



**MUNICÍPIO DE BOM PRINCÍPIO**  
Estado do Rio Grande do Sul

**ATA DE JULGAMENTO PREGÃO PRESENCIAL Nº 027/2020**

Aos vinte e um dias do mês de maio do ano de 2020 às 17 horas, na sala de licitações, o Pregoeiro, designado por portaria específica, reuniu-se com a equipe de apoio com a finalidade de julgar o recurso interposto pela empresa habilitada, com as devidas contra razões, da empresa ASSOCIAÇÃO VILAS BOAS. Essa comissão, de acordo com o parecer jurídico anexo decide por rever sua decisão anterior dando provimento ao recurso da empresa LF FACILITIES LTDA a fim de inabilitar a ASSOCIAÇÃO VILAS BOAS por entender que não existe compatibilidade entre o objeto da licitação e os objetivos sociais da referida. Desta forma determina o prosseguimento do processo com a designação de sessão de abertura do envelope nº 2 da segunda classificada (CDT WAY SINALIZAÇÕES LTDA) para o dia 26 de maio as 14 horas.

Nada mais havendo a constar, foi encerrada a sessão, cuja ata vai assinada pelo Pregoeiro, equipe de apoio.

**AUGUSTO NAPP**  
Pregoeiro

**MIGUEL FELIPE PORTINHO HARTMANN**  
Apoio

**PARECER Nº 017/20**

**POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DESDE QUE A FINALIDADE ESTATUTÁRIA ESTEJA COMPATÍVEL COM O OBJETO LICITADO.**

Submete-nos o Pregoeiro, recurso administrativo interposto pela empresa LF Facilietes Ltda, contra a habilitação da Associação Vilas Boas, decorrente do julgamento constante da ata do pregão presencial nº 027/20 que objetiva a contratação de serviços de limpeza de logradouros públicos, sob o argumento de que a Associação recorridana não teria atendido ao disposto no item 5.2.4, aduzindo que o balanço patrimonial não atenderia a NBC ITG 1000, por desatender à observância das Notas Explicativas e porque não poderia participar do certame, tendo em vista tratar-se de uma “Cooperativa”, o que contrariaria a sumula 281 do TCU.

A Associação recorrida apresentou suas contrarrazões, aduzindo, em preliminar, a intempestividade das razões de recurso, e no mérito, argui que se trata de “Associação Civil” e não de “Cooperativa” e que por essa razão não existiria óbice jurídico à contratação.

É o breve relato.

Sobre a preliminar de intempestividade recursal, temos que efetivamente as razões de recurso interposto são intempestivas, tendo em vista que o julgamento ocorreu no dia 27.04.20. Logo, o prazo de três dias venceu em 30.04.20. Como as razões de recurso foram protocoladas no dia 04.05.20, resta demonstrada a sua intempestividade.

Mesmo intempestivo, não há como a administração municipal cerrar os olhos aos argumentos trazidos pela recorrente para analisar se não há vícios legais. Destarte, há que se apreciar a possibilidade jurídica de participação de “Associação” em processo licitatório. Há distinção jurídica entre elas, conforme se extrai da leitura do Código Civil, que assim conceitua cada uma delas.

Segundo leitura do art. 53 do CC, conceitua-se como Associação:

*Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*

*Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

No CC não há a definição de empresas, mas de empresários que pode exercer a atividade comercial, de forma individual ou societária, conforme leitura que se faz dos arts. 966 e seguintes:

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

As empresas tem atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços e tem capital social, enquanto a Sociedade Civil tem associados e não tem atividade econômica. Mas isso não parece ser impedimento à contratação de Associação pela administração pública, desde que o objeto da licitação esteja entre as atividades e finalidades da referida associação.

Senão vejamos:

O Código Civil dedica um capítulo próprio para a disciplina das associações (arts. 53 a 61) e outro para regular as fundações (arts. 62 a 69). Define como associação o ente acometido de personalidade jurídica própria, formada pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53 do Código Civil). Já “a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência” (art. 62, parágrafo único). Essas são as duas espécies de pessoas jurídicas de direito privado que desenvolvem suas atividades sociais sem o objetivo de auferir e distribuir lucros a seus integrantes.

Partindo da ideia de que tais entes não podem atuar com fins econômicos, em um primeiro momento, seria possível entender que as associações e fundações estariam impedidas de celebrar contratos com a Administração Pública, haja vista que essa espécie de negócio jurídico, na generalidade dos casos, resulta em lucro para um ou ambos os contraentes.

Essa conclusão, no entanto, é equivocada. Explica-se.

A Lei Civil, ao impedir que as associações e fundações desempenhem um fim econômico, não pretendeu, de modo algum, vedar que viessem a obter resultado econômico positivo, o que seria inconcebível, pois sem a obtenção de

resultado econômico positivo a entidade não teria meios de viabilizar sua subsistência e estaria fadada à extinção.

Na verdade, o que se proíbe, sim, é que as associações sejam constituídas com a finalidade precípua de executar uma atividade econômica ligada diretamente à ideia de distribuição de lucro entre seus integrantes. Nada impede, dessa forma, que elas venham a colher resultados positivos como decorrência do exercício dos fins sociais a que se destinam.

