

## Pregão Eletrônico

### ■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### RECURSO :

ILMO. SR. EDUARDO LOBATO BOTELHO – PREGOEIRO OFICIAL DA AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEMANETO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL - ADASA

Ref.: Processo nº 0019700004957/2019- 84

Pregão nº 09/2020.

Objeto: Pregão Eletrônico - objeto da presente licitação é a Contratação de empresa especializada, em regime de empreitada por preços unitários, pelo prazo inicial de 12 (doze) meses, para a prestação dos serviços de natureza connuada de apoio administrativo, em caráter subsidiário, por diversas categorias laborais, em atividades meio, no âmbito da Adasa, conforme especificações definidas no Termo de Referência (Anexo I do Edital).

DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI, CNPJ: 09.370.244/0001-30; com sede na ADE 19 Conjunto 20 lote 46 parte "A" - Águas Claras, Brasília/DF, CEP: 71.989-300, devidamente qualificada nos autos do pregão eletrônico acima epigrafado, por seu representante legal adiante, vem, respeitosa e tempestivamente, amparada no dispositivo legal constante do Art. 109, Inciso I, alínea "a" e parágrafo 1º da Lei 8.666.93, aqui utilizado por força do art. 9º da Lei nº. 10.520/2002, a fim de se garantir o contraditório e ampla defesa, apresentar

#### RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão da pregoeira do Ministério do Turismo que aceitou e habilitou o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, CNPJ/CPF: 09.611.589/0001-39 pelas razões de fato e de direito a seguir expostas, pugnano, com fundamento no § 2º do Art. 109, da Lei 8.666.93, que seja emprestado IMEDIATO efeito suspensivo, sob pena de cerceamento do direito de ampla defesa da Recorrente, para o qual, após as formalidades legais, pugna pela remessa das razões em anexo à autoridade administrativa hierarquicamente superior à V. Sa. para julgamento do mesmo em grau de recurso.

#### RAZÕES DO RECURSO

Douto Julgador,

Merece reforma a decisão de habilitou o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, CNPJ/CPF: 09.611.589/0001-39, uma vez que se trata de entidade sem fins lucrativos, conforme DEMONSTRADO NA ATA DE ASSEMBÉIA ORIDINÁRIA realizada em 16 de dezembro de 2019 e Estatuto Social Consolidado, juntado aos autos, cujo objetivos sociais não têm nexos com os serviços a serem prestados e cuja forma de atuação caracteriza mera intermediação de mão de obra, sendo certo que a presente contratação demanda execução dos serviços em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados.

Além disto, em afronta a legislação vigente, haja vista que deixou de compor os custos referente ao COFINS, alegando ser beneficiária de isenção tributária, o que não é verdade.

Por fim, tratando-se de entidade sem fins lucrativos, a Recorrida é imune a uma gama de tributos e sua habilitação, na forma que se deu, caracteriza clara afronta ao princípio da isonomia e aos arts. 150 e 173 da Constituição Federal, além de ter afrontado os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, conforme a seguir restará demonstrado.

Ora, se a recorrida alega a desobrigatoriedade de pagamentos de tributos por se tratar de organização sem fins lucrativos, por que a planilha de custos da recorrida foi aceita com a inclusão dos percentuais de de 0,50% de lucro para todos os cargos à serem contratados. É no mínimo contraditório, para não dizer vergonhoso.

Ao aceitar e posteriormente vir a homologar a proposta do INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, CNPJ/CPF: 09.611.589/0001-39, na condições apresentadas, é está o ente público contribuindo para contratações fraudulentas e do enriquecimento ilícito de fornecedores através de supressões de direitos e benefícios, além de emitir passaporte para possível sonegação fiscal.

Vejamos!!!

INICIALMENTE

Há de se pontuar que o objetivo da recorrente, Defender Conservação e Limpeza Eireli, é garantir a Segurança Jurídica do Certame, resguardando os funcionários que serão geridos pela suposta vencedora e possibilitando que o gestor do contrato e os demais atores envolvidos nesse processo fiquem resguardados, somos uma sociedade empresarial devidamente registrada na Junta Comercial do Distrito Federal e possui todo enquadramento tributário e responsabilidade pessoal de seus sócios conforme previsto em seu Contrato Social e reguladas no Código Civil do artigo 966 em diante.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, por sua vez é uma Associação Civil sem fins lucrativos, seus representantes não são proprietários mas sim ELEITOS, o que não possibilita uma continuidade de gestão, imagine que o ATUAL Presidente da Associação não seja eleito para a próxima gestão? Qual é o RESPALDO que o órgão que contrata com essa associação tem de garantia que a nova diretoria não fará uma gestão temerária dos FUNCIONÁRIOS, quiza dos recursos? São perguntas pertinentes que devemos pontuar antes da análise mais acurada das presentes razões recursais.

