



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

Às quinze horas do dia vinte e oito do mês de setembro do ano de dois mil e vinte e três, reuniram-se a Pregoeira e a Equipe de Apoio para apreciar recurso da licitante **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICAÇÃO (FUNDAC)** contra decisões da Pregoeira, que a inabilitou e, posteriormente, habilitou e declarou vencedora a empresa **PLANSUL PLANEJAMENTO E CONSULTORIA LTDA no Pregão Eletrônico nº 082/2023**. Em síntese, a Recorrente apresentou suas razões de recurso alegando que: **1) “(...) A RECORRENTE foi inabilitada com base na regra 2.2.2 do edital, por se tratar de instituição sem fins lucrativos e ter se valido de imunidade/isenção fiscal inerente a entidades de tal natureza, uma vez que as rubricas de encargos previdenciários e de sistema S encontram-se com percentuais iguais a 0 (zero). (...) observa-se que a manutenção da regra 2.2.2 do edital contraria recente decisão proferida nos autos do Processo TC-009.692/2022-3 pelo Exmo. Ministro Relator, Dr. JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES, que conheceu de Pedido de Reexame apresentado pela IMPUGNANTE e SUSPENDEU os efeitos da alínea ‘c.1’ do Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário, conforme exame de admissibilidade realizado pela unidade técnica. (...) Diante desta decisão, a Administração deveria ter suspenso a licitação ou com ela prosseguido sem a regra 2.2.2, aguardando o pronunciamento do TCU nos autos TC-009.692/2022-3. (...) A proibição de participação de instituições sem fins lucrativos no PE 82/2023 não se configura exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, vale dizer, não é um meio para e não tem por objetivo assegurar que a futura contratada cumpra escorreitamente suas obrigações contratuais. (...) não há dúvidas de que a regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023 está em total desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que permite a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações. Portanto, a desclassificação da RECORRENTE é inconstitucional e ilegal, porque se baseia em regra editalícia inconstitucional e ilegal [grifou-se]; 2) “(...) ILEGALMENTE, a PLANSUL se valeu de desoneração tributária em sua folha de pagamento como mecanismo econômico para se sagrar vencedora no certame, o que não poderia ter sido admitido pela Administração. (...) em sua proposta a PLANSUL aplicou 1,5% a título de contribuição previdenciária sobre a receita bruta, utilizando-se do CNAE 6021-7/00 – ‘Atividades de televisão aberta’. (...) a atividade econômica principal da PLANSUL está enquadrada no CNAE 78.30-2-00 – ‘Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros’, que não justifica a desoneração. (...) ressalta-se que a PLANSUL somente poderia utilizar o benefício tributário da desoneração se sua atividade principal fosse enquadrada no CNAE 6021- 7/00 – ‘Atividades de televisão aberta’, o que não se verifica em seu CNPJ. APENAS E TÃO SOMENTE A ATIVIDADE PRINCIPAL DÁ**