Destaque-se, apenas, que esse “lucro” deve ser revertido para o exercício da finalidade da entidade.

Diante dessa realidade, nada impede, ao menos em tese, que as associações e fundações participem de licitações e, por conseguinte, venham a celebrar contratos com a Administração Pública. Deve-se salientar, no entanto, que, para tal fim, será indispensável que o objeto do contrato seja condizente com o objeto social da associação, o qual se encontra previsto necessariamente em seu ato constitutivo.

Essa parece ter sido a conclusão a que chegou a 2ª Câmara do TCU no Acórdão nº 7.459/2010. Nessa oportunidade, o TCU entendeu que não deve haver vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, desde que haja nexos entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços:

*9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:*

*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; e*

Atente-se, também, para a racionalidade formada pelo TCU a partir da conclusão do estudo determinado no Acórdão nº 766/2013 – Plenário à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), para que constituísse Grupo de Trabalho com o objetivo de avaliar a legalidade da participação de Organização

da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) em certames da Administração Pública federal.

As conclusões formuladas pelo Grupo de Trabalho foram avaliadas pelo Plenário do TCU por ocasião do Acórdão nº 746/2014 – Plenário. Nessa oportunidade, o Ministro relator ponderou em seu voto:

*29. Outro ponto que não pode ser negligenciado no presente estudo, e que foi abordado pela unidade instrutiva, diz respeito ao fato de as OSCIP, por assim terem se qualificado, serem privilegiadas com isenção de impostos, o que, em tese, as coloca em posição de vantagem com as demais empresas na participação de licitações.*

*30. Consoante apontado pela Selog, as OSCIP, por serem consideradas entidades sem fins lucrativos, fazem jus a isenções do pagamento de Imposto de Renda (art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal e arts. 9º e 14 da Lei nº 5.172/1966), do Imposto sobre Serviços – ISS, do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e do Imposto Territorial Rural – ITR.*

*31. Diante de tal fato, é evidente que as OSCIP, quando participantes de torneios licitatórios, teriam condições de ofertar um preço menor que o de seus concorrentes, beneficiando-se de uma isenção não concedida para que elas atuassem em regime de contratação com o Poder Público.*

*32. Desse modo, estar-se-ia desvirtuando a benesse fiscal concedida às OSCIP para atuarem como parceiras do Estado mediante a celebração do Termo de Parceria nos moldes delineados na Lei nº 9.790/1999.*

Em vista desse e outros argumentos apontados, o Plenário do TCU firmou o seguinte entendimento acerca do assunto:

*9.1. firmar entendimento no sentido de que é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal.*

Dessa orientação, vê-se que, para o TCU, ainda que as OSCIPs sejam pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associações, a Corte de Contas não vedou a participação em licitações de toda e qualquer associação indiscriminadamente, mas apenas daquelas qualificadas como OSCIPs e que, nessa condição, fazem jus a isenções tributárias, tendo assim condições de

ofertar um preço menor do que o de seus concorrentes, por conta desse benefício concedido não para que elas atuassem em regime de contratação com o Poder Público, mas para outros fins (atuação em parceria com o Estado mediante a celebração de Termo de Parceria nos moldes delineados na Lei nº 9.790/99).

A partir dos precedentes analisados, conclui-se que, para a Corte de Contas federal, não se forma vedação absoluta à participação de associações ou fundações (pessoas jurídicas sem fins lucrativos) em procedimentos licitatórios. Ao contrário, em situações dessa espécie, não deve haver vedação genérica à participação de entidades sem fins lucrativos, admitindo-se a contratação de associações ou fundações que demonstrem haver nexo entre o objeto a ser contratado pela Administração e seus estatutos e objetivos sociais.

Todavia, a fim de evitar o uso em desvio dos benefícios que a legislação confere a determinadas categorias de pessoas jurídicas sem fins lucrativos, em entendimento mais recente, o TCU deixou claro entender ser “vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal”.

Em relação a desigualdade no que diz respeito à carga tributária, merece ser feito um registro. Como bem se sabe, o processamento das licitações públicas deve se dar em conformidade com o princípio da isonomia, o qual impõe que, nos termos da lei, todos são iguais. Contudo, isonomia não pode se confundir com tratar igualmente a todos, mas deve ser tomada na sua concepção aristotélica, segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção da desigualdade.

Pessoas jurídicas privadas podem ter fins lucrativos, como: LTDA, SA, ME ou EPP, entre outras. Ou ainda, podem não ter fins lucrativos, como as Associações, que se trata de um ente com personalidade jurídica própria, formado por um grupo de pessoas que se organizam para fim não econômico e as Fundações, que apenas pode ser constituída para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Ambas as associações e fundações são pessoas jurídicas que desenvolvem suas atividades sem que haja a distribuição posterior dos eventuais lucros entre seus integrantes.

Nesse sentido, tendo em mente o fim não lucrativo, é comum o pensamento de que as associações e fundações não poderiam, de maneira geral, participar de processos licitatórios, já que estes por essência se tratam de um negócio jurídico que gera lucro para ambas as partes envolvidas – o ente público e o contratado.