O artigo 53 do Código Civil prevê que: "Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos", é perceptível que o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP tem clara finalidade ECONÔMICA, como podemos inferir pelo seu Balanço Patrimonial a INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE FILANTÓPLICA, bem como pela relação de contratos firmados, ambos anexados ao processo.

Há que se chamar atenção para o fato de que a Recorrida, além de contar os percentuais de custos indiretos e lucro, contrariando a premissa de que seria entidade sem fins lucrativos, conforme consta do seu estatuto social, a recorrida deixou de cotar corretamente a alíquota referente ao PIS e deixou de cotar o percentual referente ao COFINS cuja alíquota foi "zerada" na planilha de custos, ferindo, inclusive o princípio da isonomia do processo.

Isto porque, conforme abaixo será mais bem explorado, o E. STJ já firmou entendimento de que "a associação civil sem fins lucrativos que, desviando-se dos seus objetivos, efetua locação de mão-de-obra a quem não seja seu associado e para atividades exclusivas da parte contratante, de forma remunerada, está sujeita ao pagamento de tributos".

Além dessas questões cumpre esclarecer que o Balanço Patrimonial entregue na presente licitação NÃO POSSUI VALIDADE, porque em se tratando de assuntos patrimoniais, o balanço patrimonial deveria ser assinado pelo Conselho Fiscal e não somente pelo presidente, conforme legislação que rege a matéria.

Portanto, ao deixar de cotar tais exações fiscais, sejam elas PIS e COFINS, a Recorrida além de afrontar ao princípio da isonomia e aos arts. 150 e 173 da Constituição Federal – privilegiando-a em detrimento das demais concorrentes ao permitir que explore atividade de cunho puramente econômico sem o pagamento dos impostos devidos, pode colocar a Administração em risco em razão de possível autuação pelo seu não recolhimento, e aos gestores por afronta ao caput do art. 10 e incisos VII e X da Lei de Improbidade Administrativa.

## DO MÉRITO

Conforme consta no art. 1º de seu estatuto social, a Recorrida se denomina uma associação sem fins econômicos, criada nos termos do Art. 44, inciso I e 53 do Código Civil.

Para que uma Associação seja considerada imune, nos termos da Legislação Tributária e do entendimento jurisprudencial pacífico, é necessário que efetue locação de mão-de-obra aos seus associados e para suas atividades exclusivas. Por óbvio que a Administração Pública, e em especial, no caso concreto, a ADASA, não são associados da Recorrida.

O art. 15. Da Lei 9.532/97, dispõe que "consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos".

Ou seja, somente realizando atividades de fins não lucrativos, destinadas a atender seus próprios sócios, visando à realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência dos impostos em questão.

Mais óbvio ainda que a Recorrida não possui associados na ADASA.

E mais, conforme consta do Edital e seus anexos, relativos ao pregão 09/2020, a presente contratação demanda execução dos serviços em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados; razão pela qual é vedado a participação de Cooperativas ou instituições do gênero.

Ora, por este raciocínio, se vedada a participação de Cooperativas em razão da ausência de subordinação, também é vedada a participação de entidades como a Recorrida por sua natureza jurídica.

Na realidade, a Associação em tela pretende atuar como verdadeira empresa interposta de mão de obra – está sediada no Estado Do Maranhão, irá contratar pessoas para prestarem serviço no Distrito Federal, ou seja, resta claro o desvio dos seus objetivos sociais para efetuar locação de mão-de-obra a quem não é seu associado e para atividades exclusivas da parte contratante, de forma remunerada, estando sujeita ao pagamento de Tributos.

