

1. INTRODUÇÃO

O Fornecedor INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, CNPJ Nº **09.611.589/0001-39**, empresa com natureza jurídica de associação de direito privado sem fins lucrativos, participa do PREGÃO ELETRÔNICO SRP UFPB/CPL-PU Nº 025/2017 que tem por objeto o *“registro de preços para eventual contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços terceirizados continuados, com mão de obra exclusiva, para os postos exclusivamente de porteiros, em regime de horas e piso salarial definido por Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho da categoria, em atendimento das demandas atuais e futuras de todas as Unidades Funcionais/Administrativas pertencentes à Estrutura Organizacional Básica da Universidade Federal da Paraíba – UFPB (Campi I, II, III e IV), conforme condições, quantidades, estimativas e exigências estabelecidas em Edital e em todos os seus anexos”*.

O presente relatório busca comprovar o descumprimento, por parte do citado Fornecedor, do item 5.2.1 do Edital e do art. 12, *caput* e parágrafo único da IN 05/2017, do MPOG: abuso de personalidade jurídica, desvio de finalidade, e desconformidade com jurisprudência do TCU.

Passaremos a expor a razões da não aceitação da Proposta do Fornecedor em tela:

2. RAZÕES DA DESCLASSIFICAÇÃO

2.1. Da impossibilidade de participação de empresas sem fins lucrativos. Do artigo 12, da IN 05/2017. Da incompatibilidade do objeto. Do abuso de personalidade jurídica. Das vedações legais. Da jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

2.1.1. Legislação e jurisprudência afastam e limitam a participação de organizações não governamentais, associações sem fins lucrativos, organizações sociais e organizações da sociedade

civil de interesse público nas concorrências e licitações de forma geral, considerando a diversidade tributária entre essas e as demais empresas privadas, as quais, ao seu tempo, desempenham papel essencial no desenvolvimento da ordem econômica nacional. É o que se pretende demonstrar no presente Relatório.

2.1.2. O citado Fornecedor INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, CNPJ Nº **09.611.589/0001-39**, é uma associação civil, sem fins lucrativos, pessoa jurídica de direito privado, contendo em seu objeto social o seguinte:

- REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES DE SAÚDE, EDUCAÇÃO, SERVIÇOS CULTURAIS E OUTROS SERVIÇOS SOCIAIS;
- TREINAMENTO EM DESENVOLVIMENTO PROFISSIONAL E GERENCIAL;
- ATIVIDADE DE APOIO À EDUCAÇÃO, EXCETO CAIXAS ESCOLARES;
- ATIVIDADE PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE;
- ATIVIDADE DE APOIO À GESTÃO DE SAÚDE.

2.1.3. Os objetos sociais do Fornecedor são os mais variados e genéricos possíveis, porém não consta no seu CNPJ a atividade de **serviços de locação de mão-de-obra**.

2.1.4. Ora, o item 9.4.6 do Edital refere-se a “Prova de inscrição no Cadastro Municipal de Contribuintes, relativo ao domicílio ou sede do Fornecedor, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto” (gn). Pois bem: o Fornecedor não atendeu a este item, apresentando no cadastro municipal sua atividade principal – REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES DE SAÚDE, EDUCAÇÃO, SERVIÇOS CULTURAIS E OUTROS SERVIÇOS SOCIAIS.

2.2. Do descumprimento de cláusulas editalícias:

2.2.1. O item 9.14 do Edital assim reza: “Será Inabilitado o licitante que não comprovar sua Habilitação, deixar de apresentar quaisquer dos documentos exigidos para a habilitação, ou apresenta-lo em desacordo com o estabelecido neste Edital”. O Fornecedor não apresentou os cálculos de comprovação de atendimento dos 16,66% em dissonância com o **item 9.5.4** do

Instrumento Convocatório.

2.2.2. Do item 8.4, c/c o item 8.4.1 do Edital, com a seguinte redação: *“Considera-se inexequível a proposta de preços ou menor lance que (...) comprovadamente, for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações, manifestamente de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração”*. Nas suas planilhas de custo, o Fornecedor cotou valores irrisórios para previsão com DESPESAS ADMINISTRATIVAS no percentual 0,10% (Zero vírgula dez por cento), considerado inexequível conforme os citados itens.