Contudo, não passa de uma suposição incorreta, uma vez que a proibição de que haja fim econômico, não significa o mesmo que a vedação de resultado econômico positivo, caso contrário a entidade não conseguiria viabilizar sua existência e o desenvolvimento de suas atividades.

Portanto, nada impede que as associações e fundações tenham lucro, desde que este seja totalmente revertido para o próprio exercício e para concretização da finalidade dos fins sociais que exercem.

Assim, a princípio, nada impede que esses tipos de pessoas jurídicas sem fins lucrativos participem de licitações e conseqüentemente celebrem contratos com a Administração.

Todavia é importante destacar que é necessário que o objeto do edital esteja relacionado com o objeto social da entidade e que esteja previsto no seu ato constitutivo.

O próprio Tribunal de Contas da União já decidiu em mais de uma oportunidade neste sentido, confirmando a viabilidade da participação desse tipo de pessoa jurídica em licitações públicas.

A exceção à possibilidade de participação das associações e fundações se dá pelas OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, que são constituídas na mesma forma das associações.

Isso porque as OSCIPs fazem jus a isenções tributárias, o que acaba por possibilitar oferecerem um preço menor que as demais participantes em razão do benefício que possuem.

A permissão da participação desse tipo de pessoa jurídica, que percebe isenção fiscal, fere o princípio da isonomia, que se define pela igualdade de possibilidade à todos os licitantes.

Portanto, a vedação genérica da participação de associações e fundações é incorreta, uma vez que estas têm legalmente total possibilidade de concorrer em licitações, com exceção das OSCIPs, conforme já esclarecido.

Com base nisso, deixa de ser interesse da Administração qualquer conduta que restrinja o acesso das empresas a participarem dos processos licitatórios, com exceção daquelas previstas em lei.

Feitas essas considerações de análise jurídica, cumpre analisar o estatuto social da Associação Vilas Boas. E da leitura do art. 2º do referido estatuto, NÃO visualizamos a prestação de serviços de limpeza. Logo, impossível a contratação da referida associação para prestação de serviços diversos dos previstos em seu estatuto social.

Nota-se, pois, que não consta dos objetivos enumerados pela Associação qualquer um que esteja em consonância com o objeto da licitação em comento. Assim, em que pese a documentação de qualificação técnica da Associação, comprovada por meio dos atestados de capacidade técnica apresentados no certame para fins de habilitação, não foi identificada a compatibilidade entre os serviços pretendidos pela administração na licitação específica e os objetivos da entidade, ou seja, o que fundamenta a sua existência.

Importante registrar que o Pregoeiro deixou de avaliar o nexo entre o objetivo social da associação e o objeto do edital, vez que não levou em consideração recomendações proferidas pelo Tribunal de Contas da União, bem como o que disciplina a Instrução Normativa n.º 02/2008 da SLTI do MPOG, senão vejamos:

*(...) adoção das providências necessárias à anulação da habilitação e da adjudicação do objeto ao Instituto Brasileiro de Difusão do Conhecimento (IBDCON), ante à incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais da entidade previstas no art. 5º do seu Estatuto, o que contraria o disposto no subitem 2.3, alínea "g", do Edital (destacamos) – Item 9.2 do Acórdão 1.021/2007-Plenário;*

*verifique, tanto nas licitações como em suas dispensas e inexigibilidades, se o ramo da atividade da empresa licitante ou se a finalidade da instituição sem fins lucrativos é compatível com o objeto a ser contratado - Item 9.2.4 do Acórdão nº 2.506/2006-TCU- 2ª C, DOU de 08.09.2006; o observe, caso venha a acolher a participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, a compatibilidade entre o objeto social da entidade e o da licitação, e institua mecanismo de equalização das propostas de preços, em observância ao princípio da isonomia - Item 1.1.2*



do Acórdão nº 2.803/2007-TCU-1ª C DOU de 20.09.2007; determinar que não habitem, 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 - Item 9.1.1 do Acórdão nº 7.459/2010-TCU-2ª C;

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 (grifamos) – Art. 5º IN 02/2008-SLTI/MPOG.

### **Da Conclusão**

Diante dos fatos registrados nos Recursos e Contrarrazões, OPINO PLEO NÃO CONHECIMENTO do o recurso, por intempestivo, mas de ofício, recomendo a reforma da habilitação da Associação Vilas Boas a fim de torna-la inabilitada, com base na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdãos n.º 1.021/2007-Plenário; 2.506/2006-TCU- 2ª C; 2.803/2007-TCU-1ª C; e 7.459/2010-TCU- 2ª C) e no art. 5º da Instrução Normativa n.º 02/2008 da SLTI/MPOG, por não apresentar compatibilidade entre o objeto da licitação e seus objetivos sociais e, como consequência, retornar a fase de aceitação para convocação das empresas na ordem de classificação.

É o parecer.

Bom Princípio, 18 de maio de 2020

César Luis Baumgratz

OAB/RS nº 22.147