
**À ILMA. SRA. PREGOEIRA DO CONSELHO REGIONAL DE
ODONTOLOGIA DO ESTADO DA BAHIA**

Ref.:
Pregão Eletrônico Nº 020/2023

FUNDAÇÃO ADM, entidade sem fins lucrativos, regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.420.448/0001-52, com sede à Avenida Tancredo Neves, nº 274, Centro Empresarial Iguatemi, Bloco A, Sala 707/708, Caminho das Árvores, Salvador – Bahia, CEP: 41.820-020, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, oferecer as suas:

CONTRARRAZÕES

Em face do Recurso Administrativo interposto pela GOMES EMPREENDIMENTOS - ME., ante os fatos e fundamentos jurídicos que a seguir se expõe:

1. DO BREVE ESCORÇO FÁTICO.

A Fundação ADM fora declarada vencedora do Pregão Eletrônico n. 020/2023, Processo Administrativo n. 046/2022, após a desclassificação da SELECT SERVIÇOS LTDA – EPP.

Com efeito, a Recorrente se insurge contra os termos da decisão administrativa que considerou a Recorrida vencedora do processo licitatório, afirmando, em síntese, que:

- a) Há erros na planilha apresentada pela Fundação ADM, por não apresentar cálculo referente a impostos;
- b) A Comissão de Licitação e Contratos “*não adotou o benefício às microempresas e empresas de pequeno porte, referente ao direito previsto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2003*”, no sentido de que, em caso de empate, real ou ficto, é assegurada a preferência de contratação para as microempresas (o caso da Recorrente) e empresas de pequeno porte;
- c) Por fim, que a Ilma. Pregoeira afrontou o princípio da isonomia ao declarar a ora Recorrida como vencedora do certame e o descumprimento do subitem 5.1 do Termo de Referência, anexo do Edital da licitação.

É a síntese.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

2.1. DO OBJETO SOCIAL DA FUNDAÇÃO. HARMONIA COM O SERVIÇO LICITADO.

Ab initio, cumpre esclarecer, brevemente, como funciona uma fundação. Prevista no Código Civil (arts. 62 a 69), consiste num patrimônio destinado a um fim de interesse público ou social que adquire personalidade jurídica, na forma da lei civil.

Com efeito, para a sua constituição, é preciso prévia autorização do Ministério Público, ao qual incumbe aprovar a minuta do estatuto e avaliar se o patrimônio destinado para a fundação é suficiente para aqueles fins.

Portanto, desde o seu nascedouro, a Fundação ADM é fiscalizada, anualmente, pelo Ministério Público.

Dito isto, passa-se à análise do Estatuto Social da Fundação ADM, **devidamente aprovada pelo MP-BA.**

O parágrafo único do art. 2º, do Estatuto Social da Recorrida prevê, expressamente, a “gestão de recursos humanos vinculados à administração pública”. Permita-se:

“Art. 2º. A Fundação tem por finalidade prestar apoio a atividades e projetos de pesquisa, ensino, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da Universidade Federal da Bahia – UFBA e de outras instituições de ensino superior públicas e privado, competindo-lhe:

[...]

Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, a Fundação poderá celebrar convênios, contratos e acordos de cooperação e gestão com instituições públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, além de desenvolver atividades de assistência técnica e consultoria, promover concursos públicos e processos seletivos para contratação de pessoal, **bem como a gestão de recursos humanos vinculados a administração pública.**

O objeto da licitação, por sua vez, é o “suporte administrativo e operacional de prédios públicos”. Ora, notadamente, **gestão de recursos humanos**. Sobre esta previsão, importante fazer considerações pertinentes. Até o ano de 2021, o Estatuto Social da Fundação ADM não previa expressamente a “gestão de recursos humanos vinculados à administração pública”. Em razão disto, a Recorrida encaminhou ao Ministério Público – repise-se: órgão fiscalizador da Fundação ADM – uma Minuta de Reforma do Estatuto para a análise do órgão ministerial. Com efeito, pretendeu a Recorrida alterar, principalmente, o parágrafo único do seu art. 2º, objetivando a adequação às exigências previstas na Lei nº 12.101/2009.

