



SENADO FEDERAL
Advocacia

PARECER Nº 507/2023-ADVOSF
Processo nº 00200.005566/2023-76

Minuta de edital de licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica. Tipo menor preço por grupo e por item. Prestação de serviços contínuos nas áreas de televisão, rádio, agência de notícias e relações públicas inerentes à Secretaria de Comunicação Social e a outros órgãos do Senado Federal. Retorno dos autos. Consulta formulada pela COPEL acerca da inserção de dispositivo na minuta de edital restringindo a participação de entidades sem fins lucrativos no certame.

I – RELATÓRIO

Retornam os autos após a análise empreendida por este órgão jurídico-consultivo, resultante no Parecer nº 369/2023-ADVOSF (NUP 00100.111773/2023-97), acerca da regularidade de futuro certame para **contratação da prestação de serviços contínuos nas áreas de televisão, rádio, agência de notícias e relações públicas inerentes à Secretaria de Comunicação Social e a outros órgãos do Senado Federal.**

No retrocitado opinativo foram apresentadas recomendações para saneamento do feito e também para o aprimoramento do texto da minuta acostada sob o NUP 00100.106329/2023-50.

Entre as sugestões ao texto da minuta, opinou-se pela inserção do seguinte dispositivo:

2.2.2. Considerando o dever de a Administração buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado, favorecendo os princípios da proteção à livre concorrência e da economicidade na gestão dos recursos públicos, não poderão participar deste certame as entidades sem fins lucrativos que gozam da não incidência de tributos na prestação dos serviços a serem contratados.





SENADO FEDERAL

Advocacia

Complementada a instrução e promovidos os ajustes na minuta de edital, o Exmo. Sr. Primeiro-Secretário autorizou¹ a realização do pretendido certame e, em seguida, o feito foi direcionado à COPEL para as providências pertinentes.

De sua parte, a COPEL (NUP 00100.132363/2023-80) informa que o dispositivo do Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário, onde se recomendou ao Senado que obstasse a *participação de instituições sem fins lucrativos no edital do certame, em afronta ao princípio da isonomia*, tivera seus efeitos suspensos por força de decisão exarada pelo Ministro Augusto Nardes ao conhecer do “Pedido de Reexame” interposto pela *Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação*.

Em seu expediente, a COPEL indaga desta Advocacia:

1. Tendo em vista a suspensão da alínea “c.1”, é legalmente viável a manutenção do item 2.2.2 nos editais para contratação de mão de obra com dedicação exclusiva?
2. Caso seja viável, qual fundamento deverá ser usado para tal vedação?

O NUP 00100.132064/2023-45 (Via 001) é o expediente encaminhado pelo TCU dando conhecimento do teor do Despacho exarado pelo Ministro Augusto Nardes, no âmbito do Processo TC-009.692/2022-3.

II – ANÁLISE

O *Pregão Eletrônico nº 11/2022*, alvo de representação no TCU (Processo nº 009.692/2022-3), resultou na formalização do Contrato nº 67/2022 com a *Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação – FUNDAC*, o qual tem objeto similar ao certame ora em curso.

Ao julgar Representação formulada em face do resultado do *Pregão Eletrônico nº 11/2022*, a Corte de Contas proferiu o *Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário*, com destaque às seguintes deliberações:

(...)

b) deixar de expedir determinação ao Senado Federal, [...], tendo em vista que a unidade jurisdicionada anulou o Contrato 67/2022, resultante do Pregão Eletrônico 11/2022;

¹ NUP 00100.128208/2023-69.





SENADO FEDERAL

Advocacia

c) dar **ciência ao Senado Federal**, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, sobre a seguinte **impropriedade identificada no Pregão Eletrônico 11/2022**, para que **sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes**:

c.1) **ausência de vedação à participação de instituições sem fins lucrativos no edital do certame, em afronta ao princípio da isonomia** (art. 3º da Lei 8.666/1993), uma vez que os benefícios fiscais e previdenciários a que fazem jus reduzem seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas legal e regularmente tributadas;

[grifo nosso]

No Parecer nº 369/2023-ADVOSF, ao nos debruçarmos sobre a questão da participação de entidades sem fins lucrativos no pretendido certame, de sorte a evitar os mesmos entraves ocorridos no Pregão Eletrônico nº 11/2022, reputamos indispensável a observância do disposto no art. 47, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual, nas licitações de serviços, a Administração tem o *dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado*.