Neste sentido, cabe a colação da seguinte ementa de acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, in verbis: TRIBUTÁRIO. ISS. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. INCIDÊNCIA. 1. Associação civil sem fins lucrativos que, desviando-se dos seus objetivos, efetua locação de mão-de-obra a quem não seja seu associado e para atividades exclusivas da parte contratante, de forma remunerada, está sujeita ao pagamento do ISS. 2. Comprovação nos autos de que a recorrida, entidade civil, locou mão-de-obra ao Banco do Espírito Santo, recebendo valores por esse negócio jurídico, durante os meses de maio de 1988 até junho de 1990, mês a mês. 3. A recorrida congrega os servidores do BANESTES. Os seus sócios são, portanto, pessoas físicas. O BANESTES não é um dos seus associados. Inexistência de

serviços prestados a associado no ambiente físico da associação. 4. Locação de mão-de-obra com objetivo do BANESTES, por necessidade, ampliar o seu quadro de prestadores de serviços. 5. Recurso especial provido para fazer incidir o ISS. (REsp 937.090/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJ 29/11/2007, p. 235)

O Pregoeiro deve avaliar o nexo entre o objetivo social da associação e o objeto do edital, levando em consideração as recomendações proferidas pelo Tribunal de Contas da União, bem como o que disciplina a Instrução Normativa n.º 02/2008 da SLTI do MPOG.

Veja que o Estatuto da Recorrida possui objeto extremamente alargado, com a previsão de prestação de serviços nas mais diversas áreas da economia, o que demonstra o desvirtuamento do seu objetivo social. O princípio da primazia da realidade impõe o desprezo aos arranjos formais que mascaram a verdadeira natureza das coisas.

Não importa o arcabouço jurídico que se dê para a entidade, ou o nome utilizado em seu ato de constituição – se Estatuto, Contrato Social, etc., tais manobras não alteram sua natureza jurídica: a Recorrida atua como verdadeira empresa interposta, porém se utiliza de benefício fiscais que, cedo ou tarde, serão revistos pelas autoridades competentes (Fiscais, Administrativas, Trabalhistas), gerando ônus para a “associação” e para a Administração que a contratou.

Além disto, as imunidades fiscais e tributárias que a Recorrida (indevidamente) detêm em relação às demais licitantes, lhe confere vantagem indevida frente aos demais concorrentes, o que fere o princípio da igualdade que deve nortear as licitações.

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.

Mais uma vez questionamos: por se tratar de organização sem fins lucrativos, por que a planilha de custos da recorrida foi aceita com a inclusão dos percentuais de lucro para todos os cargos à serem contratados? É no mínimo contraditório.

Não ser possível garantir, para quaisquer efeitos práticos, um tratamento efetivamente isonômico entre empresas privadas e “associações sem fins lucrativos” nas contratações realizadas com base na Lei das Licitações.

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.

O “não agir” da Administração, no tocante à imposição de restrições à participação de associações sem fins lucrativos em licitações públicas sem igualá-las aos demais concorrentes, pode se mostrar extremamente danoso à ordem econômica vigente.

Ao permitir que entidades como a Recorrida participe de certames com as benesses fiscais a que têm direito, exigindo-se a vinculação “lato senso” 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 associações com finalidades desvirtuadas. Ressalte-se que a Recorrida sequer comprova seu engajamento social – repita-se ainda que a Recorrida não possui associados no Distrito Federal, por expressa determinação do acordo coletivo deverá manter os funcionários que já laboram nos postos, convertendo-se os valores recebidos 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.

Há que se abrir um parêntese para lembrar o inciso XX do art. 5º da Constituição Federal, onde “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Ora, como a Recorrida pretende contratar os funcionários sem o arrepi da norma constitucional?

Portanto, todos estes motivos, a Associação/Empresa Recorrida deve ser inabilitada no presente certame, sob pena de afronta ao princípio da isonomia e aos arts. 150 e 173 da Constituição Federal, além de ter afrontado os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

## DO ENTENDIMENTO DO TCU SOBRE ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS EM PARTICIPAR DE LICITAÇÃO

O Tribunal de Contas da União tem entendimento que NÃO É POSSÍVEL UMA ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA, esse entendimento já está consolidado no Acórdão 7.459/2010, vejamos um trecho:

“9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que

passa a ter o seguinte teor:

9.1.1. determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou semelhantes, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados" (grifo nosso)

O objeto do estatuto social é a Promoção em favor do desenvolvimento institucional dos entes públicos em geral, não podemos confundir promoção ao desenvolvimento insstitucional com o exercício empresarial. Uma empresa que participa de uma licitação desenvolve uma atividade econômica e o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, pela análise de seu estatuto social, é uma empresa que está mascarada como se associação fosse.

