



ATA DE APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

Às quatorze horas do dia quinze do mês de setembro do ano de 2023, a Pregoeira e sua Equipe de Apoio reuniram-se para apreciar IMPUGNAÇÃO apresentada pela **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICAÇÃO - FUNDAC** ao edital do Pregão Eletrônico nº 082/2023. Em síntese, a impugnação versa sobre a redação do item 2.2.2 do edital do certame (vedação à participação no certame de entidades sem fins lucrativos que gozam da não incidência de tributos na prestação dos serviços a serem contratados). De acordo com a Impugnante, a disposição editalícia *“fere normas e princípios que regem a Administração Pública; restringe 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”*. **Grifou-se**. Tendo em vista o caráter essencialmente jurídico dos termos da impugnação, e considerando que, na fase interna da licitação, a Advocacia do Senado Federal (ADVOSF) fora consultada acerca da legalidade de inserção de dispositivo na minuta de edital restringindo a participação de entidades sem fins lucrativos no certame (atual item 2.2.2 do edital em referência), aquela Advocacia foi novamente instada a se manifestar acerca das razões interpostas pela FUNDAC, e o fez nos seguintes termos: *“O primeiro tópico alegado na impugnação é a suposta colisão da refutada regra editalícia com as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais que regem as licitações públicas. Com a devida vênia ao douto advogado que subscreve a impugnação, já em nossa análise pretérita entendemos subsistirem relevantes fundamentos constitucionais, legais e regulamentares para manutenção do dispositivo no edital. Por economia processual e questão de celeridade, recomenda-se encaminhar como anexo à resposta que será apresentada à impugnação o inteiro teor do Parecer nº 507/2023, ou mesmo se reproduza a íntegra do opinativo, para que a FUNDAC conheça dos fundamentos constitucionais, legais e regulamentares, bem como as deliberações do TCU que foram consideradas na decisão do Senado 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* [o Parecer nº 507/2023 - ADVOSF encontra-se disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/transparencia/licitacoes-e-contratos/licitacoes/54982/detalhamento/57505>]. Nada obstante, a seguir pontuamos algumas questões para não tergiversar sobre determinados tópicos da impugnação. A alegação de que a licitação é restrita à participação de empresários não é verdadeira. O item 2.2.2. do edital não veda a participação de entidades sem fins lucrativos indiscriminadamente. Tais instituições poderão participar do certame desde que os tributos pertinentes à prestação dos serviços incidam à espécie. De acordo com a Instrução Normativa nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012, da Receita Federal do



ATA DE APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

*Brasil, os serviços prestados pelas entidades previstas nos incisos III e IV do art. 4º podem ser tributadas, o mesmo não alcançando as fundações de direito privado e as fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público, 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; (...) **Parágrafo único. A dispensa da retenção em relação às entidades previstas nos incisos III e IV do caput é restrita aos resultados relacionados com as finalidades essenciais das referidas entidades, não se aplicando ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1540, de 05 de janeiro de 2015). § 1º. A imunidade ou a isenção das entidades previstas nos incisos III e IV é restrita aos serviços para os quais tenham sido instituídas, observado o disposto nos arts. 12 e 15 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1663, de 07 de outubro de 2016) (...)'. O porquê de se condicionar a participação de entidades sem fins lucrativos à tributação dos serviços decorre da necessidade de equalização das propostas dessas instituições com os demais licitantes que não ostentem o benefício da imunidade tributária ou da isenção fiscal em suas atividades, prestigiando a igualdade material e não somente formal dos concorrentes, a favorecer a competitividade e a isonomia no certame. No caso de fundações privadas, condição que ostenta a impugnante, mesmo os serviços por ela prestados – relacionados com a exploração de atividades econômicas – não se sujeitam à tributação aplicável a empreendimentos privados, daí ser incabível para tais entidades a equalização de propostas. Como os serviços prestados pela fundação privada goza de imunidade tributária, não é possível exigir a apresentação de sua proposta com a incidência de tributos, o que claramente a permite desfrutar de vantagem competitiva em relação aos demais licitantes que ostentem condição adversa perante o fisco. O argumento de que se estaria a vulnerar a busca do menor preço ao se obstar a participação de instituições sem fins lucrativos é falacioso, como reconhecido pelo TCU no Processo nº 009.692/2022-3 – vide excerto reproduzido no Parecer nº 507/2023 –, a unidade técnica da Corte de Contas, na Peça 60, já destacara com muita propriedade: '32. Pode-se verificar no próprio certame em questão que a condição da Fundac a colocou em nítida vantagem em relação aos demais concorrentes. A proposta vencedora, ofertada***



ATA DE APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

pela fundação e aceita pela Administração, foi de R\$ 29.547.259,20, enquanto a da segunda colocada, que é uma empresa regularmente tributada, foi de R\$ 31.823.000,00. Porém, ao equalizarmos as propostas, incluindo os tributos que não foram cotados nas planilhas da Fundac, sua proposta passaria para R\$ 35.405.118,60, o que não a levaria a vencer a licitação. 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**. A impugnante vale-se, ainda, da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O dispositivo impugnado do edital não obsta que pessoas jurídicas sem fins lucrativos participem de licitações públicas, o que se propõe é que ao participarem da disputa o façam em igualdade de condições com os demais particulares sujeitos à tributação de suas atividades. **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 alijadas da disputa e, consequentemente, 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. Quanto à pertinência do art. 12 da Instrução Normativa MPOG nº 5/2017 e os entendimentos do TCU apresentados na impugnação, o Parecer nº 507/2023 adentrou a temática à luz dos recentes julgados da Corte de Contas, em especial aqueles relativos à participação da FUNDAC em outras licitações conduzidas pelo Poder Público (TSE, CD e SF). A alegação de que a manutenção do dispositivo no edital contraria a decisão proferida pelo TCU nos autos do Processo nº 009.692/2022-3 não procede, remetendo-se a exposição constante do Parecer nº 507/2023, onde se concluiu: ‘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**. III – CONCLUSÃO Diante do exposto, notadamente em face do inteiro teor do Parecer nº 507/2023 – que se recomenda faça parte da resposta a ser apresentada à Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação – FUNDAC e demais interessados – opina-se, no mérito, pelo indeferimento da impugnação”. **Grifou-se**. Reafirma-se, portanto, com



ATA DE APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 082/2023

(Processo nº 00200.005566/2023-76)

fundamento no Parecer nº 507/2023 – ADVOSF, que 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 legal: 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. entendimentos do TCU analisados no Parecer nº 507/2023 – ADVOSF, quais sejam: Acórdão nº 1.186/2023-TCU-Plenário, Acórdão nº 2.426/2020-TCU-Plenário, Acórdãos 2.847/2019, 1.406/2017 e 746/2014-TCU-Plenário, Acórdão nº 7.459/2010-TCU-Segunda Câmara, Acórdão nº 2.969/2022-TCU-Primeira Câmara e Acórdão nº 6.671/2023-TCU-Primeira Câmara. Dessa forma, tendo em vista o teor dos pareceres da ADVOSF nº 507/2023 e 552/2023, entende-se que a manifestação do órgão jurídico deve prevalecer. Portanto, conclui-se que não há motivos para reparar o edital, razão pela qual se julga **IMPROCEDENTE** a presente impugnação. Nada mais havendo a tratar, eu, Paula Parente Cantuária Ramos, lavrei a presente Ata, que será assinada por todos os presentes.