

**Protocolo nº:** 17/10/36632

**Assunto:** Contratação de empresa para prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com efetiva cobertura dos postos designados

**Interessada:** Fumec/ ceprocamp

À

**Darci da Silva**

Diretora Executiva da Fumec

Trata-se de questionamento de fls. 328 do Ilustre Gestor de Pregão da fundação acerca da possibilidade de participação da associação civil denominada ADESO – Associação para o Desenvolvimento Educacional, Cultural, Social e Apoio à Inclusão, Acessibilidade e Diferença no Procedimento de Pregão Eletrônico nº 065/2017, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com efetiva cobertura dos postos designados nas unidades da Fumec/ ceprocamp.

Aduziu o gestor que a referida associação foi a que apresentou o melhor preço e anexou aos autos a documentação de habilitação da mesma, mais especificamente: (i) a proposta comercial da referida associação (fls. 260/261 e 263/264), (ii) certidões negativas de sanções do site *e-sanções* da Bolsa Eletrônica de Compras, do portal da transparência do Governo Federal, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, do Conselho Nacional de Justiça (fls. 267/270), (iii) relação de apenados do Município de Campinas (fls. 271/273), (iv) estatuto social da associação (fls. 274/296), (v) Ata de eleição da Diretoria para o quadriênio 2017-2020 (fls. 297/307), (vi) procuração outorgada a profissional para representa-la em licitações (fls. 308), (vii) inscrição fiscal no CNPJ/MF e no Município de Campinas (fls. 309/312), (viii) certidão positiva com efeitos de negativa da Receita Federal (fls. 314), (ix) certidões do Município de Sumaré (fls. 315/316), (x) certidão negativa de débitos tributário da dívida ativa do Estado de São Paulo (fls. 317), (xi) certificado de regularidade da Caixa Econômica Federal (fls. 318), certidão negativa de débitos trabalhistas (fls. 319), (xii) certidão negativa de falências, (fls. 320), (xiii) atestado de capacidade técnica (fls. 321), (xiv) outras declarações (fls. 322)

O procedimento foi suspenso para uma análise jurídica da questão, o que passamos a fazer doravante.

Cumpra registrar que este parecer restringe-se a uma análise jurídico-formal da questão, limitando-se aos seus aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, sem adentrar na análise de matéria de fato, na veracidade de informações inseridas por outros servidores e bem como o mérito do ato administrativo.

## **I) A NATUREZA E FINALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES. DIFERENÇAS ENTRE AS ASSOCIAÇÕES E AS SOCIEDADES E A INCOMPATIBILIDADE DA FORMA ASSOCIATIVA COM O OBJETO DO CERTAME**

Vale desde já atentar para o fato de que o objeto da licitação é a “*contratação de empresa para a prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com efetiva cobertura dos postos designados*”, conforme consta no preâmbulo do edital às fls. 181 dos autos. Desta forma, o próprio instrumento convocatório já delimitou o objeto da licitação a “**empresas**”, como se depreende da clara redação do seu dispositivo.

Ainda que assim não o fosse, a descrição da atividade a ser desempenhada já denota a atividade econômica empresarial, na medida em que a prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias é atividade comercial a ser desempenhada por sociedades empresárias.

As associações não se prestam ao exercício de atividade econômica, muito menos em caráter empresarial, como é o caso da presente licitação. De fato, o disposto no artigo 53 do Código Civil Brasileiro é claro ao prever que:

*“Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para **fins não econômicos**” (grifos nossos).*

De fato, o traço característico das associações é a união de pessoas para outros fins que não econômicos, ocasião em que indivíduos com objetivos iguais que não sejam a geração e o acúmulo de riquezas se organizam e instituem uma associação. Podemos citar como exemplos o grupo de torcedores de um mesmo time de futebol que se organiza para fundar uma torcida organizada, o grupo de estudantes de que se une para fundar um centro acadêmico, um grupo de sambistas que se une para fundar uma escola de samba, o grupo de pessoas interessadas num centro de lazer para se organiza para fundar um clube e o grupo de moradores de um determinado bairro que se une para fundar uma associação e moradores. Nestas ocasiões temos o surgimento de uma associação, a qual recebe as mais variadas denominações como, por exemplo, instituto, centro acadêmico, grêmio recreativo, clube etc. Não obstante as mais variadas denominações que podem ocorrer, o fato é que em todas estas situações temos a presença de uma associação instituída com fundamento no

artigo 53 do Código Civil acima citado, o qual é claro ao prever que o surgimento da associação dá-se pela união de pessoas com fins **não econômicos**.