#### DA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS NO CERTAME

Assim requer seja reconhecido as alegações desta recorrente, haja vista que a recorrida se intitula como associação sem fins lucrativos, conforme documentos acostados ao pregão em tela e por isso a mesma deverá ser considerada inabilitada, senão vejamos:

"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."

"Art. 981. 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."

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. (grifo)

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 vislumbra 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 a todos os 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 10/2020 veda a participação das instituições sem fins lucrativos, como as associações:

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/MP nº 05/2017);

Já o artigo 12 da Instrução Normativa 5/2017-MPOG, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da administração pública federal, estabelece que:

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

Parágrafo único. "Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa." (art. 12, parágrafo único).

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, o qual permite, em determinadas hipóteses, a contratação de associações sem licitação prévia:

"XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado." (grifou-se).

"XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública." (grifouse).

Nesses casos, trata-se de atividades em que, de forma evidente, as receitas auferidas pelas associações destinam-se à manutenção de suas atividades, quais sejam, o sustento de seus associados em condições de vulnerabilidade social. Ou seja, não há que falar que essas entidades tenham se organizado para fins econômicos, ante a nitidez do caráter assistencial das receitas a serem auferidas com a contratação.

Por essa razão, no recente ACÓRDÃO Nº 2847/2019 – TCU – Plenário, o Tribunal entendeu que pela possibilidade participação, desde que não haja desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos, vejamos:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. 1ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR - ABRADECONT) PARA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXEGESE DO ART. 53 DA LEI 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA EVIDENTE CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS DA CONTRATADA E O OBJETO DO CONTRATO. HIPÓTESE QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO, SOB PENA DE DESVIO DE FINALIDADE DA ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.

9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, pela empresa Átria Serviços Terceirizados Ltda., a noticiar supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 4/2019, sob a responsabilidade da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (1ª CJM), voltada à contratação de serviços continuados de apoio administrativo, vencido pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (Abradecont) – sociedade civil sem fins lucrativos.

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

9.1 nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la 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;

(...)

9.3 nos termos do art. 250, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal (RITCU), determinar à Primeira Circunscrição Judiciária Militar da Justiça Militar (1ª CJM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, anule o ato administrativo que habilitou irregularmente a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (Abradecont) no Pregão Eletrônico 4/2019, bem como os demais atos dele porventura decorrentes;

Assim, incorporando as razões expostas pela unidade técnica do TCU e pelo MP junto ao TCU, entende-se pela impossibilidade de participação no certame do Instituto Interamericano de Desenvolvimento Humano (Instituto Bem Brasil):

(...)

8. Por seus fundamentos, o Ministério Público de Contas acompanha, em essência, as conclusões havidas pela unidade técnica.

19. Após analisar detidamente os autos, opino no sentido de que os termos contidos nos dispositivos retro citados são demasiado genéricos e serviram para justificar a contratação da Abradecont em todo e qualquer tipo de ajuste que tenha como objetivo o fornecimento de mão de obra. A meu ver, ao inserir os termos "fomentação do setor terceirizado" e "busca do pleno emprego", a entidade buscou dar ares de legalidade a uma situação que, na realidade, consiste na mera intermediação de mão de obra, serviço que pode ser prestado por qualquer empresa constituída para esse fim.

20. Nesse sentido, observo que, assim como as demais entidades empresárias que atuam nesse setor, a Abradecont, ao firmar contrato com a Administração Pública, iria buscar no mercado de trabalho pessoas estranhas à própria associação, contratando-os exclusivamente e unicamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo pelo qual não vislumbro haver o alegado caráter de assistência social na atuação da entidade civil.

23. Retornando ao caso concreto sob análise, reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R\$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13), parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos "terceirização" e "emprego" estejam dispostos em seu estatuto, 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".

24. Por conseguinte, assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

25. Ante os elementos que compõem os autos e por considerar adequada a análise empreendida pela unidade técnica, este representante do Ministério Público de Contas manifesta-se a favor da aprovação da proposta de encaminhamento contida na instrução de peça 67, p. 14-15, a qual foi endossada pelo corpo diretivo da Selog nos pronunciamentos de peças 68 e 69.

(...)

VOTO RELATOR

(...)