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

ENSEJO À DESONERAÇÃO, conforme SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF04 Nº 4022, DE 18 DE AGOSTO DE 2017. (...)” **[grifou-se]**; “(...) outra manobra ilegal da PLANSUL para vencer a licitação foi utilizar o CNAE 63.11-9-00 – ‘Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet’ para calcular um FAP menor do que deveria ser calculado com base no CNAE 78.30-2-00 – ‘Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros’, que corresponde à sua atividade principal. Ora, **a PLANSUL deveria calcular o FAP relativo à sua atividade principal e não à sua atividade secundária**, havendo aqui o mesmo vício que torna ilegal o uso da desoneração tributária. (...) estando a proposta da PLANSUL contaminada pelo USO ILEGAL DE BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO, não deveria ter sido aceita, pois a ilegalidade que a macula constitui vício insanável, nos termos do art. 59, inc. I, da Lei nº 14.133/2021, e da regra 11.2.4, “a”, do edital do PE 82/2023. (...) É visível que as regras editalícias praticadas pela Casa têm favorecido à PLANSUL, por negligenciarem a prevenção ao uso indevido de desoneração tributária que a leva a vencer talvez a maior parte das licitações no Senado” **[grifou-se]**. A empresa **PLANSUL PLANEJAMENTO E CONSULTORIA LTDA** apresentou suas contrarrazões, por meio das quais se manifestou, em síntese, nos seguintes termos: **3)** “(...) inconformada com sua inabilitação, a recorrente traz à baila discussão já superada por decisão proferida pelo TCU durante o julgamento do Processo TC 009.692/2022-3, que em seu acórdão 1.186/2023, especificamente em sua alínea “c.1” assim decidiu (...). O fato da recorrente ter recorrido da decisão, ao contrário do que menciona o mesmo, não obriga o Senado Federal a descumprir a decisão ou quebrar o princípio da isonomia, fazendo com que um dos participantes tenha benefícios fiscais e previdenciários que, de forma falaciosa, reduziriam seus preços” (sic). “(...) toda a base da licitação pública foi construída sob os alicerces dos princípios da isonomia e da igualdade. Para que esses princípios basilares sejam respeitados é necessário que todos os participantes estejam em igualdade de condições. E, em assim sendo, pessoas jurídicas que não tem finalidade lucrativa e, por sua vez, possuem isenções fiscais, não entram no processo licitatório com as mesmas condições das entidades empresariais! É total afronta aos princípios da igualdade e da isonomia. Como dito anteriormente, já há expressa disposição acerca do assunto. De acordo com o disposto no art. 12, parágrafo único, da Instrução Normativa 05/2017, é expressamente vedada a participação de instituição sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresas”. (sic). “(...) a FUNDAC, diferente das demais licitantes, tem isenção tributária e fiscal, pagando apenas 1% de Tributos Federais (PIS) (apesar de colocar inexplicavelmente na proposta 9,25% de tributos), e sequer recolhe INSS, ao passo que as demais empresas que participaram do certame são



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

*obrigadas a recolher INSS e Tributos. Admitir que esta condição seja analisada sem qualquer equalização, acaba igualando desiguais e conferindo uma decisão desapartada do ordenamento jurídico que norteia as licitações públicas. Cumpre ainda registrar que, a vista da vantagem obtida em razão da natureza jurídica da FUNDAC, ao invés de transformar isso em vantagem econômica para o tomador que é a União, promovendo indiretamente o bem público que, deveria ser seu objetivo, transforma essa vantagem, de isenção de tributos em LUCRO. (...) assim, quando as Fundações exercem atividade econômica, participando de licitações juntamente com as sociedades empresariais fere-se, além da isonomia e igualdade, também o princípio da livre concorrência, esculpido no art. 170, inciso IV da Constituição Federal. A habilitação da FUNDAC também violaria, também, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o qual determina que as contratações devam acontecer ‘mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a os concorrentes’ (sic)”; 4) “(...) **Para fins de cálculo da CPRB (Contribuição Patronal sobre Receita Bruta), a Plansul é considerada uma empresa mista, uma vez que possui prestação de serviços de atividades desoneradas e atividades não desoneradas.** Neste caso, existe previsão legal quanto a esta situação, conforme art. 9º da Lei 12.546/2011 [parágrafo 1º e incisos I e II]. (...) A mesma previsão é encontrada na IN RFB 1436/2013 [art. 8º e incisos I e II] (...) **Destarte, as empresas mistas não são enquadradas para cálculo da CPRB, conforme estabelecido no art. 17º da Lei 12.546/2011 em relação as atividades previstas no art. 7º e art. 8º da IN 1436/2013, ou seja, através do CNAE e atividade principal**” [grifou-se]. “(...) Ressaltamos que de acordo com o Anexo I da IN 1436/2013, diversas atividades da Plansul Planejamento e Consultoria estão presentes, entre elas Serviços de tecnologia da informação, execução continuada de procedimentos e preparação ou processamento de dados de gestão empresarial (BPO/outsourcing), Call Center e atividades de radiodifusão (TV e Rádio). Desta feita, no caso de empresas que se dediquem a outras atividades, além das abrangidas pela CPRB, o cálculo da CPP deverá ser efetuada mediante aplicação: a) Da alíquota de 1,5% a 4,5% conforme o caso, sobre a parcela da receita bruta correspondente às atividades abrangidas pela CPRB; e b) Da alíquota de 20% sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais, reduzindo-se o valor da contribuição a recolher, ao percentual resultante da razão entre a receita bruta de atividades não relacionadas aos serviços ou fabricação dos produtos abrangidos pela CPRB e a receita bruta total auferida no mês. Ademais, é importante frisar que essa regra somente se aplica às empresas que se dediquem a outras atividades, além das abrangidas pela CPRB, caso a receita bruta decorrente dessas outras atividades seja superior a 5% da receita bruta total”. O recurso é*