Afirmou-se naquela oportunidade que a participação de licitantes que gozam de imunidades ou isenções tributárias certamente mitiga o caráter competitivo do certame, pois as empresas em geral precisam formular suas propostas com os custos decorrentes da incidência de tributos.

A recomendação de inserção do retrocitado dispositivo na minuta de edital, obstando a participação de entidades sem fins lucrativos que gozam da não incidência de tributos na prestação dos serviços a serem contratados, levou em consideração não só a determinação exarada pelo TCU, no Acórdão nº 1.186/2023-Plenário, mas principalmente o teor do art. 47, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 e os princípios reitores das licitações públicas.

Assim, ainda que os efeitos da determinação exarada pelo TCU tenham sido suspensos em razão da interposição naquela Corte de pedido de reexame, a Administração, **por força do princípio da legalidade**, tem o dever de promover medidas que ampliem a competitividade e evitem a concentração de mercado, e deve fazê-lo até como forma de **prevenir contestações nas vias administrativas e judiciais**, como ocorrido no Pregão Eletrônico nº 11/2022, ou mesmo



**SENADO FEDERAL**

Advocacia

para afastar a responsabilização dos gestores – inteligência do art. 169 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 169. As **contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo**, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às **seguintes linhas de defesa**:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - **segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade**;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, **optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas**.

§ 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

§ 3º Os **integrantes das linhas de defesa** a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo **observarão o seguinte**:

I - **quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência**, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles



**SENADO FEDERAL**

Advocacia

preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

[grifou-se]

Sobressai cristalina, portanto, a compreensão que os demais licitantes, por não ostentarem a natureza jurídica de entidades sem fins lucrativos, tal como a FUNDAC, participam do certame em clara desvantagem na formulação de suas propostas, já que não gozam de imunidades tributárias ou mesmo, em sua maioria, de regimes tributários favorecidos, a exemplo de isenções fiscais. Os custos advindos da carga tributária a que estão submetidas as sociedades empresariais em geral são elevados, ainda que submetidas a regimes fiscais específicos, e oneram o preço dos serviços que prestam tanto à Administração Pública como à iniciativa privada.

O favorecimento da competitividade e da livre concorrência nas licitações públicas se dá, entre outras medidas, com a isonomia de tratamento entre os licitantes, veja-se o seguinte preceito de envergadura constitucional:

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 e, também, ao seguinte:**

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.





SENADO FEDERAL

Advocacia

Inúmeros princípios reitores das licitações públicas, revelados na Lei nº 14.133/2021, reforçam a importância de se prestigiar a paridade de armas entre os concorrentes que participam dos certames:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da **eficiência**, do interesse público, da proibidade administrativa, da **igualdade**, do planejamento, da transparência, da **eficácia**, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da **segurança jurídica**, da razoabilidade, da **competitividade**, da proporcionalidade, da celeridade, da **economicidade** e do **desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

.....

Art. 9º É **vedado ao agente público** designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar**, nos atos que praticar, **situações que:**

a) **comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório**, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

(...)

Art. 11. O **processo licitatório** tem por **objetivos:**

I - **assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - **assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;**

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;





SENADO FEDERAL

Advocacia

IV - **incentivar** a inovação e o **desenvolvimento nacional sustentável**.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

[grifou-se]

O dever de observância ao “**Princípio da Isonomia**” nas licitações públicas impõe à Administração a adoção de medidas e critérios que possibilitem a todos os particulares, interessados em contratar com o Poder Público, chances equivalentes de ofertarem seus produtos e serviços.²

Quanto mais licitantes se apresentam na mesma situação jurídico-tributária, menor é a possibilidade de se revelarem desigualdades entre os concorrentes na formulação de suas propostas por conta de regimes fiscais diferenciados ou favorecidos. A distinção de preços entre as propostas, portanto, deve recair sobre os mecanismos de mercado que os particulares adotam para redução de seus custos, com o melhor aproveitamento de recursos e materiais, ou mesmo em face de eventuais políticas públicas de fomento à atividade, possibilitando possam ofertar produtos e serviços por valores inferiores aos praticados pelos concorrentes.