No mérito, acompanho os pareceres.

6. Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público de Contas, instado por este Relator a opinar no processo, concluem pela procedência parcial da representação. Segundo os pareceres, embora a jurisprudência do Tribunal de Contas da União considere que o art. 53 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) não proíbe incondicionalmente a participação de sociedades civis sem fins lucrativos em licitações públicas, sua contratação pela Administração Pública é admitida apenas quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada. Segundo os pareceres, tal hipótese não se materializa no caso concreto. Daí a procedência parcial da representação.

7. A par disso, a instrução da Selog também propõe, com o endosso do MPTCU, a fixação de prazo para que o órgão responsável anule o ato administrativo de habilitação irregular da Abradecont no Pregão Eletrônico 4/2019 e, por conseguinte, os demais atos dele decorrentes.

8. Por seu didatismo, peço licença para transcrever – e incorporar aos fundamentos deste voto – os principais argumentos anotados pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin (peça 75), na análise de mérito desta representação, verbis:

11. (...) muito embora a legislação tenha vedado a criação de associações para a busca de objetivos econômicos, não há, na verdade, óbice para que entidades dessa natureza obtenham receitas e, como consequência, aufram lucro, o qual é, por óbvio, essencial para a manutenção das atividades inerentes ao funcionamento da entidade. (Grifei).

(...)

13. (...) o simples fato de uma entidade ter sido constituída como uma associação sem fins lucrativos não é motivo suficiente para impedi-la de realizar atividades econômicas. Cumpre ressaltar, no entanto, que o exercício de tais atividades devem estar estritamente atrelado ao atingimento das finalidades e objetivos estatutários da entidade, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade. (Grifei).

(...)

15. (...) não existe na Lei nº 8.666/93 vedação, implícita ou explícita, à participação de entidades sem fins lucrativos em 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. Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou este TCU, que, ao se debruçar sobre questão assemelhada ao objeto destes autos, proferiu o Acórdão nº 7459/2010-2ª Câmara [relator: Ministro Raimundo Carreiro], cuja ementa dispõe:

**"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.”

(...)

17. O estatuto da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador estabeleceu como seus objetivos sociais e finalidades (peça 9, p. 1):

“Art. 3º- A ABRADECONT é uma entidade civil privada, sem fins lucrativos, tem por objetivo social empreender a assistência social, colocando-a à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, serviços e ações sócio assistenciais, promovendo a defesa de direitos sociais, com ênfase na defesa dos consumidores; dos trabalhadores; dos direitos civis; proteção social com promoção da integração ao mercado de trabalho; proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo às crianças e aos adolescentes carentes; habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à via comunitária.

Art. 4º - A ABRADECONT, prestará serviços e ações sócio assistenciais, sem fins lucrativos, de atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos pela Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, atuando na defesa e garantia de seus direitos. São finalidades e objetivos da ABRADENCONT: [...] XXI- estimular o aprimoramento da Administração Pública, através da promoção do desenvolvimento institucional e tecnológico dos diferentes níveis de governo, com fomentação do setor terceirizado, por meio do fornecimento de mão de obra, especializada ou não, e gestão de pessoas, visando a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (Art. 170, incisos VII e VIII da CF/88) com a melhoria do serviço público, bem como a proteção dos direitos dos trabalhadores.” (Grifos conforme o original.)

18. É com base no art. 4º, inciso XXI, do estatuto da Abradecont, que a 1ª CJM e a entidade civil sem fins lucrativos buscam demonstrar que os fins colimados pela instituição se amoldam ao objeto da licitação em questão.

19. Após analisar detidamente os autos, opino no sentido de que os termos contidos nos dispositivos retro citados são demasiado genéricos e serviriam para justificar a contratação da Abradecont em todo e qualquer tipo de ajuste que tenha como objetivo o fornecimento de mão de obra. A meu ver, ao inserir os termos “fomentação do setor terceirizado” e “busca do pleno emprego”, a entidade buscou dar ares de legalidade a uma situação que, na realidade, consiste na mera intermediação de mão de obra, serviço que pode ser prestado por qualquer empresa constituída para esse fim. (Grifei).

20. Nesse sentido, observo que, assim como as demais entidades empresárias que atuam nesse setor, a Abradecont, ao firmar contrato com a Administração Pública, iria buscar no mercado de trabalho pessoas estranhas à própria associação, contratando-os exclusivamente e unicamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo pelo qual não vislumbro haver o alegado caráter de assistência social na atuação da entidade civil.