2.3. O multicitado Fornecedor é uma associação sem fins lucrativos, com os mais variados objetos, destinada aprioristicamente à participação em certames licitatórios, atuando em disparidade com as pessoas jurídicas empresárias, em virtude do regime tributário diverso. Explicamos:

2.3.1. É cediço que o Código Civil não disciplina a possibilidade ou proibição de realização de atividade econômica por uma entidade sem fins lucrativos (associações ou fundações). A nova redação do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) passou a utilizar a expressão sem fins econômicos, em substituição a sem fins lucrativos, porém, segundo o magistério de SABO PAES (*“Fundações e Entidades de Interesse Social”*. 2ª edição, Brasília Jurídica, 2000), o importante, no caso, é saber e identificar se o exercício de uma atividade empresarial pela fundação desnatura sua essência e se choca com o seu caráter altruísta, se sua atuação é legal e ética.

2.3.2. A intervenção das associações no mercado, em competição às empresas, portanto, somente é permitida quando a mesma pretende atingir um fim altruístico, em atendimento aos objetivos fundamentais do Brasil (Art. 3º da CF), porém, sem qualquer dificuldade de interpretação, constata-se que a referida associação é constituída sem objetivo específico, com amplitude temática, para fins de moldar uma abrangente compatibilidade com os mais variados procedimentos licitatórios, participando, assim, em condições de desigualdade.

2.3.3. É de se alertar, ainda, para o fato de que o Fornecedor, em todas as suas planilhas de preços apresentou previsão de lucro de 0,10% (zero vírgula dez por cento), o que é incompatível com a sua natureza jurídica de entidade sem fins lucrativos, denotando ainda mais o seu desvio de finalidade.

2.3.4. A ausência de propósito benemérito da associação é, inclusive, alvo de matérias jornalísticas na rede mundial de computadores, que veiculam indícios de irregularidades, apurações do Ministério Público e atraso de salário de funcionários.

2.3.5. Destarte, a Instrução Normativa nº 05/2017, que revogou a IN 02/2008, ao dispor sobre “as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional” trata “Dos Serviços Prestados por Cooperativas e Instituições Sem Fins Lucrativos” e dispõe que, *litteris*:

“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.”

2.3.6. Ora, se o certame em comento tem por finalidade a contratação de “pessoa jurídica especializada na prestação de serviços terceirizados continuados, com mão de obra exclusiva”, é certo e inquestionável que se trata de sociedade empresária, afastando, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da IN 05/2017 a participação de associação sem fins lucrativos.

2.3.7. Ademais, como saber se o Fornecedor convocado possui atualmente em seus quadros profissionais ociosos suficientes para suprir os postos de trabalhos licitados?

2.3.8. Observe-se que, diferentemente das Licitantes, enquadradas na condição de sociedade empresária, que podem contratar toda a mão-de-obra necessária, caso se sagrem vencedoras do certame, o Fornecedor ora convocado não poderá fazê-lo. Vale dizer: Se sagrada vencedor, o Fornecedor em comento não poderá absorver os funcionários que eventualmente já laborem para a empresa terceirizada que detém atualmente o contrato de prestação de serviços de portaria na Instituição, devendo, na hipótese de ser declarada vencedora do certame, os citados serviços serem obrigatoriamente executados por seus associados ou profissionais, a teor do caput do artigo 12, transcrito acima.

2.4. Noutro vértice, tem-se que a participação de associações sem fins lucrativos, embora vedada pela legislação como explicado, e ainda assim admitida e contratada, teria que atuar de forma isonômica aos demais licitantes, não podendo se locupletar das isenções tributárias que lhes são concedidos. Senão, vejamos o que diz a jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. ISS. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. INCIDÊNCIA.

1. Associação civil sem fins lucrativos que, desviando-se dos seus objetivos, efetua locação de mão-de-obra a quem não seja seu associado e para atividades exclusivas da parte contratante, de forma remunerada, está sujeita ao pagamento do ISS.
2. Comprovação nos autos de que a recorrida, entidade civil, locou mão-de-obra ao Banco do Espírito Santo, recebendo valores por esse negócio jurídico, durante os meses de maio de 1988 até junho de 1990, mês a mês.
3. A recorrida congrega os servidores do BANESTES. Os seus sócios são, portanto, pessoas físicas. O BANESTES não é um dos seus associados. Inexistência de serviços prestados a associado no ambiente físico da associação.
4. Locação de mão-de-obra com objetivo do BANESTES, por necessidade, ampliar o seu quadro de prestadores de serviços.
5. Recurso especial provido para fazer incidir o ISS.

