

Ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, Administração Regional no Estado de São Paulo.

Referência: Pregão Eletrônico - Registro de Preço nº. 0002/2023.

MAIS CÂMARA, INTELIGÊNCIA DE DADOS E TECNOLOGIA Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 14.951013/0001-50, com sede na Rua Copaíba, lote 01 Torre A sala 1801, Águas Claras-DF, por meio do seu representante legal infrafirmada, de forma tempestiva, vem apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra o ato da Comissão de Licitações que julgou vencedora a Associação Câmara de Dirigentes Lojistas de Vitória-CDL, CNPJ 28.160.083/0001-03, por manifesta inabilitação, o que faz pelos fundamentos de fato e direito a seguir aduzidos:

A TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, salienta-se que nos termos do Decreto 10.024/2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

No caso em tela, a decisão ocorreu dia 31.10.2023 em sessão de licitação, com prazo para interposição das razões do recurso até o dia 02.11.2023.

Restando, portanto, demonstrado a tempestividade do presente recurso.

DOS FATOS E DA RAZÃO DO RECURSO

Por intermédio de sua insigne Comissão Permanente de Licitações, O Senac Administração Regional do Estado de São Paulo, promoveu a licitação sob a modalidade PREGÃO 0002/2023, sendo objeto:

Contratação dos serviços de proteção ao crédito - sistema de proteção ao crédito - para notificação de débito, inclusão de devedores no cadastro de inadimplentes de pessoas físicas e jurídicas em banco de dados da prestadora dos serviços para consulta em todo território nacional, consulta resumida e detalhada de dados com histórico de registros de débitos negativos de pessoas físicas e jurídicas dos últimos 5 (cinco) anos de débitos e consulta de dados cadastrais atualizados para as unidades educacionais, hotéis e editora do Senac São Paulo

Outrossim, tendo ocorrido a sessão de abertura do certame no dia 31/10/2023, onde 03 (três) empresas participaram com os seus lances. A licitante classificada em primeiro lugar (CDL Vitória), fora habilitado irregularmente pela Pregoeira. Contudo, apresentamos recurso para requerer a inabilitação/desclassificação da CDL-Vitória-ES, vejamos:

Vale ressaltar que, a CDL de Vitória é uma entidade civil, sem fins econômicos, criada para fomentar os negócios dos lojistas locais, conforme divulgado no seu próprio site e em seu Estatuto.

A CDL Vitória é uma entidade que nasceu com o intuito de representar o setor varejista na capital do Espírito Santo.

Muito além de caminhar lado a lado com o comércio da capital, a CDL cumpre com o seu papel de referência para os lojistas, integrando, representando e amparando a categoria junto aos poderes públicos municipal, estadual e federal.
<https://cdlvitoria.com.br/>

Art. 2º A CDL VITÓRIA tem por finalidades:

I- Congregar as empresas que atuam na Região Metropolitana de Vitória, visando constituir-se em centro de defesa dos interesses comuns da classe, e, sobretudo, propiciar, paralelamente, o fortalecimento cada vez maior das relações de amizade e do espírito de solidariedade entre ele;

II- Cooperar com as entidades públicas e privadas nos assuntos que se relacionam, direta e indiretamente, aos objetivos sociais da CDL VITÓRIA;

(...)

XIV- Amparar e orientar os interesses dos associados, do comércio lojista e demais atividades empresariais, em especial as micro e pequenas empresas; defender a ordem econômica, a livre iniciativa no âmbito nacional e a justiça fiscal, inclusive na qualidade de substituta processual ativa e na qualidade de representante judicial ou extrajudicial, em conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XXI da Constituição Federal e na Lei 7.347/85, inclusive para o fim de promover Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade;

XV- Promover o desenvolvimento da classe em todos os aspectos, sobretudo prestar serviços na área de troca de informações de proteção ao crédito; planos de saúde, treinamentos, bem como prestar todo e qualquer serviço para a classe que representa desde que atenda e auxilie os anseios da mesma;

XVI- Prestar serviços de cobrança judicial ou extrajudicial para as empresas do segmento empresarial, buscando assim, promover avanços e sustentabilidade para categoria.

Destaca-se que a CDL de Vitória não pode atuar fora da sua região, considerando ainda, que não há relação entre os objetivos estatutários da referida licitante e o objeto licitado, o que contraria o item 3.1.1 do edital do Pregão 0002/2023, que exige que o ramo de atividade da licitação seja compatível com o referido objeto, bem como contraria a jurisprudência do TCU (Acórdão 2506/2006-TCU-Segunda Câmara, Relator Ministro Augusto Sherman, Acórdão 2803/2007-TCU-Primeira Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer, e Acórdão 7459/2010-TCU-Segunda Câmara, Relator Ministro Raimundo Carreiro).

Cumprido destacar que simples fato de uma entidade ter sido constituída como uma associação sem fins lucrativos não é motivo suficiente para impedi-la de realizar atividades econômicas. Cumprido ressaltar, no entanto, que o exercício de tais atividades

devem estar estritamente atrelado ao atingimento das finalidades e objetivos estatutários da entidade, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade.