Caso a Administração Pública admitisse no certame a **participação de licitantes sem fins lucrativos que gozam de imunidades ou isenções tributárias**, estar-se-ia estabelecendo indiretamente e indevidamente a preferência de a contratação recair sempre em determinado grupo de interessados, já que essas entidades podem formular suas propostas sem os custos decorrentes da incidência de tributos, enquanto as empresas que se dedicam ao exercício da atividade econômica precisam projetar no preço final ofertado ao Poder Público para a produção de bens ou serviços a “expressiva” carga tributária a que estão submetidas.

² ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Mercado e defesa nacional: o papel das licitações públicas. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, n. 103 jan./mar. 2005.





SENADO FEDERAL

Advocacia

Obviamente se busca a melhor proposta, mas a melhor proposta não só é aquela que apresenta o menor preço como também a que concilia os princípios e normas constitucionais e legais que orientam a atuação da Administração e a realização de licitações públicas.

Não por outra razão, a instrução Normativa SEGES/MP nº 5/2017, ao tratar dos serviços prestados por instituições sem fins lucrativos, revela dispositivo restritivo da participação dessas entidades nas licitações conduzidas pelo Poder Executivo:

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. 13. **Não será admitida a contratação de cooperativa ou de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.**

Visitando alguns julgados do TCU sobre o tema, constata-se que a Corte de Contas, por ocasião do julgamento do Processo 019.507/2020-8, da Relatoria do Min. Vital do Rêgo, proferiu o Acórdão nº 2.426/2020-Plenário determinando ao Poder Executivo a adoção de providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN nº 5/2017:

9.3.1. restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Oscip, participantes sob esta condição;

9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas; e

9.3.3. ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto





SENADO FEDERAL

Advocacia

também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;" (Grifamos.)

Nos Acórdãos 2.847/2019, 1.406/2017 e 746/2014, citados na decisão acima colacionada, percebe-se a orientação do TCU de admitir a participação em licitações das entidades sem fins lucrativos, não qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, desde que se comprovasse correlação entre os objetivos estatutários da entidade e o objeto do contrato administrativo.

A restrição à contratação de uma OSCIP por meio de licitação pública decorre da incompatibilidade da relação contratual dali originada com o regime jurídico a que estão submetidas essas entidades privadas.

A compatibilização entre os fins sociais das entidades sem fins lucrativos com o objeto do certame pode ser ilustrada com a decisão proferida no Acórdão nº 7.459/2010-TCU-Segunda Câmara:

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

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 n.º 5.555/2009-2.ª 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; e

9.1.2. dar ciência deste Acórdão ao recorrente, à Fiocruz, à Milênio Assessoria Empresarial Ltda., à Controladoria-Geral da União e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Como visto, o TCU não admite a restrição geral e indistinta de participação de entidades sem fins lucrativos nas licitações públicas. O exame dos julgados denota a importância do exame percuciente dos





SENADO FEDERAL

Advocacia

atos constitutivos da instituição privada participante do certame para confirmar se o objeto da licitação é plenamente compatível com as ações e as atividades previstas em seu Estatuto Social para atingimento dos fins a que se destina. Não o sendo, caso se admitisse a habilitação dessas entidades para concorrerem à prestação dos serviços, estar-se-ia favorecendo o desvio de finalidade para o qual foi criada a instituição.

No nosso sentir, o objeto que ora o Senado pretende licitar configura atividade tipicamente empresarial de prestação de serviços "terceirizados", pois se busca a contratação de serviços de apoio técnico e operacional, de natureza continuada, com disponibilização de mão de obra residente, para realização de atividades de meio na área de atuação da Secretaria de Comunicação Social (SECOM) e de outros órgãos do Senado Federal que também demandam atividades específicas de comunicação social. Esses serviços não se mostram, *a priori*, compatíveis com a finalidade social para a qual são vocacionadas as entidades sem fins lucrativos – elas não podem atuar como simples fornecedoras de mão de obra (intermediação), afastando-se de seus objetivos sociais. E é justamente essa finalidade social que lhes possibilitam gozar de imunidade tributária e de outros benefícios fiscais, inteligência do art. 150, VI, "c" e § 4º da Constituição, bem como do art. 9, IV, alínea "c", c/c art. 14, § 2º, ambos do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001):

CRFB/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, **renda ou serviços** dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos**, atendidos os requisitos da lei;

(...)