(REsp 937090/ES, Processo 2007/006724; 9-3. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Ministro José Delgado, Julgamento 06/11/2007, DJ 29/11/2007).

2.4.1. Vale dizer: Em nenhuma hipótese, ao buscar concorrer em processos licitatórios, a licitante poderia se valer de um regime de tributação diferenciado. Nesse sentido, destacamos trecho do Acórdão 1021/2007 – Plenário, do TCU:

“III – CONCLUSÃO

41. O cerne das representações interpostas pelas empresas Montana Soluções Corporativas e Sigma Dataserv Informática S/A é a possível burla ao princípio da isonomia, em função da participação em licitação pública, de uma entidade sem fins lucrativos, que goza de benefícios fiscais (imunidade ou isenção de tributos).

42. Conforme linha de raciocínio exposta na presente instrução, embora seja lícita a participação de entidades dessa natureza em licitação pública, desde que seus objetivos sociais sejam compatíveis com o objeto a ser contratado, restou evidente que, no caso concreto, a não inclusão de tributos na planilha de preços apresentada pelo licitante Instituto Brasileiro de Difusão do Conhecimento-IBDCON, para prestação de serviços de programação de computadores, confere àquele instituto uma vantagem indevida frente aos demais concorrentes, o que fere, além de outros dispositivos legais, o princípio da igualdade que deve nortear as licitações.

Sendo assim, não pode ser aceita a planilha de preços da Recorrida, haja vista que cotou irregularmente os tributos, utilizando-se de benefício indevido.”

2.5. Aliás, verificamos que a possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos é tema que avançou nos assentos dos precedentes do Tribunal de Contas da União.

2.5.1. De fato, já em 2010, o TCU, embora com entendimento oscilante, já recomendava a não habilitação de entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo de relação entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados. Senão, vejamos:

POSSIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO, EM CERTAMES LICITATÓRIOS, DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS.

Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2/2010, realizado pelo Museu de Astronomia e Ciências Afins – MAST, tendo como objeto a contratação de empresa especializada na “prestação de serviços de apoio administrativo, envolvendo o fornecimento de mão-de-obra para os cargos de recepcionista, supervisor, copeira, mensageiro, reprografista e motorista”. A

representante alegou que a licitante vencedora, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador – Abradecont, **não poderia ter incluído, em sua proposta de preços, a previsão de lucro, “já que a mesma é entidade sem fins lucrativos. Ao provisionar valores a título de lucro e também beneficiar-se da isenção do pagamento de impostos, a licitante quebra o princípio da isonomia do certame licitatório”**. (gn) A representante também acostou aos autos o Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara, por meio do qual fora expedida a seguinte determinação à Fundação Oswaldo Cruz: “não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo de relação entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica;”. Em sua instrução, a unidade técnica salientou que a questão da participação de associações sem fins lucrativos em certames licitatórios ainda se encontra sob análise no TCU, isso porque o aludido Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara foi objeto de pedido de reexame. Em respeito aos princípios da busca da melhor proposta para a administração pública e do caráter competitivo da licitação, o relator entendeu que “não seria razoável condenar a conduta do pregoeiro que aceitou a participação da Abradecon no Pregão Eletrônico nº 2/2010, até porque não há posicionamento definitivo deste Tribunal que impeça o ingresso de entidades filantrópicas nos certames licitatórios”. Ao final, o relator propôs e o Colegiado decidiu considerar improcedente a representação. (Acórdão n.º 6235/2010-2ª Câmara, TC-019.632/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 26.10.2010.)

2.5.2. Tratando especificamente da participação de entidades sem fins lucrativos em certames para a locação de mão de obra, o TCU consignou no Acórdão nº 7.549/2010, 2ª Câmara que, *verbis*:

“20. Assim, não basta que a entidade ostente, nos seus estatutos, o requisito de ser constituída sem fins lucrativos; deve ser verificado se, concretamente, a forma como a entidade vai executar os serviços do certame não implicará desvio de finalidade. Entre outras hipóteses passíveis de ocorrer, haverá desvio de finalidade se a entidade atuar em objeto incompatível com os seus objetivos estatutários ou como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação dos serviços.”

