o caso julgado no referido acórdão demonstrou desvio de finalidade da associação, o que determinou a procedência e exclusão do certame da entidade sem fins lucrativos. Diante disso, observa-se que a simples classificação como associação não pode ser óbice de participação de processo licitatório, como bem entendeu o TCU, sendo que deve-se confirmar o nexo entre os serviços a serem prestados com o estatuto e objetivos sociais da associação prestadora de serviços. [...] Verifica-se pelos trechos do ACÓRDÃO 2847/2019 - PLENÁRIO do Tribunal de Contas da União, que o reconhecimento da impossibilidade de participação de entidade sem fins lucrativos se deu pelo estatuto da entidade sem fins lucrativos não permitir estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação, e não simplesmente o fato de a licitante ser considerada como uma associação sem fins lucrativos. Ressalta-se, ainda, a necessidade de ocorrer a competitividade no processo licitatório, de forma que a participação de uma única licitante impossibilita a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa. Salienta-se, ainda, que em uma pesquisa no sítio do Compras Governamentais verificou-se a participação da impugnante e da Associação sem fins lucrativos, sendo que esta por ser uma entidade sem fins lucrativos não impossibilitou a participação, e nem tão pouco a impugnante ofertar um preço menor e que foi aceito pela Administração, com a consequente adjudicação do item e homologação do certame".

25. Com a devida "vênia", esse entendimento é contrário a nossa legislação pátria. Confira, conforme amplamente demonstrado acima, que permitir a participação da ABNT no certame, instituição sem fins lucrativos, fere nosso ordenamento jurídico e, portanto, é ilegal, já que irá tratar desiguais de forma igual, ofendendo vários princípios constitucionais, em especial, o da isonomia, legalidade, igualdade e moralidade.

26. Depois, o caráter competitivo somente não poderá ser restringido, se for legal e se mantida a isonomia na licitação, o que não é o caso em apreço. Para esse tópico, vale todos os termos descritos acima, já que comprovam de forma cristalina que o principal princípio a ser observado pela Administração Pública é o da Isonomia. Tanto isso é verdade, que esse princípio vem em destaque na Lei, sendo seguido dos demais, o que demonstra, indiscutivelmente, sua primazia sobre os outros.

27. Além disso, pela interpretação do inciso I, do § 1º, do artigo 3º, da Lei 8666/93, não há dúvidas, já que taxativo, de que há vedação aos agentes públicos de "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo".

28. Como dito, incluir ou tolerar no edital instituições sem fins lucrativos, frustra, indiscutivelmente, o caráter competitivo da licitação, considerando que esse tipo de organização (sem fins lucrativos) goza de benefícios fiscais em relação aos demais participantes, o que gera uma condição de competição desleal, pelo simples fato dos custos dessa organização com pagamento de impostos ser significativamente menor do que os suportados pelas empresas que não fazem jus a tais benefícios.

29. Confira, para que não se tenha dúvidas, que o presente Recurso segue a ordem de preferência sistemática da Lei - Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia (1), a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade (2), da impessoalidade (3), da moralidade (4), da igualdade (5), da publicidade (6), da probidade administrativa (7), da vinculação ao instrumento convocatório (8), do julgamento objetivo (9) e dos que lhes são correlatos"- comprovando claramente a prioridade do Princípio da Isonomia.

30. Não bastasse, "a seleção da proposta mais vantajosa para a administração" vem somente depois do Princípio da Isonomia e isso se faz necessário, pois, sem isonomia o ato é nulo, até porque, injusto, já que, repita-se a exaustão, as instituições sem fins lucrativos levam vantagens sobre os demais participantes do certame, posto que possuem isenções de vários impostos, não podendo assim, licitar em pé de igualdade com os demais, visto que sempre levarão vantagens.

31. E mais, afirmar que a vedação "somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas" é uma aberração jurídica.

32. Como se sabe, "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (art. 966 do CC). Sociedade empresária por sua vez, é uma aglutinação de esforços de diversos agentes, interessados nos lucros que uma atividade econômica promete propiciar, ou seja, "celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados" (art. 981 do CC). O consórcio empresarial nada mais é do que a união de várias empresas com a finalidade de realizar um empreendimento ou participar de negociações.

33. Assim, apenas pelos conceitos descritos em nossa legislação pátria já resta límpida a equivocadíssima premissa da decisão, já que não se pode considerar que a vedação de instituições sem fins lucrativos "somente poderia ser considerada caso a licitação fosse destinada exclusivamente à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas".