§ 4º - As **vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades** nelas mencionadas.





SENADO FEDERAL

Advocacia

(...)

CTN:

Art. 9º É **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - **cobrar imposto sobre:**

(...)

c) o patrimônio, **a renda ou serviços** dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das **instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos**, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;

(...)

SEÇÃO II

Disposições Especiais

(...)

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.





SENADO FEDERAL

Advocacia

Caso se tratasse da contratação de entidade sem fins econômicos para o desenvolvimento de ações na área fim da SECOM, cogitar-se-ia de correlação entre eventuais fins de natureza cultural, educacional ou de assistência social contemplados em seu estatuto social com a missão institucional desenvolvida por aquela Secretaria, mas o que se busca de fato contratar são atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares à linha de ação da SECOM, ou seja, mão de obra técnica e operacional para os veículos de comunicação do Senado Federal, vide excerto do Termo de Referência (NUP 00100.115088/2023-30):

1.2.1.1. (...) A estrutura da Secom conta com profissionais das diversas áreas de atuação. De um lado, o conjunto de analistas e técnicos concursados (jornalistas, relações públicas, publicitários etc.) que coordenam e lideram os processos; de outro, um universo de profissionais terceirizados que dão suporte a todo o trabalho desenvolvido. Os profissionais terceirizados, especialistas nas diversas áreas comuns à comunicação, respondem pelo apoio a um fluxo de atividade que garante a chegada do conteúdo ao cidadão. (...)

1.2.1.2. A Secretaria-Geral da Mesa (SGM) precisa de mão de obra especializada para garantir a operação e a manutenção dos sistemas de áudio dos Plenários. (...)

1.2.1.3. O Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) precisa de suporte técnico nas demandas que objetivam propiciar os instrumentos operacionais para a continuidade de sua tarefa institucional (...)

1.2.1.4. O Núcleo de Gestão dos Contratos de Infraestrutura e Comunicação (NGCIC), órgão subordinado à Diretoria-Executiva de Contratações (DIRECON), tem como atribuição a gestão de contratos inerentes às atividades da Secom e da Sinfra. (...) atividade de gestão de contratos desempenhada pelo Núcleo precisa do suporte operacional para organização da documentação pertinente.

1.2.1.5. Para que a Secretaria de Transparência (STRANS) possa executar pesquisas de opinião com qualidade e realizar a entrega em tempo hábil aos Senadores e Comissões demandantes, é necessário o apoio de um profissional devidamente qualificado para auxiliar no acompanhamento de coleta e auditoria, tabulação, tratamento e interpretação dos dados das pesquisas realizadas.





SENADO FEDERAL

Advocacia

1.2.1.6. A Secretaria de Tecnologia da Informação (Prodasen), por meio do Serviço de Soluções para Portais e do Serviço de Arquitetura da Informação e Design, é responsável pelo desenvolvimento e manutenção dos portais do Senado Federal e do Congresso Nacional. Tais atribuições requerem a contratação de profissionais qualificados para execução de atividades relacionadas à criação de design gráfico, protótipos e diagramações para os portais, atribuições típicas do profissional de web designer, cargo que não existe nos quadros do Senado Federal.

Não nos parece que os pretendidos serviços a serem contratados pelo Senado se insiram naquelas atividades que o Estado reconhecidamente as tem como propulsoras de políticas sociais de inserção de determinados grupos de pessoas no mercado de trabalho por meio do estímulo à atuação de entidades filantrópicas ou sem fins econômicos no desempenho de atividades tidas por tipicamente empresariais:

Lei 14.133/2021:

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

IV - para contratação que tenha por objeto:

j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por **associações ou cooperativas formadas exclusivamente de 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;

(...)

XIV - para contratação de **associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos** e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;





SENADO FEDERAL

Advocacia

XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de **instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa**, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

(...)

O argumento acima exposto seria suficiente, por si só, para obstar a participação no pretendido certame das entidades sem fins lucrativos, já que são vocacionadas para fins sociais e não para a prestação de serviços com fornecimento de mão de obra residente – os quais são nitidamente ofertados por aqueles que atuam no exercício de atividades econômicas.