(...)

22. Nas situações acima descritas [trecho do parecer da Procuradora-Geral do MPTCU Cristina Machado da Costa e Silva no TC 019.843/2009-0 (objeto do já mencionado Acórdão 2459/2010-2ª Câmara), em que exemplifica situações em que seria admissível a contratação de sociedade civil sem fins lucrativos pela Administração Pública], é nítida a existência de nexos entre o objeto da contratação e o fim almejado pelas respectivas entidades sem fins lucrativos. Como se pode notar, em todos os casos citados a terceirização da mão de obra não tem um fim em si mesmo, já que existe um “objetivo maior” capaz de justificar os ajustes firmados com o Poder Público. Na minha opinião, é justamente essa finalidade de maior relevo, a qual geralmente possui caráter assistencial, que justifica admitir-se a participação de entidades sem fins lucrativos, as quais gozam de isenções tributárias, em licitações públicas. (Grifei).

23. (...) reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R\$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13), parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos “terceirização” e “emprego” estejam dispostos em seu estatuto, 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”. (Grifei).

24. (...) assim como conclui a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

9. De um lado, é certo que não se deve conferir uma interpretação literal e restritiva ao termo “para fins não econômicos” contido no art. 53 do Código Civil, a ponto de vedar a contratação de associações civis sem fins lucrativos pela Administração Pública. O próprio art. 54, inciso IV, da mesma Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar “as fontes de recursos para sua manutenção”. Ademais, a Lei 8.666/1993, em seu art. 24, inciso XX, permite a contratação direta, por dispensa de licitação, “de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

10. É certo, assim, que as disposições do art. 53 do Código Civil não vedam a que Administração Pública contrate associação civil sem fins lucrativos. Logo, nesse ponto, a representação não procede.

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 fiscalizado 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.

Cumpra-se frisar que os ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA apresentados pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP deixam claro 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.

Ante o exposto, comprovadamente, pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações NÃO possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas, na forma da lei, conforme demonstrado por esta recorrente.

#### DA INABILITAÇÃO DA RECORRENTE

Outro fato importante à ressaltar é que a RECORRENTE foi INDEVIDAMENTE desclassificada do certame por supostamente ter deixado cumprir com as regras editalícias, em especial ao item 12.6.2“d”, bem como, em breve resumo, por, supostamente, inobservância dos valores e percentuais indicados na Convenção Coletiva da respectiva categoria, conforme foi exigido nos itens 14.2.47 do edital e 7.1.18,13.1, 13.9 e apêndice IV do termo de referência.

Ora, a administração não pode interferir na elaboração das planilhas de custos da licitante, em especial no que se refere aos percentuais de encargos sociais que não estejam diretamente ligados a obrigações trabalhistas. Sem contar que todas as planilhas de custos apresentadas pela recorrente estavam com as respectivas fundamentações e memória de cálculos de todos os percentuais de encargos utilizados na composição dos preços.

Outro fato importante é : Porque o pregoeiro aceitou e habilitou o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP sendo que o mesmo apresentou as planilhas de custos com todos os percentuais de encargos sociais diferentes daqueles exigido para a proposta da recorrente? Como explicar isso? Estranho . Não?

Além disso, diferentemente do que foi oportunizado ao INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS-IBRAPP, o douto pregoeiro se quer oportunizou a recorrente de se manifestar acerca dos apontamentos que embasaram, equivocadamente, a sua desclassificação.

Isto porque, conforme previsão legal, erros nas planilhas de custos não são motivos para desclassificação sumária da proposta, os quais poderiam ser sanados ou justificados em diligência, coisa que o douto pregoeiro não oportunizou esta recorrente de fazê-lo, inclusive no que se refere a comprovação da qualificação econômica financeira, para a qual houve um equívoco na análise dos valores apresentados, haja vista que os valores a serem considerados deveriam ser os valores contratuais anuais, os quais compõe o balanço patrimonial do exercício anterior e a depender dos contratos firmados no exercício vigente esses lançamentos não vão fazer parte, ainda, da composição do patrimônio líquido daquele exercício, devendo ser extraído as suas proporcionalidades.