34. O próprio objeto da licitação diz respeito a contratação de empresa em sentido amplo, senão vejamos: "1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa prestadora de serviços de acesso, via web, às coleções das Normas Técnicas Brasileiras (NBR's) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e das Normas Técnicas da Associação Mercosul de Normalização (AMN) para atender a demanda da Superintendência do Sistema de Bibliotecas/UFVJM, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos", o que por si só comprova o equívoco da decisão.

35. Com o devido respeito, a premissa da decisão é contrária a todos os conceitos jurídicos e, principalmente, a nossa legislação, como amplamente demonstrado, inclusive, pelos Acórdãos do Pleno do Tribunal de Contas da União, acima transcritos em parte.

36. Não se pode deixar de tecer comentários sobre a afirmação do I. Pregoeiro de que "Assim, a Administração deve observar necessariamente apenas que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo, conforme entendimento do pregoeiro ao acolher a impugnação apresentada anteriormente e retificar o edital com a exclusão da vedação de participação de entidades sem fins lucrativos. [...] Destaco, ainda, que a impugnante apresentou decisão em grau de recurso em outro processo licitatório que participava juntamente com a ABNT, sendo que o pregoeiro entendeu pela não participação da referida associação, colacionando em sua decisão parte do acórdão acima citado. No entanto, o caso julgado no referido acórdão demonstrou desvio de finalidade da associação, o que determinou a procedência e exclusão do certame da entidade sem fins lucrativos. Diante disso, observa-se que a simples classificação como associação não pode ser óbice de participação de processo licitatório, como bem entendeu o TCU, sendo que deve-se confirmar o nexo entre os serviços a serem prestados com o estatuto e objetivos sociais da associação prestadora de serviços".

37. Essas afirmações igualmente estão equivocadas e contrárias a nossa legislação pátria, já que a administração não deve apenas verificar se o objeto do edital está relacionado com o objeto social da entidade, pelo contrário, isso é uma possibilidade, desde que, haja isonomia, exigindo do edital compensações previamente previstas, como bem destacado no Acórdão 021.605/2012-2, que vale transcrever parte do julgado novamente, uma vez que demonstra, inequivocamente, ainda que de forma análoga, que não se pode tratar desiguais de forma igual, até porque, para isso seria necessário a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico. Confira: "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".

38. Não bastasse, até porque, também relevante, sequer a ABNT poderia participar do Pregão, pelo simples fato de que o objeto da contratação do Edital Pregão Eletrônico 021/2020 ("1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa prestadora de serviços de acesso, via web, às coleções das Normas Técnicas Brasileiras (NBR's) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e das Normas Técnicas da Associação Mercosul de Normalização (AMN) para atender a demanda da Superintendência do Sistema de Bibliotecas/UFVJM, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos") não está inserido nos objetivos do seu Estatuto Social, o que do mesmo modo, veda sua participação e contraria o entendimento do I. Pregoeiro, como bem decidido pelo Tribunal de Contas da União em caso análogo: "GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO. TC-002.993/2007-5 (c/ 1 volume e 1 anexo). Apenso: TC-003.830/2007-4 (c/ 1 volume). Natureza: Representação. Entidade: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

Interessadas: Montana Soluções Corporativas Ltda. e Sigma Dataserv Informática S/A. Sumário: REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PREGÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O OBJETO DA LICITAÇÃO E OS OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE. PROCEDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA HABILITAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. ARQUIVAMENTO. 1. Inviável a habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação. 2. A contratação de empresa especializada em locação de mão-de-obra deve se restringir às situações em que as características intrínsecas dos serviços impossibilitem a contratação da prestação dos mesmos”.