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade. Passa-se à análise do mérito, baseada no Edital, na legislação vigente, nos entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU) e nos pareceres da Advocacia do Senado Federal (ADVOSF). Com relação ao alegado no ponto 1), inicialmente, faz-se relevante relatar resumidamente os fatos. Após conhecimento do Acórdão de Relação nº 1.186/2023 -Plenário, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 011/2022 (contratação anterior para o mesmo objeto), e na fase preparatória da presente contratação (já sob a égide da Lei nº 14.133/2021), a ADVOSF, por meio do Parecer nº 369/2023, fez a seguinte recomendação: *“Por força do disposto no art. 47, inciso III, da Lei n- 14.133/2021, a Administração tem o ‘dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado’. 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. Reforça o raciocínio o recente julgado do TCU, que decidiu o processo referente à atual contratação do objeto e indicou como irregular a ‘ausência de vedação à participação de instituições sem fins lucrativos’. De forma a dar azo ao dispositivo legal e evitar os mesmos entraves que circundam o Contrato n- 67/2022, recomenda-se a inclusão no edital da seguinte vedação: 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”* [grifou-se]. Entretanto, a FUNDAC interpôs pedido de reexame contra o Acórdão de Relação nº 1.186/2023-P, de modo que, por força de previsão regimental, o julgado recorrido teve seus efeitos suspensos, inclusive a “ciência” dada ao Senado Federal na alínea “c.I”. Após consultada acerca da legalidade da manutenção do item 2.2.2 do edital em face da suspensão dos efeitos do Acórdão nº 1.186/2023-P, a Advocacia do Senado Federal, por meio do Parecer nº 507/2023 [disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/transparencia/licitacoes-e-contratos/licitacoes/54982/detalhamento/57505>], concluiu que *“ainda que suspensos pela Corte de Contas, em decisão monocrática, os efeitos do item c.I. 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”* [grifou-se]. Como fundamentos legais para tal vedação, foram relacionados: *“i. o art. 47, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, o qual decorre da*



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

*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”, bem como os entendimentos do TCU analisados no parecer, quais sejam: os Acórdãos nº 1.186/2023, nº 2.426/2020, nº 2.847/2019, nº 1.406/2017 e nº 746/2014, todos do Plenário; o Acórdão nº 7.459/2010-Segunda Câmara; e os Acórdãos nº 2.969/2022 e nº 6.671/2023, ambos Primeira Câmara. Publicado o edital do PE nº 082/2023 no dia 1º/09/2023, no dia 13/09/2023 a FUNDAC impugnou o disposto no item 2.2.2 do instrumento convocatório, alegando que tal dispositivo restringia “ilegalmente a competitividade no certame; não encontra validade nas normas jurídicas que lhe são superiores, a saber, a Constituição Federal e a Lei nº 14.133/2021; está em desacordo com a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União”. Submetida a impugnação à análise da ADVOSF, em novo parecer opinativo (Parecer nº 552/2023-ADVOSF, disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/transparencia/licitacoes-e-contratos/licitacoes/54982/detalhamento/57765>), o órgão jurídico do Senado Federal ratificou os termos do Parecer nº 507/2023 e os fundamentos constitucionais, legais e regulamentares que lastrearam o disposto no item 2.2.2, bem como as deliberações do TCU que foram consideradas na decisão da Administração de vedar a 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. Em adição, a ADVOSF destacou excerto da TC nº 011.483/2022-9 do TCU (peça 67), uma vez que o argumento da Impugnante - e agora Recorrente -, no sentido de que “se estaria a vulnerar a busca do menor preço ao se obstar a participação de instituições sem fins lucrativos”, seria falacioso: “**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**” [grifou-se]. Evidenciou, também, ser incabível a equalização de propostas de serviços prestados – relacionados com a exploração de atividades econômicas – por fundações privadas, porquanto não se sujeitam à tributação aplicável a empreendimentos privados. Nesse sentido, vale ressaltar que, na instrução do TC nº 011.483/2022-9 (peça 67), a unidade técnica do TCU assim consignou: “(...) 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,*



