

## **ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO SENADO FEDERAL**

**Assunto:** Pregão Eletrônico nº 82/2023. Recurso contra inabilitação.

**FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICAÇÃO – FUNDAC**, pessoa jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob nº 03.349.489/0001-08, com sede na Rua Dona Elisa Fláquer, nº 70, sala 33, 3º andar, Centro, CEP 09020-160, vem respeitosamente perante Vossa Senhoria, por intermédio de seu Advogado, com base nos fundamentos de fato e de direito que passa a esposar, interpor o seguinte:

### **RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO**

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).
2. Inicialmente, 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.
3. 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.
4. O item “c.1” do Acórdão nº 1.186/20-23-TCU-Plenário tratava de suposta impropriedade no PE nº 11/2022 devido à “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”.
5. Em seu Pedido de Reexame, a RECORRENTE demonstrou que afirmar que é uma impropriedade não vedar a participação de instituições sem fins lucrativos no PE nº 11/2022 contraria diretamente a **Constituição Federal, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão)** – leis federais aplicáveis à época dos fatos, hoje substituídas pela Lei nº 14.133/2021 –, **que não proíbem a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios, assim como a novel legislação também não o faz.**
6. Por outro lado, como já demonstrado em discussões anteriores, a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas é permitida pelo ordenamento jurídico e as condições para tanto não podem extrapolar a garantia do cumprimento das obrigações contratuais, conforme dispõe o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal.

7. **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. Aliás, tal aspecto sequer é abordado na regra 2.2.2 do edital do PE 82/2023, que contém “considerandos” que mais revelam uma decisão política baseada em proposições subjetivas e não uma decisão administrativa fundamentada na Constituição e na legislação de regência.

8. **Enfim, não se encontra na norma constitucional supracitada, nem em qualquer outra, vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas.** Mas, se é assim, a Administração Pública pode criar uma proibição (ou regra de exclusão), a partir de critérios arbitrários, não previstos na Constituição Federal? Evidentemente, a Administração não pode criar regras licitatórias desprovidas de suporte na Constituição e proibir entidades sem fins lucrativos de concorrer em licitações é uma dessas regras.

9. Sob outro prisma, **por força do princípio da hierarquia do ordenamento jurídico, o art. 12 da Instrução Normativa MPDG nº 7/2017**, utilizada para justificar a cláusula 2.2.2 do edital do PE 82/2023, **não encontra validade nas normas constitucionais e legais que lhe são superiores, ou seja, instruções normativas não se sobrepõem à Constituição e às Leis e são inválidas quando as contrariam.**

10. A referida IN cria restrição não prevista na Constituição e na legislação de regência, padecendo, pois, de vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade. **O TCU, inclusive, já se pronunciou no sentido de que o art. 12 da IN MPDG nº 7/2017 deve ser harmonizado com as normas constitucionais e legais: “9.3. determinar à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020, que adote as providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, os encaminhados realizados a: (...) 9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, *caput*; e art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 74/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas” (Acórdão 2426/2020-TCU-Plenário).**

11. Embora o edital proíba a participação de instituições sem fins lucrativos no certame, “... 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” (Acórdão nº 6671/2023-TCU-1ª Câmara).

12. Esse entendimento foi mantido ao longo do tempo, como se observa, p. ex., em decisão anterior na qual o TCU concluiu que “... **NÃO DEVE HAVER VEDAÇÃO GENÉRICA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA NEXO ENTRE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS COM OS ESTATUTOS E OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PRESTADORA DOS SERVIÇOS**” (Acórdão nº 7459/2010-TCU-2ª Câmara).

13. A restrição da participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas somente poderia se aplicar àquelas que detenham a qualificação de OSCIP, participantes do certame sob esta condição: “**A vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas alcança somente as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), participantes nessa condição**” (Acórdão nº 2426/2020-TCU-Plenário).

14. Todavia, **este não é o caso da IMPUGNANTE**, que não detém a certificação de OSCIP e, portanto, não tem sequer como participar de licitações nesta condição.

15. Na verdade, o TCU recomenda a **AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE** para aumentar as chances de obtenção de **PROPOSTAS MAIS VANTAJOSAS** para a Administração Pública, o que inclui permitir a participação de instituições sem fins lucrativos: “**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 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**” (Acórdão 2426/2020-TCU-Plenário).

16. Especificamente em caso de licitação para terceirização de mão de obra, análoga ao objeto do PE nº 82/2023, o TCU decidiu pela possibilidade de participação de

instituição sem fins lucrativos em havendo nexos entre os objetivos/finalidades da entidade e o objeto do certame: “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” (Acórdão 2847/2019-TCU-Plenário).

17. Esse entendimento – de que associações sem fins lucrativos podem participar de licitações e ser contratadas pela Administração Pública, desde que haja nexos entre suas finalidades e objeto do certame/contrato –, aplicável por analogia ao caso concreto, é unânime no TCU: “Para a participação em licitações de entidades sem fins lucrativos deve haver nexos entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade (Acórdão 7459/2010-TCU-2ª Câmara); “A participação de associações civis sem fins lucrativos em licitações somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da entidade” (Acórdão 2607/2021-TCU-Plenário); “A participação de associações civis sem fins lucrativos em licitações somente é admitida quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da entidade” (Acórdão 2847/2019-TCU-Plenário).

18. Diante do exposto, **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.

19. Por todo o exposto, requer-se o total provimento do presente Recurso, com a REVOGAÇÃO da inabilitação da FUNDAC e sua classificação no PE 82/2023.

Nestes termos;  
Pede deferimento.

Brasília/DF, 22 de setembro de 2023.

**DANILO ALEXANDRE MAYRIQUES**

OAB/SP 241.336