39. Para justificar mencionada decisão o I. Ministro Marcos Vinícios Vilaça apontou que: “2. Protesta-se contra a habilitação do Instituto Brasileiro de Conhecimento – IBDCON, entidade sem fins lucrativos, vencedora do certame. As empresas alegam, basicamente, afronta ao princípio da isonomia, ante os privilégios tributários do Instituto, e incompatibilidade do objeto social do IBDCON com o da licitação. 3. Em relação ao primeiro aspecto, mencionei, no despacho em que determinei a suspensão cautelar do certame, que a questão se insere em perspectiva mais ampla, e não somente pela presença de regime tributário diferenciado. É que, no meu modo de ver, a participação de Oscips em licitações objetivando a prestação de serviços à Administração desvirtua os delineamentos traçados pelo ordenamento jurídico para este tipo de entidade. [...] 6. A atuação de uma Oscip volta-se, portanto, para o atendimento do interesse público, mediante serviços de cunho social, e não para o fornecimento de bens e serviços para a Administração Pública. Sua área de atuação é incompatível, no meu entendimento, com os serviços de que nos fala os arts. 6º, II, e 13 da Lei n.º 8.666/93: [...]. 7. Os objetivos relacionados no art. 5º do Estatuto do IBDCON podem ser enquadrados entre os previstos na Lei n.º 9.790/99, até pela forma como se encontram redigidos, de forma bem aberta, como por exemplo: [...]. 8. Ocorre que, além da obrigatoriedade de os objetivos sociais da Oscip estarem conformes às finalidades relacionadas no art. 3º da Lei n.º 9.790/99, as atividades desenvolvidas em concreto pela entidade também devem condizer com os limites e contornos dados pela Lei, que relaciona objetivos de interesse social, em complementação à atuação do Estado. É evidente que a prestação de serviços de programação de sistemas informatizados, objeto do certame em análise, é compatível com a Lei n.º 8.666/93; mas nada tem a ver com o relacionado no art. 3º da Lei n.º 9.790/99. 9. No entanto, reconheço que a questão não é pacífica. Parece haver, inclusive, certa tendência a se aceitar que elas possam participar de licitações na Administração Pública, desde que a atividade a ser contratada esteja prevista no Estatuto: “Não é que elas não possam ser contratadas. Eventualmente elas podem, se a prestação de serviços e o fornecimento de bens estiver prevista dentre seus objetivos institucionais. Só que, em se tratando de contrato, está sujeito à licitação. Se a Administração Pública aceita contratar Oscip para fornecimento de bens e serviços, tem que haver licitação em que a entidade participe em igualdade de condições com outros possíveis interessados. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Palestra ‘As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99)’, proferida no seminário ‘O Ministério Público e a Fiscalização das Entidades Não Governamentais de Interesse Público’, retirada do site do Ministério Público do Estado de São Paulo).”

40. Assim, uma vez o que os objetivos da ABNT, bem descritos em seu Estatuto Social são: a) Elaborar as Normas Técnicas Brasileiras como Foro Nacional de Normalização e outros documentos técnicos; b) Representar o Brasil nos foros sub-regionais, regionais e internacionais de normalização técnica, incentivando a participação da sociedade brasileira; e c) Atuar como organismo de avaliação da conformidade, executando serviços de auditoria, inspeção e verificação com vistas à concessão de marcas de conformidade e certificados; não há dúvidas de que, por esse prisma, igualmente a ABNT não poderia, sequer, participar do certame, muito menos vencê-lo, já que seus objetivos não estão em consonância com as disposições Editalícias.

41. No caso em debate, além do simples fato de que o objeto da contratação do Edital Pregão Eletrônico 021/2020 não estar inserido nos objetivos do Estatuto Social da ABNT, não houve qualquer dispositivo no Edital que iguale as instituições sem fins lucrativos aos demais participantes da licitação, o que ofende, sem sombra de dúvidas, os Princípios da Legalidade, Isonomia, Igualdade, Moralidade e viola, inequivocamente, os dispositivos legais relativos ao caso em tela.

42. Por oportuno, importante deixar registrada recentíssima decisão proferida no dia 25/08/2020, no processo 50600.009441/2018-13, pela Pregoeira, Sra. Rosângela Bezerra dos Santos, referente ao Pregão Eletrônico 259/2020-00, que trata sobre a participação de instituições sem fins lucrativos em licitação, que vale a transcrição quase completa, já que se trata do atual entendimento do Tribunal de Contas da União e foi interpretada de forma equivocada pelo I. Pregoeiro, Sr. Andersen Mateus Nascimento:

Pontua que por ser associação sem fins lucrativos, a licitante possui várias isenções e benefícios fiscais, aduz que tal fato causa tratamento desigual entre as licitantes. Salienta que a empresa ABNT não poderia se quer ter participado do pregão ora em comento, uma vez que o objeto do seu estatuto social, não está inserido no objeto da contratação. Há que se reconhecer o recurso impetrado, ante aos seus argumentos fáticos. [...]

Preliminarmente é necessário destacar o item do edital tido como violado, in verbis:

4.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

(...)