2.5.3. Ou seja, ainda que se entenda por eventual compatibilidade entre o objetivo estatutário da Licitante – até porque o mesmo é compatível com praticamente todas as atividades

imagináveis pela criatividade do ser humano – a mesma não poderia participar de certames cujo objeto represente mera intermediação de mão de obra, como no caso concreto.

2.5.4. Tal precedente contido no citado Acórdão nº 7.549/2010, 2ª Câmara, foi utilizado por outra Licitante em seus “ESCLARECIMENTOS” para destacar a parte final do texto que se refere apenas à compatibilidade dos objetivos sociais com o certame:

“9.1.1. determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados.”

2.5.5. Para a Licitante citada, o único e último elemento que importa é a suposta compatibilidade entre os objetivos sociais e o objeto da licitação e os seus inúmeros objetivos sociais, olvidando a vedação legal, traduzida pelo desvio de finalidade, pela jurisprudência contrária à utilização de benefícios fiscais e pelos precedentes do TCU contrários à participação de associações sem fins lucrativos em licitações de terceirização de mão-de-obra.

2.5.6. Entretanto, o fato da terceirização de mão de obra se encontrar entre os objetivos sociais daquela associação não é suficiente para viabilizar a sua participação em certames licitatórios do gênero, a teor da firme jurisprudência do TCU, que alargou a restrição imposta pela IN 05/2017 (antiga IN 02/2008):

TCU, Acórdão 1.633/2014-Plenário:

“1.7. Determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU (RITCU), ao Ministério das Comunicações, que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, não habilite entidades sem fins lucrativos quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, **mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade.**”

2.5.7. Entendemos que tal dispositivo impede a participação da licitante em todo e qualquer certame licitatório, considerando que a sua finalidade meritória, dos amplos objetivos, busca uma relação comercial com o poder público, já especificada, com destaque no próprio Estatuto.

2.5.8. Os esclarecimentos necessários sobre a participação de associações em certames licitatórios, entretanto, foram devidamente pontuados e realizados pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2546/2015 – Plenário, transcrito a seguir:

PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES EM CERTAMES LICITATÓRIOS

(...)

37. É fato que a participação de associações sem fins lucrativos, como é o caso da Abradecont, ora representante, ainda é assunto polêmico no âmbito dos processos que tramitam no Tribunal. É sabido que tais associações contam com isenções e imunidades de impostos, características que lhes conferem enorme vantagem, quando concorrem com outras entidades que devem recolher integralmente os impostos relacionados com a prestação dos serviços.

38. Ainda não se encontra totalmente pacificada nesta Corte jurisprudência acerca da possibilidade de participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios. Inicialmente, o tema foi abordado no âmbito do TC 019.843/2009-0, cuja representante fora a empresa Milênio Assessoria Empresarial Ltda e a unidade jurisdicionada a Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz. Foi proferido o Acórdão 5.555/2009-TCU-2ª Câmara, em que se determinou:

‘(...) 1.4.1.1 não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo de relação entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica’

39. Na sequência dos acontecimentos, foi apresentado um pedido de reexame por entidade civil sem fins lucrativos (Instituto de Professores Públicos e Particulares – IPPP) aos termos do Acórdão 5.555/2009-TCU-2ª Câmara. Vale transcrever trecho do Voto exarado pelo Relator Raimundo Carreiro sobre o tema:

‘(...) Embora a Secretaria de Recursos, Serur, tenha feito proposta, quando da apresentação de sua instrução de fls. 55/63, pelo não provimento do Recurso, entendo, com as vênias de praxe, que o Parecer da Douta Representante do MP/TCU está mais condizente com a situação ora analisada, vez que, como bem destacado no Parecer da Representante do Parquet especializado, o qual diverge da forma genérica e uniforme como o tema foi tratado pela Unidade Técnica, no sentido de que os serviços de

terceirização não possam ser desempenhados por membros de uma entidade sem fins lucrativos.

Com efeito, esclarecedor o ponto do Parecer que afirma que uma atividade, embora caracterizada como acessória e instrumental para um determinado órgão da Administração Pública, possa não possuir conexão direta com o cumprimento das finalidades estatutárias de uma entidade sem fins lucrativos que preencha os requisitos necessários à realização dos aludidos serviços.