Como dito alhures, o exame do **Estatuto e os fins sociais da instituição privada podem revelar perfeita compatibilidade com o objeto da licitação, ainda que caracterizado como típica “atividade econômica”** – não basta a previsão estatutária genérica da execução de atividades similares ao serviço que se pretende contratar, vai além disso, referidas atividades devem guardar estreita relação com a finalidade social para a qual foi direcionada a entidade sem fins lucrativos – o voto condutor do Acórdão nº 2.847/2019-Plenário ressalta com muita propriedade:

(...)

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 confirmam uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição sine qua non para que se estabeleça, com razoável precisão, o nexó que se exige entre objetivos institucionais e objeto contratual. [grifou-se]

12. Pois bem, no caso vertente, conforme demonstrado, as **disposições estatutárias da**





SENADO FEDERAL

Advocacia

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 nexos específicos entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo. [grifo no original]

13. Convém recordar que esse requisito - de nexos específicos 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.** [grifou-se]

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.

(...)

Pois bem. Admitindo-se que o Estatuto e os objetivos sociais da entidade sem fins lucrativos apresentassem nexos com a prestação de serviços tipicamente empresariais, como forma de mitigar o prejuízo aos princípios da isonomia e da competitividade em situações como a retratada nos autos, a Corte de Contas até orientava a equalização das





SENADO FEDERAL

Advocacia

propostas dessas indigitadas entidades com os demais licitantes submetidos à tributação de suas atividades econômicas, mas essa equiparação de propostas, no tocante aos acréscimos dos tributos incidentes, não se mostrou cabível após consulta à Receita Federal do Brasil, como se relatará mais à frente.

Na licitação que o TSE realizou para contratar a prestação de serviços na área de rádio e TV, *vide* Edital do Pregão Eletrônico nº 00083/2021-000³, a participação da FUNDAC, que se sagrou vencedora, foi contestada no TCU (Processo 003.613/2022-4). A Representação resultou no Acórdão nº 2.969/2022-TCU-1ª Câmara, destacando-se a orientação abaixo:

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.6.1. com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, dar ciência ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de que **a participação de entidades sem fins lucrativos em licitações é condicionada à comprovação de que os recursos provenientes das atividades tipicamente empresariais por elas desenvolvidas se destinam a suportar majoritariamente os custos com suas atividades sociais ou de ser cabível regra de equalização de propostas, com retenção dos tributos quando do pagamento à contratada, seja ela entidade sem fins lucrativos ou não, sob pena de desvirtuamento do instituto da imunidade tributária previsto no art. 150, inciso VI, “c” da Constituição, e afronta aos princípios da isonomia e da economicidade.**

[grifou-se]

Também foi objeto de representação no TCU a participação da FUNDAC no Pregão Eletrônico nº 00018/2022, realizado pela Câmara dos Deputados (CD), cujo objeto é a *prestação de serviços continuados de operação de equipamentos de áudio, vídeo e geração de imagens*. A indigitada fundação foi declarada vencedora do certame, resultando na formalização do Contrato nº 2022/119.0. O Ministro-Relator, em sede de despacho cautelar no Processo nº 011.483/2022-9, entre outras medidas, indagou da CD *se está promovendo retenções tributárias nos pagamentos destinados à Fundac*; também pediu esclarecimentos à

³ Prestação de serviço na área de produção, gravação, edição e distribuição de produtos de rádio e televisão de cunho jornalístico, informativo, educativo e institucional, de orientação social a serem realizados de forma contínua e permanente – Núcleo Permanente, temporária durante o período eleitoral – Núcleo de Apoio às Eleições e por demanda – Postos sob Demanda. No curso da instrução do processo perante a Corte de Contas, foi firmado o Contrato nº 31/2022 entre o TSE e a FUNDAC (peça 44).