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§. 3º - É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Quanto a composição das planilhas de custos, destacamos que:

A planilha de preços deve ser considerada como instrumento acessório na análise da exequibilidade dos preços ofertados em licitações para terceirização. É pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Decisões nº 577/2001 e nº 111/2002 e nos Acórdãos nº 1.028/2001, nº 963/2004, nº 1.791/2006, todos do Plenário), no sentido de que a planilha de custos e formação de preços possui caráter acessório, subsidiário, numa licitação em que o critério de avaliação das propostas é o de menor valor global. A planilha de preços é necessária para análise, pelo Administrador Público, da exequibilidade dos valores cotados nas propostas apresentadas em um certame licitatório, de forma a avaliar se o valor global ofertado será suficiente para a cobertura de todos os custos da execução contratual.

Nesse sentido manifestou-se o Tribunal de Contas por intermédio de Acórdãos,

Acórdão TCU nº 963/2004 – Plenário

“(…)

52. Inicialmente, cabe esclarecer que alguns dos elementos integrantes da planilha de custos são variáveis, e dependem da característica e estrutura de custos de cada organização. Outros são decorrentes de lei ou acordos coletivos, sendo responsabilidade da licitante informá-los corretamente. Caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei, e ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao licitante suportar o ônus do seu erro. (grifo)

(…)

Voto do Ministro Relator

(…)

6. Sobre a desnecessidade de detalhamento dos itens que compõem os encargos sociais e trabalhistas na planilha de preços utilizada como modelo no edital, penso que a presumida omissão não traz problemas para o órgão contratante, pois, segundo explicado pela unidade técnica, o contratado é obrigado a arcar com as consequências das imprecisões na composição dos seus custos.” (grifo)

Acórdão TCU nº 1.791/2006 – Plenário

“(…)

O TCU, concordando com o entendimento do órgão, destacou que eventual erro na planilha teria de ser assumido pelo licitante. Segue o trecho do relatório da Decisão 577/2001 - Plenário, integralmente acatado no voto, que a representante expôs em suas alegações (fls. 11/13):

‘b) o mecanismo de convalidação previsto no edital é, a nosso ver, admissível. Não há modificação dos valores globais da proposta, sempre respeitados, em qualquer hipótese. Ocorre que esse valor vem acompanhado de sua memória de cálculo, ou seja da planilha demonstrativa dos componentes do custo, entre os quais alguns que decorrem de lei e de acordos coletivos. Evidentemente espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, e se houver? Só há duas alternativas, cuja validade cabe discutir:

1ª) acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

2ª) desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador.

Dentre essas alternativas, a (...) optou pela primeira: mantém a proposta, se verificar que, mesmo com a diminuição do lucro, a oferta ainda é exequível. Essa decisão nos parece válida, já que: (grifo)

1º) o proponente continuará sujeito a cumprir a lei e os acordos firmados; sua declaração contida na planilha não tem a faculdade de afastar a incidência dessas obrigações;

2º) os valores globais propostos não poderão ser modificados; a proposta obriga o proponente, a quem cabe assumir as consequências de seus atos; e

3º) o procedimento previsto não fere a isonomia entre os licitantes (...)” (todos os grifos nossos)

Assim, resta claro que a análise da exequibilidade da proposta, tomando-se como um dos elementos as planilhas de preços, deve ser feita de forma global, considerando, além dos custos obrigatórios, o contexto operacional, econômico e financeiro em que a empresa está inserida, como sua capacidade operacional de execução contratual, a margem de lucro apresentada, análise de contratos firmados com outros órgãos da Administração Pública, análise de penalidades porventura aplicadas em outras contratações, dentre outros aspectos.

Partindo desses pressupostos até então descritos, assim também dispõem os arts. 13 e 29- A, §3º, inciso IV, todos da IN nº 02/2008 da SLTI/MP:

“(…) Art. 13. A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos e Convenções Coletivas que não tratem de matéria trabalhista, tais como as que estabeleçam valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

(…)

Art. 29-A A análise da exequibilidade de preços nos serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra do prestador deverá ser realizada com o auxílio da planilha de custos e formação de preços, a ser preenchida pelo licitante

em relação à sua proposta final de preço. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009)

§ 3º É vedado ao órgão ou entidade contratante fazer ingerências na formação de preços privados, por meio da proibição de inserção de custos ou exigência de custos mínimos que não estejam diretamente relacionados à exequibilidade dos serviços e materiais ou decorram de encargos legais.  
(...)