4.2.8 instituições sem fins lucrativos (parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa/SEGES nº 05/2017)

Observa-se que há no presente edital uma impossibilidade da participação de associações sem fins lucrativos no certame.

Inicialmente, esta pregoeira entendeu pela possibilidade de habilitação no certame da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT, considerando que a licitante teria atendido às exigências de regularidade jurídica, fiscal, qualificação econômico-financeira e capacidade técnica operacional.

Dúvida existia quanto a possibilidade de participação desta entidade sem fins lucrativos no certame, tendo a pregoeira tido o entendimento inicial de que NÃO haveria impedimento desde que o objeto da licitação estivesse previsto no estatuto da ABNT.

Entendeu-se que de fato havia correlação entre as atividades constantes do estatuto com o objeto do edital em comento o que, em tese, permitiria a participação, conforme havia entendimento do TCU no Acórdão nº

7.459/2010. Nessa oportunidade, o TCU entendeu 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: [...]

Contudo, este não é mais o entendimento recente do Tribunal de Contas da União, com base no artigo 12 da Instrução Normativa nº 05/2017 e tendo em vista o item 4.2.8 da Minuta de Edital padrão da AGU (aprovado pela Consultoria-Geral da União), que é o modelo utilizado pelo DNIT e aprovado pela Diretoria Colegiada da Autarquia.

Além disso, tal acórdão do TCU resultou numa burla por parte das associações que simplesmente passaram a incluir tal previsão nos respectivos Estatutos Sociais por meio de simples assembleia de modo a se adaptarem a situação posta pelo TCU, o que no meu entendimento não altera nada quanto ao impedimento de participação na licitação.

Passo a análise pontual das considerações de acórdão com todo o ordenamento jurídico, edital e jurisprudência.

Consoante o art. 53 do Código Civil, "constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos, "Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os arts. 966 e 981 do Código Civil, os quais conceituam "empresário" e "sociedade empresária", respectivamente: [...]

Ou seja, se a pessoa jurídica possui fins econômicos, consistente na busca pela consecução de resultados financeiros, mediante a produção ou circulação de bens e serviços, ela deve constituir-se sob a forma de sociedade empresária e não sob a forma de associação.

Por outro lado, as licitações públicas buscam a seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública daqueles que, em essência, se disponham a executar obras, prestar serviços ou vender produtos. Nesses termos, assim dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública..."

A Lei 8.666/1993, por sua vez, também dispõe de forma semelhante:

"Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei." (grifou-se).

Dessas disposições, o que se depreende é que as licitações são o instrumento pelo qual a administração pública vai ao mercado para contratar agentes do campo econômico, de forma a satisfazer as necessidades de seu funcionamento e prestar os serviços públicos a seu cargo.

Assim, por serem as licitações ações intrínsecas ao exercício de atividades econômicas, não vislumbro espaço para que associações participem de procedimentos licitatórios, pois, como visto, essas entidades não se prestam para o exercício dessas atividades.

Veja-se que a distinção entre sociedades e associações não é uma mera formalidade restrita ao campo da nomenclatura ou ao mero estabelecimento de critérios para a classificação das pessoas jurídicas de direito privado.

Essas duas espécies de pessoas jurídicas estão sujeitas a regimes jurídicos diversos com as consequências daí advindas.

As associações estão sujeitas a condições tributárias diferentes das sociedades empresárias. Em geral, as primeiras gozam de benefícios fiscais e previdenciários não extensíveis às segundas. Assim, quando as associações exercem atividades econômicas há uma quebra das condições de competir com as sociedades empresárias que foram constituídas para esse fim. Vislumbra-se, pois, uma violação ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal.

Especificamente no campo das licitações públicas, ocorre violação ao já mencionado inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que as contratações devem ocorrer "mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições aos concorrentes.

No mesmo sentido, dispõe o art. 3º da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que "a licitação se destina a garantir a observância do princípio da isonomia".

Não por outra razão, o item 4.2.8 do Edital 259/2020 veda a participação das instituições sem fins lucrativos, como as associações e instituições sem fins lucrativos, tudo com base no parágrafo único do art. 12 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017. [...]

Por certo, o fato de as associações não se organizarem para fins econômicos e não terem, portanto, atividade lucrativa, não as impede que busquem receitas para o seu funcionamento.

Nesse sentido, o art. 54, inciso IV, da Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "as fontes de recursos para sua manutenção".