Ou seja, uma entidade sem fins lucrativos que preste serviços terceirizados regulares e satisfatórios, deve ter tais serviços aferidos pela forma em que a entidade dá cumprimento a seus misteres institucionais e não necessariamente pelo caráter acessório ou complementar da atividade objeto da prestação do serviço.

Outro fator importante a corroborar para a tese de que não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável, é o que reza o art. 24 da Lei de Licitações, que em seu inciso XX permite a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Dessa forma, como bem salientou a Ilustre Representante do MP/TCU, o dispositivo legal assegura a habilitação de licitantes que atuem sem objetivo de lucro nos certames promovidos pela Administração Pública.

Destarte, devem ser verificadas as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade. (...)

TCU, ACÓRDÃO 2546/2015 – Plenário.

2.5.9. Dessa forma, foi proposta e aprovada a alteração no subitem 1.4.1.1 do Acórdão 5.555/2009-2ª Câmara, por meio do Acórdão 7.459/2010-Segunda Câmara, passando a apresentar a seguinte redação:

9.1.1 determinar que **não habilitem**, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados; (gn)

2.5.10. Como abordado no Parecer da Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, no âmbito do TC 019.843/2009-0 e transcrito no relatório do Ministro Relator, em especial quanto às finalidades a que regularmente se prestam, as entidades privadas **sem fins lucrativos** se distinguem, a par da **ausência de busca de lucros** em primeiro plano e de forma intencional, por atuar em segmentos econômicos, sociais ou políticos marcados por um caráter beneficente, filantrópico, assistencial, religioso, cultural, educacional, científico, artístico, recreativo, esportivo e de proteção ao meio ambiente, à criança, ao adolescente, à saúde, entre outros.

2.5.11. Assim, o exercício da atividade econômica pelas entidades sem fins lucrativos, embora não seja vedado na legislação, **deve estar relacionado com o cumprimento de seus fins estatutários** sob pena de desvio de finalidade.

2.5.12. Com efeito, há decisões de tribunais que indicam que as entidades **sem fins lucrativos**, quando atuam em atividades estranhas aos seus fins estatutários, incidindo desvio de finalidade, passam a sujeitar-se a encargos tributários do setor empresarial.

2.5.13. Ainda nesse contexto, foi mencionado, no mesmo Parecer, que o exame das condições técnicas e jurídicas apresentadas por entidades sem fins lucrativos, na fase de habilitação dos certames licitatórios para a prestação de serviços terceirizados, segue, por analogia, basicamente os procedimentos definidos pelo TCU por ocasião de reiteradas análises do cumprimento dos requisitos para a situação do art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, concernentes à efetiva existência de nexo entre o objeto a ser licitado e os objetivos estatutários da instituição sem fins lucrativos (Decisões Plenárias 881/97, 830/90, 346/99, 30/2000, 150/2000, 1067/2001 e 1101/2002, e Acórdãos Plenários 427/2002, 1549/2003, 839/2004, 1066/2004, 1934/2004 e 1342/2005).

2.5.14. Em geral, a jurisprudência do Tribunal consolidou ser inviável a habilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação (Acórdão 1021/2007-Plenário).

2.5.15. Por fim, dentre outras hipóteses, o Parecer concluiu que **haverá desvio de finalidade**

se a entidade atuar em objeto incompatível com os seus objetivos estatutários ou como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação de serviços.

2.5.16. Portanto, o entendimento defendido no TC 019.843/2009-0, no pedido de reexame aos termos do Acórdão 5.555/2009-2ª Câmara, é que as condições de atendimento do objeto pela entidade sem fins lucrativos **deverão ser aferidas em concreto na fase de habilitação**, e não como vedação genérica de participação em licitações. Daí a sua convocação.

2.6. No caso concreto em exame, verifica-se no cadastro nacional de pessoa jurídica, quanto ao comprovante de inscrição e de situação cadastral da Abradecont, que a atividade econômica principal evidenciada é a de defesa de direitos sociais, constando como atividades econômicas secundárias, entre outras, a locação de mão-de-obra temporária, teleatendimento, serviços combinados de escritório e apoio administrativo, fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros.