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

*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” [grifou-se]. Ainda, a Advocacia do Senado Federal pontuou: “A impugnante sustenta que a vedação constante do edital cria uma espécie de ‘reserva de mercado’, mas é justamente isso que se pretende evitar. **Caso o Senado admitisse que fundações que atuam no segmento de comunicação disputassem o certame, as empresas privadas do ramo estariam aliadas da disputa e, conseqüentemente, de firmar contratos com esta Casa Alta do Congresso. Basta ver que as recentes licitações realizadas pelo TSE, Câmara dos Deputados e Senado Federal foram vencidas pela FUNDAC**” [grifou-se]. Portanto, observa-se que o disposto o item 2.2.2 foi objeto de aprofundada análise pelo órgão de assessoramento jurídico do Senado Federal, seja no âmbito da fase preparatória da contratação, seja na fase externa (impugnação). Note-se que os argumentos trazidos pela Recorrente em suas razões cingiram-se aos argumentos outrora externados e já categoricamente refutados pelo Senado Federal na ata de apreciação de impugnação de edital, disponível no quadro informativo do certame no sistema eletrônico e, também, no link a seguir: <https://www6g.senado.gov.br/transparencia/licitacoes-e-contratos/licitacoes/54982/detalhamento/57745>. Ademais, de acordo com o teor dos itens 2.2 e 2.2.2 e da alínea “e” do item 11.2.4 do instrumento convocatório e, ainda, do inciso V do art. 59 da Lei nº 14.133/2021, **a FUNDAC sequer poderia apresentar proposta, uma vez já ciente dos termos do edital da licitação e de sua condição** de “entidade sem fins lucrativos que goza da não incidência de tributos na prestação dos serviços a serem contratados”. Ademais, de acordo com o item 19.1 do edital, “**o encaminhamento de proposta por meio do sistema eletrônico implica aceitação plena e irrestrita das condições e termos que regem o presente Pregão Eletrônico por parte da licitante**” [grifou-se]. No que tange às razões apresentadas pela Recorrente no ponto 2), ressalta-se que alegação nos mesmos termos contra a Recorrida, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 011/2022 do*