Entretanto, nessa busca de fonte de recursos, não pode ser transmutada a natureza da associação – organização sem fins econômicos – e tampouco a caracterização de ação violadora do princípio da livre concorrência e da isonomia, em especial, nesse último caso, na atuação em licitações públicas.

Nessa linha de viabilização de sustento das associações, a legislação permite que, em determinadas situações, a administração pública contrate essas associações, não por licitação, ante a incompatibilidade jurídica para tanto, mas mediante contratações diretas. Como exemplo, cite-se o art. 24 da Lei 8.666/1993, [...]

Ante o exposto, por entender que pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, na forma do item 4.2.8 do Edital, art. 12 da IN 05/2017 e

acórdão 2847/2019 - TCU/Plenário, manifesto-me no sentido de dar provimento ao recurso administrativo interposto pela recorrente Target Engenharia e Consultoria Ltda”.

43. É certo que a decisão supra está amparada pela atual posição do Tribunal de Contas da União e, por essa razão, as recentes decisões dos pregoeiros estão sendo no mesmo sentido, qual seja, de impedir que as entidades sem fins lucrativos participem das licitações, valendo, como mais um exemplo, a transcrição da decisão do I. Pregoeiro, Sr. Leandro Frauzino Real, que em 31/03/2020, no Pregão Eletrônico 393/2019, consignou, quase que identicamente à decisão acima, que: “24. Em síntese, o recurso administrativo inicialmente questiona, entre outros, a possibilidade de uma pessoa jurídica constituída sob a forma de associação sem fins lucrativos participar de licitações públicas. [...] 30. Ou seja, se a pessoa jurídica possui fins econômicos, consistente na busca pela consecução de resultados financeiros, mediante a produção ou circulação de bens e serviços, ela deve constituir-se sob a forma de sociedade empresária e não sob a forma de associação. [...] 33. Dessas disposições, o que se depreende é que as licitações são o instrumento pelo qual a administração pública vai ao mercado para contratar agentes do campo econômico, de forma a satisfazer as necessidades de seu funcionamento e prestar os serviços públicos a seu cargo. 34. Assim, por serem as licitações ações intrínsecas ao exercício de atividades econômicas, não vislumbro espaço para que associações participem de procedimentos licitatórios, pois, como visto, essas entidades não se prestam para o exercício dessas atividades. 35. Veja-se que a distinção entre sociedades e associações não é uma mera formalidade restrita ao campo da nomenclatura ou ao mero estabelecimento de critérios para a classificação das pessoas jurídicas de direito privado. Essas duas espécies de pessoas jurídicas estão sujeitas a regimes jurídicos diversos com as consequências daí advindas. 36. As associações estão sujeitas a condições tributárias diferentes das sociedades empresárias. Em geral, as primeiras gozam de benefícios fiscais e previdenciários não extensíveis às segundas. 37. Assim, quando as associações exercem atividades econômicas há uma quebra das condições de competir com as sociedades empresárias que foram constituídas para esse fim. Vislumbra-se, pois, uma violação ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal. 38. Especificamente no campo das licitações públicas, ocorre violação ao já mencionado inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que as contratações devem ocorrer “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.” [...] 42. Por certo, o fato de as associações não se organizarem para fins econômicos e não terem, portanto, atividade lucrativa, não as impede que busquem receitas para o seu funcionamento. Nesse sentido, o art. 54, inciso IV, da Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar “as fontes de recursos para sua manutenção”. 43. Entretanto, nessa busca de fonte de recursos, não pode ser transmutada a natureza da associação – organização sem fins econômicos – e tampouco a caracterização de ação violadora do princípio da livre concorrência e da isonomia, em especial, nesse último caso, na atuação em licitações públicas. [...] 47. Assim, incorporando à minha decisão as razões expostas pela unidade técnica do TCU e pelo MP junto ao TCU, entendo pela impossibilidade de participação no certame do Instituto Interamericano de Desenvolvimento Humano (Instituto Bem Brasil): (...) 11. Entretanto, se as normas de regência e a jurisprudência deste Tribunal 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 confirmem 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. 12. Pois bem, no caso vertente, conforme demonstrado, as disposições estatutárias da Abradecont, notadamente aquelas descritas no art. 4º, inciso XXI, embora invocadas pelo órgão fiscalizador e pela referida associação 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. Isso tornaria inócua a exigência de nexo específico entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo. 13. Convém recordar que esse requisito – de nexo 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. 14. Também merece destaque o argumento do Parquet especializado no sentido de que, apesar de o estatuto da Abradecont mencionar, de forma genérica, os termos terceirização e emprego, “a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de “empreender a assistência social”, “promover a defesa de direitos sociais” ou “defender direitos do consumidor e do trabalhador”, o que configura “claro desvio de finalidade”. 15. Dessa forma, a representação é parcialmente procedente, tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da Abradecont 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. 48. Cumpre frisar que o Instituto Bem Brasil apresentou diversos atestados de capacidade técnica de vários órgãos públicos o que deixa claro, na minha visão, que a licitante, na verdade, atua como qualquer empresa prestadora de serviços terceirizados, se valendo dos benefícios concedidos às instituições sem fins lucrativos de forma a se sobressair nas licitações, o que prejudica a isonomia e o princípio da competitividade. 49. Ante o exposto, por entender que pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, na forma do item 4.2.8 do edital, manifesto-me de acordo com o recurso interposto pela licitante Ágile Empreendimentos e Serviços EIRELI para declarar a anulação do ato administrativo que habilitou a associação Instituto Interamericano de Desenvolvimento Humano (Instituto Bem Brasil) no Pregão Eletrônico 393/2019”.