SENADO FEDERAL

Advocacia

Receita Federal do Brasil (RFB) acerca da *possibilidade de fundação privada, sem fins lucrativos, valer-se das imunidades tributárias [...] em licitações públicas destinadas à contratação de objeto cuja execução esteja relacionada a atividades tipicamente empresariais*, bem como se tais entidades devem *apresentar Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social para fins de afastar a retenção de tributos em pagamentos realizados em contratos firmados com órgãos e entidades da administração pública federal.*

A CD informou ao TCU (peça 60):

(...) que tem procedido às retenções de INSS e ISS, às alíquotas de onze e cinco por cento, respectivamente, quando dos pagamentos efetuados no âmbito da execução dos contratos de prestação de serviços celebrados com a FUNDAC. No que tange aos tributos federais abrangidos pela IN RFB nº1.234/2012, cumpre informar que não efetuamos retenções, dada a natureza de fundação de direito privado da contratada, tendo em vista o disposto no inciso VIII do Art. 4º dessa Instrução Normativa, *in verbis*:

Art. 4º Não serão retidos os valores correspondentes ao IR e às contribuições de que trata esta Instrução Normativa, nos pagamentos efetuados a:

[...]

III - instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;

IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e às associações civis, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;

[...]

VIII - **fundações de direito privado** e a fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público; (Grifamos)

[...]

Quanto ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas), este NUCAN exige sua apresentação pelos fornecedores elencados nos incisos III e IV do Art. 4º, dispensando sua apresentação pela FUNDAC em razão do enquadramento no inciso VIII (fundações de direito privado), nos termos do §6º do Art. 6º da IN-RFB nº 1.234/2012: “*Sem prejuízo do disposto no*





SENADO FEDERAL

Advocacia

*parágrafo único do art. 4º, as entidades beneficentes de assistência social previstas nos **incisos III e IV** do caput do art. 4º que atuam nas áreas da saúde, da educação e da assistência social deverão apresentar, juntamente com a declaração de que trata o caput, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas), expedido pelos Ministérios das respectivas áreas de atuação da entidade, na forma estabelecida pelo Decreto nº 8.242, de 23 de maio de 2014.” (Grifamos)*

A instrução da unidade técnica do TCU no processo 011.483/2022-9 (peça 67) apontou a inaplicabilidade da equalização de propostas que se reputava viável para o fim de mitigar violação aos princípios da isonomia e da competitividade em situações como a ora enfrentada:

33. Observa-se, portanto, que a proposta da Fundac não foi a mais vantajosa para a Administração, visto que o suposto menor preço por ela ofertado na verdade se baseia em uma renúncia de receita da própria Administração Pública. Assim, não foi, de fato, obtida a proposta mais vantajosa, em clara afronta ao princípio da economicidade.

34. Assim, a proposta alternativa constante do Acórdão 2.969/2022-TCU-1ª Câmara, no sentido de ser cabível, quando da participação de entidades sem fins lucrativos nos certames, regra de equalização de propostas, com retenção dos tributos quando do pagamento à contratada, no caso das fundações enquadradas no inciso VIII do art. 4º da IN RFB 1.234/2012, não se coaduna com os entendimentos da Receita Federal. A IN RFB 1234, como visto, estabelece que não serão retidos os tributos nos pagamentos efetuados a fundações de direito privado, não havendo previsão, portanto, para que os órgãos contratantes façam essa retenção. O §1º do art. 4º da IN dispõe que a imunidade será "restrita aos serviços para os quais tenham sido instituídas" apenas para o caso das entidades previstas nos incisos III e IV, o que, como vimos, não é o caso da Fundac, já que ela se enquadra no inciso VIII. Ou seja, no caso da Fundac, a imunidade prevalece para qualquer tipo de serviço prestado. Portanto, não é cabível a proposta de equalização tributária para essas entidades, tampouco de retenção de tributos para esse tipo de fundação.

35. Ademais, as soluções de consulta da Receita Federal, conforme exposto, são claras no sentido de não caber o





SENADO FEDERAL

Advocacia

exercício de atividade econômica por essas entidades quando há deslealdade na concorrência, inviabilizando sua participação em licitações, conforme, inclusive, determina a IN 5/2017. (...)

Pela relevância dos argumentos expendidos, cabe reproduzir o que consta da Solução de Consulta Cosit nº 148, de 2021 (referida na Nota Cosit/Sutri/RFB nº 347, de 26 de setembro de 2022 – peça 58 do processo 011.483/2022-9):

(...)

24. Por meio do Parecer PGFN/CAT nº 768, de 22 de abril de 2010, reproduzido em parte a seguir, a Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao examinar o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CF 1988, manifestou o entendimento de que a exploração de atividade econômica não pode afetar a livre concorrência nem desvirtuar os objetivos sociais da entidade:

(...)