Por fim, com base na IN 07/2018, A Contratada deverá arcar com o ônus decorrente de eventual equívoco no dimensionamento dos quantitativos de sua proposta, inclusive quanto aos custos variáveis decorrentes de fatores futuros e incertos, tais como os valores providos com o quantitativo de vale transporte, devendo complementá-los, caso o previsto inicialmente em sua proposta não seja satisfatório para o atendimento do objeto da licitação, exceto quando ocorrer algum dos eventos arrolados nos incisos do §1º do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Como se vê, Sr. Pregoeiro, a recorrente não poderia ter sido inabilitada antes de ter esgotado todas possibilidades de ajustes da proposta e/ou justificativas que amparassem a manutenção da sua planilha no certame.

Além disso, não poderia, se quer, ter habilitado o Instituto Brasileiro de Políticas Públicas visto que o mesmo induziu o douto pregoeiro ao erro, quando da inserção de proposta com erros insanáveis de tributação e por se tratar de instituto sem fins lucrativos, ferindo a legislação vigente que trata do tema, conforme amplamente demonstrado.

Sem muitas delongas, Sra. Pregoeira, não entendemos como o Instituto Brasileiro de Políticas Públicas – IBRAPP teve sua habilitação e proposta aceita, uma vez que está visivelmente cheia de erros insanáveis.

Assim sendo, após a correta aplicação dos tributos previstos na legislação para as empresas legalmente constituídas para os fins aqui licitados, observa-se que o valor final da proposta apresentada pela recorrida será superior ao valor final do seu lance, indo em desacordo com as previsões legais, as quais impedem que sejam aceitas propostas, cujo valor final seja superior ao último lance ofertado.

A Administração não pode descumprir as normas e condições estabelecidas no edital do certame, conforme estabelece o artigo 41 da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

O edital é a lei interna da licitação e vincula inteiramente a Administração e os proponentes, não podendo haver posteriormente nova interpretação em prejuízo ao já estabelecido no instrumento convocatório.

Desta forma, não há outra decisão a ser proferida, se não a desclassificação/Inabilitação da Recorrida, pela impossibilidade de participação na licitação em comento.

E mais, conforme acima exaustivamente demonstrado, a Recorrida, além de afrontar ao princípio da isonomia e aos arts. 150 e 173 da Constituição Federal privilegiando-a em detrimento das demais concorrentes ao permitir que explore atividade de cunho puramente econômico, privilegiando-se de Instituto sem fins lucrativos e não é o caso, conforme demonstrado, pode colocar a Administração em risco em possível atuação pelo não cumprimento das obrigações fiscais e trabalhistas, e aos gestores por afronta ao caput do art. 10 e incisos VII e X da Lei de Improbidade Administrativa.

No estrito cumprimento da legislação relacionada a matéria, cabe ao pregoeiro, em julgamento objetivo, a desclassificação da proposta e inabilitação do Instituto Brasileiro de Políticas Públicas, tendo em vista a demonstração de afronta ao Edital e a legislação correlata.

Imperioso ressaltar que todos os julgados da administração pública estão embasados nos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

“Art. 3º 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.”

Ressalte-se que tal disposição é corroborada pelo disposto no Decreto nº 5.450/05:

“Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.”

## CONCLUSÃO E PEDIDOS

FACE AO EXPOSTO, requer a V. Sa. que receba o presente recurso, emprestando IMEDIATO efeito suspensivo, para que, no mérito, seja provido para reformar a decisão que Inabilitou a DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI, aqui denominada Recorrente, fazendo voltar a fase do certame e oportunizando-a a apresentação das justificativas cabíveis e/ou ajustes das planilhas no que couber, bem como INABILITAR o INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS

PUBLICAS uma vez que este não poderia participar do certame na qualidade de entidade sem fins lucrativos que não o é. Por fim, caso mantida a decisão, pugna pela remessa à autoridade administrativa hierarquicamente superior à V. Sa. para julgamento do mesmo em grau de recurso, habilitando a recorrente e inabilitando a recorrida, com posterior prosseguimento da licitação.

N. Termos

Pede e Espera Deferimento.

Brasília, 10 de setembro de 2020.

DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI

Luiz Carlos da Silva Batista

Representante Legal

**Fechar**