44. Como se vê, a Recorrente comprovou inequivocamente que instituições sem fins lucrativos não podem participar de licitações, não se podendo aceitar que a ABNT vença o certame, já que sua participação é ilegal, ferindo, como vastamente informado, vários princípios constitucionais.

45. Com efeito, importante pontuar que no presente certame a ABNT atua como verdadeira sociedade com fins econômicos, restando claro, assim, o desvio dos seus objetivos sociais, que repita-se, são, apenas, para: a) Elaborar as Normas Técnicas Brasileiras como Foro Nacional de Normalização e outros documentos técnicos; b) Representar o Brasil nos foros sub-regionais, regionais e internacionais de normalização técnica, incentivando a participação da sociedade brasileira; e c) Atuar como organismo de avaliação da conformidade, executando serviços de auditoria, inspeção e verificação com vistas à concessão de marcas de conformidade e certificados; e não figurar como “prestadora de serviços de acesso, via web, às coleções das Normas Técnicas Brasileiras (NBR's) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e das Normas Técnicas da Associação Mercosul de Normalização (AMN) para atender a demanda da Superintendência do Sistema de Bibliotecas/UFVJM, conforme

condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos, objetivo da licitação em debate, já que, como bem definido pelas decisões acima, “não pode ser transmutada a natureza da associação – organização sem fins econômicos – e tampouco a caracterização de ação violadora do princípio da livre concorrência e da isonomia, em especial, nesse último caso, na atuação em licitações públicas”, até porque, como bem observado “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. 14. Também merece destaque o argumento do Parquet especializado no sentido de que, apesar de o estatuto da Abradecont mencionar, de forma genérica, os termos terceirização e emprego, “a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de “empreender a assistência social”, “promover a defesa de direitos sociais” ou “defender direitos do consumidor e do trabalhador”, o que configura “claro desvio de finalidade”.

46. Ora, nunca é demais registrar que, em razão dos benefícios concedidos às instituições sem fins lucrativos, ao aceita-las nas licitações, restará violado o princípio da isonomia e os arts. 150 e 173 da Constituição Federal, já que irá privilegiá-las em detrimento das demais concorrentes, até porque, irá permitir que elas explorem atividades de cunho puramente econômico sem o pagamento dos impostos devidos.

47. E mais, permitir que essas entidades sem fins lucrativos participem do certame com as benesses fiscais a que têm direito, exigindo-se, se o caso, apenas a vinculação “lato senso” do objetivo social com o objeto do certame, não obstante ser esse o caso da ABNT, 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 associações com finalidades desvirtuadas, o que não se pode aceitar, até porque não será justo e legalmente permitido.

III – DO PEDIDO

48. Por todos esses fatos e fundamentos nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito, para que seja anulada a decisão da referida licitação, declarando-se a empresa ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, inabilitada para prosseguir no pleito e, conseqüentemente, anulando-se a sua vitória no certame.

49. Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que, no caso dessa Comissão de Licitação não reconsiderar sua decisão, faça este recurso subir, informando à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, observando-se, ainda, o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Nestes Termos
P. Deferimento

Atenciosamente,
Mauricio Ferraz de Paiva
Presidente

São Paulo, 30 de setembro de 2020.

Fechar