Vejam como ficaram as alterações:

ANTES DA REFORMA ESTATUTÁRIA:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, a Fundação poderá celebrar convênios, contratos e acordos de cooperação e gestão com instituições públicas e

privadas, nacionais ou estrangeiras, notadamente com instituições de ensino superior além de desenvolver atividades de assistência técnica e consultoria, bem como promover concursos públicos e processos seletivos para contratação de pessoal e gestão de recursos humanos.

APÓS A REFORMA ESTATUTÁRIA:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, a Fundação poderá celebrar convênios, contratos e acordos de cooperação e gestão com instituições públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, além de desenvolver atividades de assistência técnica e consultoria, promover concursos públicos e processos seletivos para contratação de pessoal, **bem como a gestão de recursos humanos vinculados a administração pública.**

Com efeito, o Ministério Público do Estado da Bahia proferiu Despacho, nos autos do IDEA N° 003.9.269674/2021, no dia 06.10.2021, **aprovarando a referida minuta de modificação.**

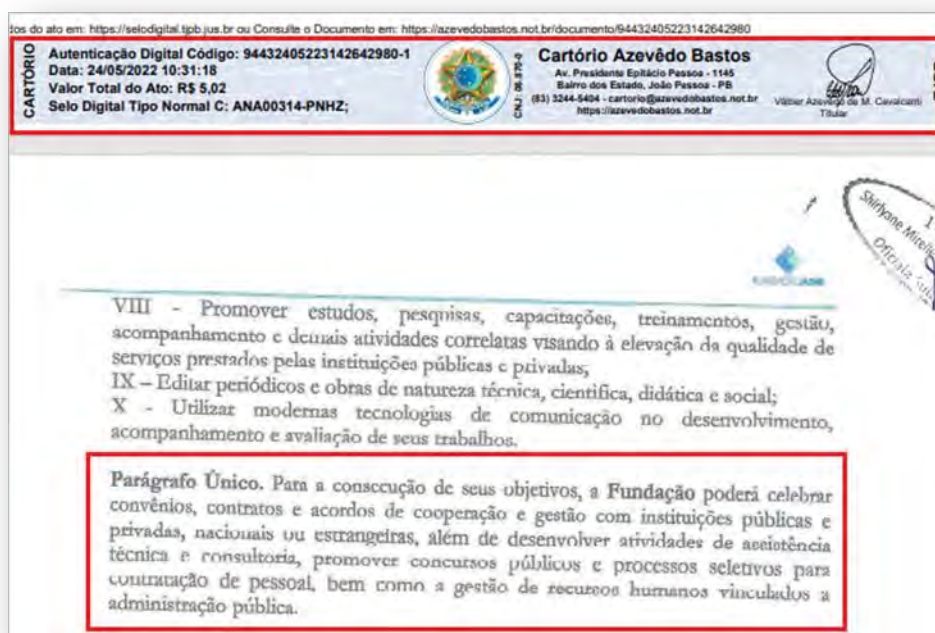
Senão, vejamos:

1º) Na primeira delas, (Art. 2º. Inc. V e **Parágrafo Único**), a minuta apresentada pretende ampliar as áreas abrangidas pelas finalidades da fundação, no que concerne a atividades e projetos desenvolvidos, **inserindo o ramo da saúde atrelado ao aspecto de assistência social**, além de acrescentar no final do parágrafo as hipóteses de “assistência pedagógica, de assistência técnica e extensão rural, de assistência cultural, psicopedagógico e preservação ambiental”;

No tocante a esse item, considerando que a Escritura Pública de Constituição da Fundação prevê entre suas finalidades a de “**exercer outras competências necessárias ao atendimento de sua finalidade**”, **não se vislumbra nenhum óbice à alteração descrita;**

Veja, o Ministério Público, órgão fiscalizador a qual a Fundação ADM presta contas anualmente, aprovou a referida mudança, incluindo, de maneira expressa, a gestão de recursos humanos vinculados à administração pública!

A alteração fora consolidada e devidamente autenticada em cartório, no dia 24.05.2022:



Como dito, o Ministério Público foi o órgão escolhido pelo legislador do Código Civil para exercer a fiscalização e cooperar com o funcionamento das Fundações. *In verbis*:

“Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas”.

