



Número 496

Sessões: 19, 26 e 27 de novembro de 2024

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. É possível a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações, utilizando-se dos seus benefícios tributários na formulação das propostas de preços, quando houver nexo entre os serviços a serem prestados e os objetivos estatutários da entidade prestadora dos serviços.

PLENÁRIO

1. É possível a participação de instituições sem fins lucrativos em licitações, utilizando-se dos seus benefícios tributários na formulação das propostas de preços, quando houver nexo entre os serviços a serem prestados e os objetivos estatutários da entidade prestadora dos serviços.

Ao apreciar representação formulada ao TCU apontando possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 11/2022, sob a responsabilidade da Diretoria-Geral do Senado Federal, cujo objeto era a “contratação de empresa para a prestação de serviços de execução indireta nas áreas de televisão, rádio, jornal, agência de notícias e relações públicas inerentes à Secretaria de Comunicação Social e a outros órgãos do Senado Federal”, o Tribunal, por meio do [Acórdão 1186/2023-Plenário](#), decidira, entre outras providências, “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”. Irresignada, a fundação de direito privado que havia sido inicialmente declarada vencedora do certame, mas teve posteriormente o seu contrato anulado por aquela Casa Legislativa, interpôs pedido de reexame contra a deliberação do TCU. Também em face do aludido acórdão, o Senado Federal apresentara peça recursal intitulada como embargos de declaração, mas que, por meio do [Acórdão 2016/2023-Plenário](#), foi aproveitada como pedido de reexame. Em relação ao primeiro recurso, a fundação destacou que a discussão nos autos envolvia, em suma, a possibilidade de instituição sem fins lucrativos utilizar benefícios tributários em proposta de preços, e não a possibilidade de sua participação em licitações. Salientou que o [Acórdão 2969/2022-Primeira Câmara](#) decidira caso idêntico, sem proibir a participação de instituições sem fins lucrativos em certames públicos, nos seguintes termos: “1.6.1 (...) 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”. Em sua peça recursal, o Senado Federal pontuou que, malgrado o entendimento inovador constante do sobredito Acórdão 2969/2022-Primeira Câmara, no qual se baseou o recurso interposto pela fundação, a Receita Federal do Brasil manifestara-se no sentido de que o exercício de atividades econômicas por



entidades imunes a tributos deveria ser limitado, tendo em vista o princípio da proteção à livre concorrência, mas não peremptoriamente vedado. Ressaltou ainda que a IN Seges-MPDG 5/2017, que dispõe 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, em seu art. 12, parágrafo único, veda a participação de entidades sem fins lucrativos em certames destinados à contratação de empresas, nos seguintes termos: “Art. 12 (...) *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*”. Defendeu que a proteção da concorrência e da isonomia nos processos licitatórios deveria ser privilegiada, impedindo que instituições sem fins lucrativos que usufruam de imunidade tributária detenham vantagem injusta em relação às demais concorrentes. E argumentou que aquela fundação não teria sido a primeira colocada no Pregão 11/2022 caso os tributos tivessem sido incluídos na sua planilha de custos. Ao apreciar ambas as razões recursais, a unidade técnica assinalou, preliminarmente, que o TCU, com fundamento no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/1993, revogada pela Lei 14.133/2021, manifestara-se, em diversas oportunidades, acerca da participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, no sentido de que não deve haver vedação genérica e que a participação seria possível quando houvesse nexo entre os serviços a serem prestados e os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços, mencionando, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: [7459/2010-Segunda Câmara](#), [1406/2017-Plenário](#), [2847/2019-Plenário](#), [2607/2021-Plenário](#) e [6671/2023-Primeira Câmara](#). Reforçou que, não obstante a IN Seges-MPDG 5/2017 vedar, em seu art. 12, parágrafo único, a participação de entidades sem fins lucrativos em certames destinados à contratação de empresas, o Pleno do TCU, por intermédio do [Acórdão 2426/2020](#), determinara à extinta Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME) a adoção de providências para modificar o referido dispositivo normativo, com vistas a: “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 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*”. Nesse sentido, enfatizou que somente deveriam estar impedidas de participar de licitações as Oscips, desde que participassem do certame nessa condição, como restara consignado no Acórdão 746/2014-Plenário. A unidade técnica também chamou a atenção para o fato de que, por ocasião do monitoramento do Acórdão 2426/2020-Plenário, a então SEDGGD/ME informara que o parágrafo único do art. 12 da IN Seges-MPDG 5/2017 seria “*alterado após a publicação da nova lei acerca de licitações e contratos para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”, mas que, para atender à determinação contida no item 9.3 do acórdão referenciado, fora publicada no Portal de Compras do Governo Federal, em 8/1/2021, e atualizada em 8/7/2022, a Orientação nº 30, com o seguinte teor (grifos da unidade instrutiva): “**A Secretaria de Gestão orienta os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da realização de processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa, que incluam em seus editais a possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos nos processos licitatórios para a contratação de serviços sob regime de execução indireta, excetuadas aquelas qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPI), até que se proceda a alteração da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017**”. Ainda segundo a unidade técnica, considerando que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários não ofertados às sociedades empresárias, haveria, sim, quando aquelas participam de licitações, “*desequilíbrio nas condições de competir com as licitantes que não possuem tal prerrogativa, em desrespeito aos princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência, previstos nos arts. 5º, caput, e 170, inciso IV, da Constituição Federal, bem como o disposto no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, que prevê que as contratações devem ocorrer ‘mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*’”. Por outro lado, ponderou a