47. Diante de todo o exposto é de se concluir:

(...)

b) assim, se os valores são destinados às finalidades essenciais das referidas entidades, a imunidade permanece incólume. Dessa forma, é razoável o entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil segundo o qual a imunidade de impostos das instituições de educação sem fins lucrativos pode abranger inclusive as rendas, o patrimônio e os serviços que decorram da exploração de atividades econômicas que não estejam relacionadas com os seus objetivos institucionais, desde que os resultados desta exploração sejam aplicados integralmente nos citados objetivos;

c) a mencionada exploração não é ilimitada, ela cede diante do princípio da livre concorrência. Ademais, não se pode permitir que a exploração de atividades econômicas seja o suporte maior da entidade de forma a desvirtuar seus objetivos sociais; (destacou-se)

(...)

25. No presente caso, vê-se claramente que a prestação de serviços de construção e reparação naval a terceiros,





SENADO FEDERAL

Advocacia

por filial de entidade imune enquadrada nas alíneas “b” ou “c” do art. 150, inciso VI, da CF 1988, além de desvirtuar completamente dos objetivos sociais, contraria o princípio da livre concorrência, à medida em que a entidade concorreria de forma desigual e privilegiada com organizações que não gozam do benefício fiscal.

(...)

Quando do julgamento da representação acima referida, que resultou no Acórdão nº 6.671/2023-TCU-1º Câmara, o órgão julgador decidiu pelo arquivamento do feito ao considerar, entre outros fatos:

(...) a unidade jurisdicionada informou que manterá o Contrato 119/2022 vigente somente até a conclusão de novo certame com o mesmo objeto, e que vedará, no edital da nova licitação, a participação de instituições sem fins lucrativos, em observância ao princípio da isonomia, sem prejuízo de que o TCU verifique a efetiva implementação e os impactos dela resultantes;

(...) o TCU entende que não deve haver vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, sendo possível a participação quando houver nexos entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços.

Especificamente em relação ao processo instaurado perante o TCU, no qual se discute o resultado do *Pregão Eletrônico nº 11/2022*, realizado por esta Casa, apesar da suspensão dos efeitos do dispositivo do Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário, onde se recomendou obstar a *participação de instituições sem fins lucrativos no edital do certame, em afronta ao princípio da isonomia*, reveste-se de relevante juridicidade os argumentos que conduziram o Tribunal a exarar tal recomendação. A instrução inicial da unidade técnica (peça 14), já alertara:

(...)

16.5. Os argumentos apresentados pelo representante se mostram procedentes e exigem a atuação deste Tribunal. De fato, o objeto da contratação é notadamente empresarial, o que impede que a fundação se beneficie da isenção fiscal, uma vez que a atividade a ser desenvolvida não está inserida no rol do art. 62 do Código Civil. Na prática, aceitar que a Fundac deixe de inserir os valores relativos a encargos sociais em sua planilha estimativa de custos fará com que a União deixe de arrecadar impostos, o que configura não só violação ao





SENADO FEDERAL

Advocacia

princípio da isonomia, na medida em que as demais licitantes tiveram os valores de suas propostas elevados em razão do recolhimento dos tributos, mas prejuízo aos cofres públicos.

(...)

16.13. Cumpre registrar que a Fundac não teria sido a primeira colocada nos grupos 2 e 3 e nos itens 8 a 10 se tivesse inserido, em sua planilha estimativa de custos, os encargos sociais devidos. Teria se sagrado vencedora a empresa Plansul, ora representante e vencedora do Grupo 1.

O parecer da unidade técnica do TCU, que antecedeu a prolação do Acórdão nº 1.186/2023-Plenário, opinou (peça 60): “7. Em razão da similitude das situações, [...] que, nos presentes autos, deveria ser adotada a mesma conclusão exarada no TC 011.483/2022-9 (peça 45)”.

Forte nos argumentos jurídicos retratados, não se recomenda que o Senado admita no certame a participação de entidades sem fins lucrativos visando a prestação de serviços reconhecidamente executados por segmentos econômicos do mercado, sob pena de vulnerar a livre concorrência e a competitividade.