Em seguida, o art. 67 trata, especificamente, da possibilidade de alteração do estatuto social da fundação:

“Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:

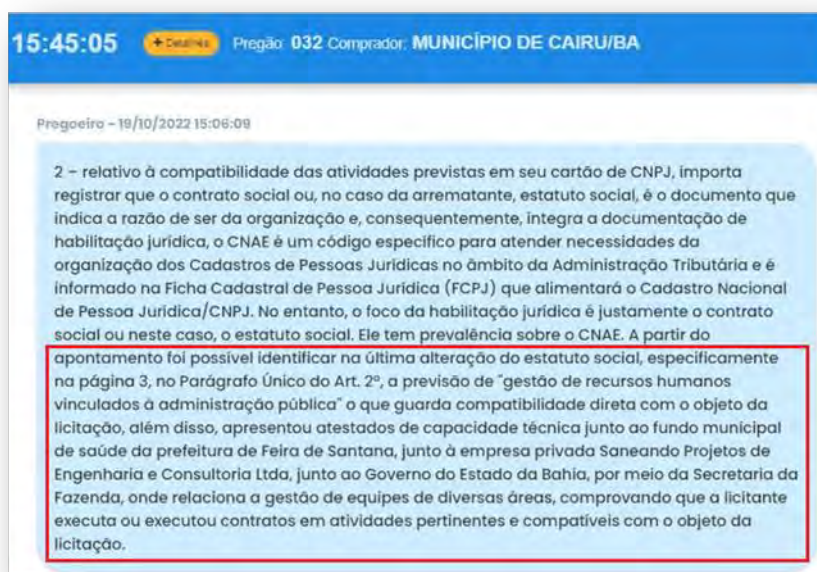
I – seja deliberada por dois terços dos componentes para gerir e representar a fundação;

II – **não contrarie ou desvirtue o fim desta;**

III – **seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias**, findo o qual ou no caso de o Ministério Público denegar, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.”

Ou seja, é impossível a reforma do Estatuto Social das Fundações sem a aprovação do Ministério Público e sem que a mudança seja compatível com a sua finalidade. Nesta ótica, comprovadamente, após análise técnica, o órgão ministerial afirmou que a referida mudança não desvirtua a finalidade da Fundação ADM, **pelo que a reforma estatutária foi devidamente aplicada.**

Apenas para elucidar, em caso recente envolvendo o Pregão Eletrônico nº 032/2022, do Processo Licitatório nº 399/2022, no Município de Cairu/BA, o pregoeiro do Licita Net, ao se deparar com a mesma situação, respondeu nos seguintes termos:



Com isso, desnecessário maiores dilações acerca da incompatibilidade entre o objeto social da Recorrida e o objeto da licitação *sub examine*, porquanto a compatibilidade é patente.

2.2. DA DESNECESSIDADE DE PREVISÃO IDÊNTICA ENTRE O OBJETO SOCIAL E O OBJETO LICITADO. PRECEDENTES.

Outrossim, **AINDA QUE CRISTALINA A EXPRESSA PREVISÃO ESTATUTÁRIA EM CONFORMIDADE COM O OBJETO LICITADO**, é patente na doutrina e jurisprudência que não se exige que o documento constitutivo preveja expressamente que a licitante se dedique especificamente à atividade correspondente ao objeto da licitação. Isto é, **não cabe exigir das licitantes um objeto social idêntico ao objeto do certame**, desde que haja elementos de conexão.

Sobre o tema, inclusive, a nova Lei de Licitações passou a prever que:

“Art. 66. A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.”

Nesta linha, Fernanda Teixeira Almeida leciona que “as atividades desempenhadas pelas empresas licitantes, entretanto, devem guardar uma relação de **pertinência** com o objeto da licitação, sem que isso signifique,

necessariamente, uma correspondência literal entre o objeto social e o objeto descrito no edital¹.