Ora, a Licitante CDL de Vitória é uma entidade de classe, sem fins econômicos, formada por empresas associados, criadas para representar o setor varejista em âmbito municipal, considerando que a Requerida está participando de licitação fora da sua abrangência Municipal, sendo objeto da licitação os serviços de inclusão de devedores no cadastro de inadimplentes de pessoas físicas e jurídicas em banco de dados da prestadora dos serviços para consulta em todo território nacional das unidades educacionais, hotéis e editora do Senac São Paulo.

Está atividade de prestação de serviços para o SENAC-SP não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de “promover a defesa de direitos dos seus associados ou fomentar e desenvolver a aproximação dos integrantes e dirigentes de empresa de varejo no âmbito da CDL Vitória”, o que configura claro desvio de finalidade.

Consoante o art. 53 do Código Civil, "*constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*" (grifou-se)

Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os arts. 966 e 981 do Código Civil, os quais conceituam "empresário" e "sociedade empresária", respectivamente:

"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."

"Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados." (grifou-se) .

Ou seja, se a pessoa jurídica possui fins econômicos, consistente na busca pela consecução de resultados financeiros, mediante a produção ou circulação de bens e serviços, ela deve constituir-se sob a forma de sociedade empresária e não sob a forma de associação.

Por outro lado, as licitações buscam a seleção de proposta mais vantajosa para a Instituição ou administração pública daqueles que, em essência, se disponham a executar obras, prestar serviços ou vender produtos. Nesses termos, assim dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal:

"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública..." (grifou-se) .

A Lei 8.666/1993, por sua vez, também dispõe de forma semelhante:

"Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei." (grifou-se)

Dessas disposições, o que se depreende é que as licitações são o instrumento pelo qual a Instituição ou administração pública vai ao mercado para contratar agentes do campo econômico, de forma a satisfazer as necessidades de seu funcionamento e prestar os serviços públicos a seu cargo.

Assim, por serem as licitações ações intrínsecas ao exercício de atividades econômicas, não se vislumbra espaço para que associações participem de procedimentos licitatórios, pois, como visto, essas entidades não se prestam para o exercício dessas atividades.

Veja-se que a distinção entre sociedades e associações não é uma mera formalidade restrita ao campo da nomenclatura ou ao mero estabelecimento de critérios para a classificação das pessoas jurídicas de direito privado.

Essas duas espécies de pessoas jurídicas estão sujeitas a regimes jurídicos diversos com as consequências daí advindas.

As associações estão sujeitas a condições tributárias diferentes das sociedades empresárias. Em geral, as primeiras gozam de benefícios fiscais e previdenciários não extensíveis às segundas.

Assim, quando as associações exercem atividades econômicas há uma quebra das condições de competir com as sociedades empresárias que foram constituídas para esse fim. Vislumbra-se, pois, uma violação ao princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal.

Especificamente no campo das licitações públicas, ocorre violação ao já mencionado inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece que as contratações devem ocorrer "*mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrente.*" (grifou-se)

No mesmo sentido, dispõe o art. 3º da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que "*a licitação se destina a garantir a observância do princípio da isonomia*".

Por certo, o fato de as associações não se organizarem para fins econômicos e não terem, portanto, atividade lucrativa, não as impede que busquem receitas para o seu funcionamento. Nesse sentido, o art. 54, inciso IV, da Lei 10.406/2002, dispõe que o estatuto das associações deverá obrigatoriamente indicar "*as fontes de recursos para sua manutenção*".

Entretanto, nessa busca de fonte de recursos, não pode ser transmutada a natureza da associação - organização sem fins econômicos - e tampouco a caracterização de ação violadora do princípio da livre concorrência e da isonomia, em especial, nesse último caso, na atuação em licitações públicas.

Nessa linha de viabilização de sustento das associações, a legislação permite que, em determinadas situações, a administração pública contrate essas associações, não por licitação, ante a incompatibilidade jurídica para tanto, mas mediante contratações diretas.

Como exemplo, cite-se o art. 24 da Lei 8.666/1993, o qual permite, em determinadas hipóteses, a contratação de associações sem licitação prévia:

"XX - na contratação 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." (grifou-se) .

"XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas

formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública." (grifou-se)

Nesses casos, trata-se de atividades em que, de forma evidente, as receitas auferidas pelas associações destinam-se à manutenção de suas atividades, quais sejam, o sustento de seus associados em condições de vulnerabilidade social. Ou seja, não há que falar que essas entidades tenham se organizado para fins econômicos, ante a nitidez do caráter assistencial das receitas a serem auferidas com a contratação.

Ante o exposto, por entender que pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações não possuem condições jurídicas para participar de licitações públicas. Nessa mesma linha de entendimento já se manifestou este TCU, no Acórdão 7459/2010-TCU-Segunda Câmara, Acórdão 397/2020-TCU.

Não poderia a CDL de Vitória habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 0002/2023, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

Em suma, a Câmara de Dirigente Lojistas de Vitória - CDL/ES está participando de procedimentos licitatórios ao lado de empresas privadas e fora dos limites de sua sede, os quais não desfrutam do benefício da imunidade tributária. Tal ação configura prática de concorrência desleal, nos termos do §3º do art. 12 da Lei nº 9.532/97 e do art. 195, III, da Lei 9.279/96, além de violar os princípios da moralidade e da isonomia.