2.6.1. De acordo com seu Estatuto Social, constam atividades compreendidas na promoção e integração ao mercado de trabalho, podendo ser realizadas, dentre outras formas: (...) c) – *em regime de convênio de cooperação técnica e financeira, parcerias, contratos públicos ou não, incluindo cessão de mão-de-obra, celebrando entre a Abradecont e instituições públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, inclusive através da participação em procedimentos licitatórios de qualquer modalidade; (...)*

2.6.2. Como defendido pela empresa Angel's, declarada vencedora do certame, a Abradecont se configura como uma instituição isenta dos tributos Cofins e PIS, fazendo com que seja possível reverter tais isenções de tributos para outros itens da planilha de custos, como por exemplo, despesas administrativo-operacionais.

2.6.3. Lembra, inclusive, que a participação de instituição sem fins lucrativos em processos licitatórios é vedada quando seu estatuto e seus objetivos sociais não se coadunam com o objeto da contratação, conforme disposto no art. 5º da IN 2/2008, do MPDG:

Art. 5º - Não será admitida a contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos cujo estatuto e objetivos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

Parágrafo único. Quando da contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, no caso de cooperativa, ou pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição sem fins lucrativos, vedando-se qualquer intermediação ou subcontratação.

2.6.4. A empresa ressalta a existência do Acórdão 1.633/2014-Plenário, que alargou a restrição imposta pela referida IN, conforme segue:

1.7. Determinar, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU (RITCU), ao Ministério das Comunicações, que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, não habilite entidades sem fins lucrativos quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, **mesmo que o serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade.** (gn)

2.6.5. Nesse contexto, entende-se que a Abradecont possui natureza jurídica que **não visa fins lucrativos**, ou seja, a princípio, não deveriam ter fins econômicos.

2.6.6. Essa Associação ostenta um nome jurídico próprio de entidades de defesa do consumidor.

2.6.7. Os artigos 3º e 4º do seu estatuto social afirmam que:

Art. 3º - A ABRADECONT tem por finalidade empreender a Assistência Social, tendo como objetivos a ênfase na defesa de direitos sociais dos consumidores, dos trabalhadores, direitos civis, proteção social com promoção da integração ao mercado de trabalho, proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, amparo às crianças e aos adolescentes carentes, habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; (...)

Art. 4º - A ABRADECONT é uma entidade de assistência social, sem fins lucrativos, que presta atendimento e assessoramento aos cidadãos carentes, bem como atua na defesa e garantia de direitos sociais e civis.

2.6.8. Apesar do título, a referida Associação tem participado de várias licitações para a prestação de serviços de locação de mão-de-obra, como é o caso do pregão ora sob análise.

2.6.9. Em que pese constar como atividade econômica secundária a locação de mão-de-obra, dentre outras, sua natureza jurídica, é voltada precipuamente à assistência social, conforme dispõe seu estatuto.

2.6.10. Cabe lembrar que o Código Civil dispõe expressamente, em seu art. 53, em que se constituem “as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”.

2.6.11. Conclui-se, como já foi observado em outros processos do gênero e no entender desta análise, que o fato de a Abradecont prestar serviços econômicos de locação de mão-de-obra constitui desvirtuamento dos seus objetivos sociais e configura, inclusive, abuso da personalidade jurídica, uma vez caracterizado desvio de finalidade na sua atuação.

2.6.12. Portanto, propõe-se que o Tribunal firme entendimento sobre a participação de Associações em certames licitatórios a fim de que se possa adotar uma linha de raciocínio única a respeito dos processos que as envolvem.

2.6.13. Ainda nesse contexto, propor-se-á seja firmado o entendimento de que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, as entidades sem fins lucrativos, em especial aquelas constituídas sob a forma de Associação, **não podem ser habilitadas pelo órgão contratante quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal**, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade, por caracterizar abuso de personalidade jurídica. (Tribunal de Contas da União, Processo nº 027.870/2014-6 no ACÓRDÃO 2546/2015 – PLENÁRIO, Relator: André de Carvalho. Julgado em 14/10/2015).

3. CONCLUSÃO

3.1. A Licitante, considerando a sua natureza de entidade sem fins lucrativos, não pode ser habilitada no certame, ainda que exista compatibilidade com o objeto licitado.

3.1.1. Assim, resta processar a desclassificação da proposta e a inabilitação da Associação INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICAS PÚBLICAS, em face das irregularidades aqui apontadas, com a consequente convocação da próxima classificada.

João Pessoa, 02 de maio de 2018.

(ORIGINAL ASSINADO)
AUGUSTO CESAR TEMOTEO DE OLIVEIRA
Pregoeiro Designado