E conclui a autora:

“Ou seja, inexistente a exigibilidade de que a atividade específica, objeto da licitação, esteja expressamente prevista no contrato social das licitantes, cabendo à Administração tão somente aferir se as atividades dispostas nos documentos constitutivos da empresa são **compatíveis, de maneira geral, com os serviços que pretende contratar.**”

Ora, é exatamente esta forma de valoração que as Administrações Públicas que celebram contratos desta espécie com a Fundação ADM realiza. Isto é, em todas as licitações em que a Recorrida sagrou-se vencedora, foi demonstrada, exaustivamente, a capacidade técnica da Fundação, comprovando que o seu objeto social alinha-se ao objeto licitado, ainda que de forma geral.

Inclusive, no âmbito dos Tribunais de Contas pátrios, configura cláusula que fere a concorrência do certame aquela que exige estrita compatibilidade entre o objeto do documento constitutivo e o objeto do serviço a ser licitado.

Permita-se:

É obrigatória a compatibilidade entre a atividade empresarial do licitante e a pretensão contratual administrativa, com fundamento na proporcionalidade e na busca da proposta mais vantajosa, mas **não é válida a exigência de exatidão na correspondência entre o objeto da licitação e o objeto social da empresa licitante, com fulcro na competitividade.** (TCE-MG – Denúncia nº 1047986/2021 – Primeira Câmara)

Entende-se que não há na Lei n. 8.666/1993 nem no ordenamento jurídico pátrio a exigência de que a descrição da atividade contida no ato constitutivo da empresa seja idêntica à descrita no edital de licitação e que, em prol do princípio da ampla concorrência, **basta que haja uma compatibilidade, ainda que genérica, do ramo de atividade desenvolvido pela empresa com o objeto licitado, para que seja atendida a habilitação jurídica prevista na Lei n. 8.666/1993.** (TCE-MG – Denúncia nº 1007909/2019 – 1ª Câmara)

Isto posto, há de convir que, da análise do estatuto social da Fundação ADM consta expressamente a atividade de gestão de recursos humanos **vinculados à Administração Pública**, o que, por óbvio, abarca o objeto da presente licitação.

No entanto, ainda que não se entenda pela compatibilidade estrita, imperioso reconhecer que a lei, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em atestar a desnecessidade de que o objeto social tenha previsão idêntica ao objeto licitado, sob pena de ferir a livre concorrência do certame.

¹ ALMEIDA, Fernanda Teixeira. **Compatibilidade entre o objeto da licitação e o objeto social da empresa licitante.** 2021, disponível em: <https://nandinhat Almeida.jusbrasil.com.br/artigos/1295367465/objeto-da-licitacao-e-objeto-social-da-licitante-compatibilidade>.

De outro ângulo, acaso se entenda procedente o presente Recurso Administrativo, olvidando-se o Estatuto Social da Recorrida, bem como a tese aqui aventada, acarretará, invariavelmente, um prejuízo enorme para a Administração Pública, na medida em que, certamente, não contratará o melhor serviço com o menor preço possível – sendo este o objetivo precípua do procedimento licitatório.

2.3. DA IMUNIDADE FISCAL. NATUREZA CONSTITUTIVA DE FUNDAÇÃO.

Sustenta a Recorrente que no tocante à proposta de preço, a Recorrida apresentou erros em sua planilha de cálculo, especificamente no que diz respeito aos respectivos impostos.

No entanto, olvida a Recorrente que a FUNDAÇÃO ADM, por sua própria natureza jurídica de entidade sem fins lucrativos, possui isenções fiscais – que, em verdade, se trata de imunidade fiscal, na medida em que o benefício é previsto no texto Constitucional –, no tocante à sua atividade-fim.

É o que decorre do art. 15, da Lei Federal n.º 9.532, de dezembro de 1997. Senão, vejamos:

“Art. 15. Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.”

É, outrossim, o que se extrai do texto constitucional:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”

Sobre o tema, a Suprema Corte já fixou o seu entendimento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTIDADES SINDICAIS, PARTIDOS POLÍTICOS, INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS – IOF.

1. Segundo a pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição da República alcança o Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.
2. Os objetivos e valores perseguidos pela imunidade em foco sustentam o afastamento da incidência do IOF, pois a tributação das operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários das entidades ali referidas, terminaria por atingir seu patrimônio ou sua renda.
3. A exigência de vinculação do patrimônio, da renda e dos serviços com as finalidades essenciais da entidade imune, prevista no § 4º do artigo 150 da Constituição da República, não se confunde com