É sabido que todos os licitantes que gozem de isenção e imunidade tributária ou qualquer outra condição que possa violar o princípio da isonomia, como por exemplo, o recebimento de recursos públicos e/ou contribuições parafiscais, devem demonstrar que o objeto licitado está de acordo com os seus objetivos estatutários específicos. Segundo o Acórdão n.º 2.847/2019-TCU-Plenário:

13. (...) esse requisito - de nexa específico entre objetivos estatutários e objeto contratual - é necessário para estabelecer um discrimen mínimo entre as associações sem fins lucrativos e as sociedades empresariais, em relação às possibilidades de contratação com a Administração Pública. Do contrário, estar-se-iam criando condições não isonômicas entre ambas as espécies de licitantes, pois os primeiros, com menor carga tributária, ingressariam em uma ampla gama de certames em condições privilegiadas em relação aos últimos.

Contudo, tal orientação do TCU aos gestores públicos data do ano de 2014: Acórdãos n.º 746/2014; n.º 1.406/2017; n.º 2.847/2019 e n.º 2.426/2020.

Assim, a Câmara de Dirigente Lojistas de Vitória - CDL/ES não pode participar desse procedimento licitatório, cujo edital não traz quanto à necessidade de atendimento deste requisito por licitante que goze de isenção e/ou imunidade tributária ou, ainda, que seja custeado por contribuições parafiscais e/ou repasses de verbas públicas ou mesmo de violação de licitante quanto à cláusula explícita nesse sentido, caberá a Sra. Pregoeira exercer seu poder de autotutela e INABILITAR a CDL de Vitória, bem como às licitantes concorrentes exercerem seu direito de recurso, seja pela via administrativa ou judicial.

Notadamente, as entidades CDLs possuem estatuto social registrados, onde fixaram as diretrizes das suas políticas sociais, o fim social das entidades, notado em sua eficácia funcional, limitando a atuação dos seus administradores e, inclusive, dos órgãos deliberativos da entidade.

O desvio de finalidade da entidade é flagrante quando a CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE VITÓRIA (CDL- ES), está concorrendo diretamente com as empresas do setor privado e fora dos limites do município da sua sede, por meio de desde processo licitatório, no pregão eletrônico 00002/2023, promovido pela SENAC Regional de São Paulo, no Estado de São Paulo.

Assim, a entidade que goza de isenção tributária não pode sair do limite dos objetivos sociais, em cuidar e atender os seus associados, para explorar de forma concorrencial no mercado uma atividade econômica lucrativa.

Cumpra destacar as isenções sobre a tributação de entidades sem fins lucrativos está disciplinada pela Lei nº 9.532/97 (Art. 15), que concede o benefício às instituições de caráter: Filantrópico, Recreativo, Cultural e Científico, e as Associações civis que prestem serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a quem se destinam, sem fins lucrativos.

Para o gozo da isenção, as instituições **estão obrigadas a:**

- Não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações, fundações ou organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores **praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação.**
- Aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;
- Manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;
- Conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;
- Apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

Ocorre que a CDL de Vitória em virtude de descumprimento das regras e requisitos não faz jus ao benefício, o que certamente será questionado por esta Recorrente em ação judicial, já que está disputando licitações no mercado com empresas privadas em concorrência desleal e ainda fora de sua Sede. Ocorrendo um desvio de finalidade, conforme tratado no art. 2º da Lei 4.717/65. Ante a inobservância dos elementos intrínsecos e extrínsecos do Estatuto Social da CDLs, e do disposto nos arts. 47 e 1.015 do Código Civil Brasileiro, é suficiente para a suspensão do gozo da imunidade tributária, aplicando o disposto no art. 32 da lei nº 9.430, de 1996.

DO PEDIDO

Isto o exposto, requer-se que:

Essa respeitável Comissão de Licitação que, reconsiderando a decisão que julgou como vencedora a Associação Câmara Dirigentes Logística de Vitória-CDL-ES, reconheça sua inabilitação por não cumprimento das condições do Edital e desrespeito aos princípios da moralidade e da isonomia, além de configura prática de concorrência desleal, nos termos do §3º do art. 12 da Lei nº 9.532/97 e do art. 195, III, da Lei 9.279/96.

Subsidiariamente, não sendo reconsiderada a decisão, se digne a Comissão em fazer a remessa do presente recurso à autoridade que lhe for imediatamente superior, a fim de que a mesma o aprecie, conhecendo-o e dando-lhe provimento para que, reforme a decisão que declarou vencedora Câmara Dirigentes Logística de Vitória-CDL, para dar continuidade ao julgamento do certame.

Termos em que,
PEDE E ESPERA DEFERIMENTO.
Brasília, 01 de novembro de 2023.

MAIS CÂMARA, INTELIGÊNCIA DE DADOS E TECNOLOGIA LTDA
Luciana Maria Aragão Marcondes OAB/DF 31.204
- Representante Legal/Sócia-