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

Senado Federal, foi analisada pelo TCU no TC nº 001.493/2023-0. Na instrução inicial da representação com pedido de cautelar, a unidade técnica esclareceu: *“(...) inicialmente, necessário deixar claro que a elaboração de planilhas de custos com encargos previdenciários calculados com base na desoneração da folha de pagamento estabelecida pela Lei 12.546/2011 não constitui irregularidade e tampouco implica em quebra da isonomia do certame. Nesse sentido, destaca-se excerto do voto condutor do Acórdão 1.097/2019-TCU-Plenário, relator Bruno Dantas: ‘[...], não há irregularidade nem fere a isonomia do certame a possibilidade de formação da planilha de custos com encargos previdenciários abrangidos pela legislação vigente, no caso a Lei 12.546/2011, por um licitante legitimamente optante do regime de contribuição previdenciária sobre a receita bruta, em substituição à contribuição incidente sobre a folha de pagamento (20% sobre o montante da remuneração do trabalhador)’”*. Após aprofundada análise da situação posta e da legislação em vigor, a unidade técnica concluiu: *“(...) em relação ao questionamento apresentado pelo representante sobre a aplicação da desoneração da folha de pagamento com base Lei 12.546/2011 na planilha de custos apresentada pela Plansul, não se identifica indícios de que tenha havido falha do Senado Federal na condução do PE 11/2022, razão pela qual a representação deverá ser considerada improcedente. Não obstante, considerando tratar-se de matéria eminentemente tributária/fiscal, considerando a ausência nestes autos de elementos quer permitam identificar com clareza as atividades empresariais contempladas pelo inciso VI do art. 8º da Lei 12.546/2011 e considerando a existência de outros contratos similares firmados com a Administração Pública em que as planilhas da Plansul Planejamento e Consultoria Eireli contemplaram a desoneração da folha de pagamento ora questionada, propõe-se encaminhar cópia da presente instrução, do documento que deu origem a esta representação (peça 1) e da deliberação que vier a ser proferida à Receita Federal do Brasil para que, no âmbito de suas competências, avalie a conveniência e oportunidade de adotar medidas com vistas a verificar a adequação da Plansul ao regime de Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) a que se refere o inciso VI do art. 8º da Lei 12.546/2011” [grifou-se]*. A representação foi julgada **improcedente** por meio do Acórdão nº 570/2023-Plenário. Note-se, ainda, o disposto nos termos do item 11.1.7 e respectivas subalíneas: *“11.1.7. Caso venha a ser contratada, a licitante não poderá alegar falta ou omissão de itens nas referidas planilhas, e, às suas expensas, deverá executar todos os serviços e fornecer todos os materiais que se mostrarem posteriormente necessários ao pleno atendimento do objeto contratado, sem que isso implique em custo adicional ao Senado Federal. a. A licitante assume integral responsabilidade acerca das alíquotas e bases de cálculo dos tributos e contribuições*



ATA DE APRECIÇÃO DE RECURSO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

previdenciárias que compõem a proposta, em especial àqueles influenciados por seu regime de tributação (PIS e COFINS); por incidência de desoneração (INSS e CRPB) e/ou diferenciação de alíquota/base de cálculo em decorrência da atividade desempenhada (ISS). a.1. aceitação da proposta por parte do Senado Federal não gera para a futura contratada o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro quando a modificação superveniente da alíquota e/ou base de cálculo dos tributos e contribuições previdenciárias for decorrente de ato voluntário da empresa ou em face de erro inescusável quanto à interpretação de seu regime de tributação” [grifou-se]. Portanto, observa-se que tal dispositivo editalício evidencia a responsabilidade dos licitantes sobre as alíquotas e bases de cálculo de tributos e contribuições previdenciárias indicadas nas propostas cadastradas. Afinal, não é a licitação a seara adequada e competente para a avaliação exauriente da (in)adequação do regime tributário e de desoneração informado pelos licitantes em sua proposta. Em verdade, como instância especializada e legalmente competente, cabe à Receita Federal do Brasil avaliar a conveniência e oportunidade de adotar medidas com vistas a verificar a adequação da PLANSUL ao regime de Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) a que se refere o inciso VI do art. 8º da Lei 12.546/2011, como bem pontuou o TCU no âmbito do Acórdão nº 570/2023- Plenário. Diante do contexto apresentado, considerando que as razões apresentadas pela Recorrente foram refutadas, considerando os posicionamentos da Corte de Contas e da Advocacia do Senado Federal, **MANTÊM-SE os fundamentos das decisões da Pregoeira, que inabilitou a FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICACAO e habilitou a empresa PLANSUL PLANEJAMENTO E CONSULTORIA LTDA no âmbito do Pregão Eletrônico nº 082/2023.** Nada mais havendo a tratar, eu, Paula Parente Cantuária Ramos, lavrei a presente ata, que será assinada por todos os presentes.