unidade instrutiva, as entidades sem fins lucrativos não estariam impedidas de buscar receitas para alcançar sua finalidade social e justificar a imunidade tributária concedida, razão por que o TCU, por meio do Acórdão 2969/2022-Primeira Câmara, na tentativa de permitir que tais entidades participem de licitações sem prejuízo à livre concorrência, haja vista os benefícios advindos de sua imunidade tributária, condicionara essa participação à comprovação de que os recursos provenientes das atividades tipicamente empresariais por elas desenvolvidas se destinem a suportar majoritariamente os custos com suas atividades sociais. Nesse ponto, a unidade técnica registrou que, em processo de representação que apreciara possíveis irregularidades no Pregão 18/2022, conduzido pela Câmara dos Deputados, considerara-se que o estatuto da entidade e a sua declaração, afirmando a aplicação integral dos recursos na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais, seriam suficientes para demonstrar o cumprimento do prefalado Acórdão 2969/2022-Primeira Câmara. Por derradeiro, a unidade instrutiva frisou que a jurisprudência dominante no TCU seria no sentido de que não deve haver vedação genérica à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações, tendo em vista a inexistência de previsão legal, além do que, em diversos julgados, o Tribunal estabeleceu que a participação dessas entidades não econômicas em certames públicos estaria condicionada à demonstração da compatibilidade entre o objeto licitado e a finalidade de atuação da instituição, conforme definido em seu estatuto. Arrematou, na sequência, que *“eventual afronta ao princípio da isonomia não é suficiente para fundamentar a vedação às associações sem fins lucrativos de participarem de licitações”*, vedação a qual se aplicaria somente às Oscips que, atuando nessa condição, participassem de processos licitatórios. Propôs então, quanto ao mérito dos recursos, que lhes fosse dado provimento parcial para tornar insubsistente a alínea “c” do acórdão recorrido, na qual constara a indigitada “ciência” ao Senado Federal. Em seu voto, anuindo ao entendimento da unidade técnica, o relator repisou que a questão principal examinada nos autos se referia à possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos em licitações utilizando-se dos seus benefícios tributários na formulação das propostas de preços. Endossou que o TCU, de fato, já se manifestara sobre a matéria em diversas oportunidades, a exemplo do Acórdão 6671/2023-Primeira Câmara, oportunidade em que restara assente a compreensão de que não deve haver vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, sendo possível a participação quando houver nexo entre os serviços a serem prestados e os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços. Inexistindo, a seu ver, previsão legal para a restrição genérica, e à luz da jurisprudência dominante no Tribunal, acolheu a proposição da unidade técnica no sentido de que o Pleno tornasse insubsistente a alínea “c” do Acórdão 1186/2023-Plenário, mormente porque a restrição genérica sobre a participação de entidades sem fins lucrativos, como constara da deliberação recorrida, *“além de representar formalismo exacerbado, afronta aos princípios da razoabilidade e da competitividade nas licitações públicas, cuja finalidade é buscar a seleção da proposta economicamente mais vantajosa para a Administração, com observância dos princípios da isonomia, igualdade, economicidade e livre concorrência, entre outros”*, no que foi acompanhado pelo demais ministros presentes.

Acórdão 2481/2024 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Augusto Nardes.

Observações:

Inovação legislativa:

[Decreto 12.304, de 9.12.2024](#) - Regulamenta o art. 25, § 4º, o art. 60, *caput*, inciso IV, e o art. 163, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, para dispor sobre os parâmetros e a avaliação dos programas de integridade, nas hipóteses de contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, de desempate de propostas e de reabilitação de licitante ou contratado, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

[Decreto 12.343, de 30.12.2024](#) - Atualiza os valores estabelecidos na Lei 14.133/2021.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br



Informativo Licitações e Contratos