Embora esta Casa de Leis, em regra, não se vincule às disposições regulamentares emanadas do Poder Executivo Federal⁴, a exemplo das instruções expedidas pelo MPOG, que não são de observância obrigatória pelo Senado Federal, prestigiar a adoção de modelos de boas práticas de gestão, fiscalização, acompanhamento e execução de contratos é algo que se impõe a toda a Administração Pública. Além da eficiência administrativa ser absolutamente indispensável à preservação dos escassos recursos públicos, o tratamento uniforme da matéria pela administração dos Três Poderes confere maior segurança jurídica aos administrados. Não por outra razão, as minutas-padrão dos editais licitatórios e contratos firmados por esta Casa de Leis albergam as recomendações do TCU e, naquilo que é aplicável, as diretrizes e procedimentos previstos na IN MPOG nº 05/2017. Inclusive, o § 1º do art. 1º do Ato da Diretoria-Geral nº 14, de 2022, dispõe:

Art. 1º As contratações pertinentes a obras, serviços, aquisições, alienações, concessões e locações no âmbito

⁴ O que ocorre em virtude da independência e autonomia administrativa desta Casa, conforme disposto no inciso XIII do artigo 52 da Constituição Federal.





SENADO FEDERAL

Advocacia

do Senado Federal serão regidas pelas normas e procedimentos instituídos por este Ato, bem como as disposições constitucionais, legais, regulamentares e regimentais vigentes.

§ 1º Os regulamentos emanados do Poder Executivo Federal somente serão aplicados e observados na realização das contratações do Senado Federal quando houver expressa previsão nesse sentido em ato normativo próprio, em decisão de autoridade competente ou em disposição editalícia.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, apresenta-se a seguinte resposta às indagações da COPEL:

- a) **Tendo em vista a suspensão da alínea “c.1”, é legalmente viável a manutenção do item 2.2.2 nos editais para contratação de mão de obra com dedicação exclusiva?**

Resposta: SIM. Ainda que suspensos pela Corte de Contas, em decisão monocrática, os efeitos do item c.1. do dispositivo do Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário, subsistem relevantes fundamentos constitucionais, legais e regulamentares para manutenção do dispositivo nos editais para a contratação de serviços contínuos com disponibilidade de mão de obra residente, quando a natureza do serviço ofertado pelo particular configurar atividade tipicamente empresarial.

O Senado deve observar, no entanto, a evolução do entendimento do TCU acerca da matéria, notadamente no bojo do processo 009.692/2022-3.

- b) **Caso seja viável, qual fundamento deverá ser usado para tal vedação?**

Resposta: A vedação de participação de entidades sem fins lucrativos que gozam da não incidência de tributos na prestação de serviços ordinariamente ofertados por particulares que exercem atividades econômicas tem por fundamento:



**SENADO FEDERAL**

Advocacia

- i.* o art. 47, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, o qual decorre da norma esculpida no art. 37, XXI, da CRFB/88;
- ii.* os inúmeros dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que determinam a observância dos princípios da legalidade, da eficiência, da igualdade, da isonomia, da segurança jurídica, da competitividade, entre outros;
- iii.* o disposto nos arts. 12 e 13 da IN MPOG nº 5/2017, ancorada sua observância no §1º do art. 1º do ADG nº 14/2022;
- iv.* os entendimentos do TCU analisados neste opinativo.

Brasília/DF, 18 de agosto de 2023.

(Assinado digitalmente)

ROBERCI RIBEIRO DE ARAUJO

Advogado do Senado Federal

OAB/DF 21.518





SENADO FEDERAL
Advocacia

Ref. PARECER Nº 507/2023-ADVOSF
Processo nº 00200.005566/2023-76

De acordo. Encaminhe-se ao Advogado-Geral Adjunto para análise e aprovação.

Brasília, 23 de agosto de 2023.

(Assinado digitalmente)

DANIEL VICTOR DE ARAÚJO SIMÕES
Coordenador do Núcleo de Processos de Contratações
Advocacia do Senado Federal

Aprovo. Junte-se ao processo em epígrafe e encaminhe-se à Secretaria de Administração de Contratações – SADCON para conhecimento e providências pertinentes.

Brasília, 23 de agosto de 2023.

(Assinado digitalmente)

ANDRÉ DAMAS DE MATOS
Advogado-Geral Adjunto de Consultivo
Advocacia do Senado Federal