Por outro lado, quando pessoas se unem com objetivos econômicos ou, em outras palavras, com o objetivo de faturar e acumular e/ou distribuir lucros estaremos diante de uma sociedade, a qual será instituída com fundamento no artigo 981 do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe que:

*“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”.*

Desta forma, não há de se confundir a figura das “associações” com a figura das “sociedades”, na medida em que aquela é o modelo jurídico a ser adotado por pessoas que se unem com fins econômicos, ao passo que esta é justamente o inverso, qual seja, a união de pessoas com fins econômicos. Em outras palavras, nas sociedades as pessoas se unem para o acúmulo e distribuição de riquezas, ao passo que nas associações as pessoas se unem para outros fins que não seja a geração de riquezas.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

*“Na associação e na sociedade, pessoas com objetivos comuns unem seus esforços para alcançá-los. Varia a espécie de pessoa jurídica de acordo com a natureza do objeto perseguido. Na associação, pessoas se unem em torno de objetivos não econômicos (por exemplo, culturais, filantrópicos, sociais tec.), e nas sociedades, para explorar em conjunto uma atividade econômica. Desse modo, a sociedade se distingue da fundação e da associação pelo conjunto econômico (ganhar dinheiro) que motiva sua constituição.” (Curso de Direito Civil, Saraiva,. Volume 1, 2ª edição, pág. 238).*

Conforme já mencionado, o edital de licitação foi expresso ao prever em seu objeto a contratação de: “contratação de **empresa** para a prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com efetiva cobertura dos postos designados”.

Pois bem a empresa é conceituada pelo “caput” dos artigos 982 e 966 do Código Civil, os quais estatuem que:

*“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.*

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

Pela redação dos supra referidos dispositivos notamos que a prestação de serviços é atividade empresarial a ser prestada por sociedades empresárias, razão pela qual é inconcebível que uma associação civil venha a dedicar-se a exercer estas atividades, ainda mais em caráter empresarial e em regime de competição com as sociedades comerciais.

O artigo 2º do estatuto social da associação interessada em participar do certame, qual seja a ADESO – Associação para o Desenvolvimento Educacional, Cultural, Social e de Apoio à Inclusão, Acessibilidade e Diferença (fls. 279 dos autos) prevê que:

*“ARTIGO 2º - A ADESO é uma associação beneficente de assistência social que tem por finalidade (Lei 9.790/99, art. 3º): (grifos nossos).*

Notamos que o próprio estatuto da fundação, neste caso em consonância com as disposições legais, é claro ao prever que a associação tem caráter **beneficente de assistência social**. Desta forma, podemos concluir que houve a união de pessoas com a finalidade de prestar serviços de assistência social e não de proceder a geração de riquezas através do exercício de atividades empresariais com livre atuação no mercado.

Ocorre, entretanto, que de forma contraditória o parágrafo 1º do referido artigo do estatuto passa a elencar uma série de atividades a serem exercidas pela associação, grande parte delas de cunho empresarial, tais como: prestar serviços de filmagens, fotografias, produção cinematográfica e de vídeos (1.16), produção de conteúdo para a internet, web design, consultoria, suporte técnico e outros serviços de T.I. (1.17), serviços de manutenção de hidráulica, elétrica, conservação e jardinagem em geral (1.21), serviços de construção civil e manutenção predial (1.22) e serviços de teleatendimento/ call center (1.24) !!!????

Ainda que fosse possível o estatuto de uma associação civil contemplar este tipo de atividades – hipótese que admitimos somente para argumentar -, ainda assim a única leitura possível é que as mesmas poderiam ser exercidas tão somente em benefício dos seus próprios associados e jamais em caráter empresarial atuando livremente no mercado em regime de competição com as sociedades empresárias.

Esta é a única leitura possível para sustentar a validade de tais atividades por uma associação civil. É surpreendente o leque de atividades abrangidas pelo estatuto social da referida associação, que variam desde atividade de natureza técnica como é o caso da tecnologia da informação até a construção civil, passando por serviços de organização de férias, congressos, eventos etc. É capaz que não exista um grupo empresarial sequer neste país que se dedique a tamanha diversidade de serviços empresariais.

Ao comentar hipótese similar, mais especificamente a possibilidade sociedade civil participar de procedimento licitatório, Marçal Justen Filho manifestou-se nestes termos:

*“No tocante a sociedades, quando a atividade objeto de contratação caracterizar exercício de atividade de empresa, somente poderão ser admitidas sociedades empresárias. Assim, uma sociedade simples não deteria direito de licitar quando a execução do contrato caracterizasse exercício da atividade de empresa. Isso porque a sociedade simples, ao dedicar-se à mercancia, estaria atando irregularmente”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Revista dos Tribunais, 17ª edição, pág. 655).*

Outro não foi o entendimento do Tribunal de Contas da União, o qual também já teve a oportunidade de analisar a possibilidade de participação de entidades civis sem fins lucrativos em procedimentos de licitação, ocasião em que o referido órgão decidiu da seguinte forma:

*“1.4. Determinações:*

*1.4.1. determinar à Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz que:*

***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 nexos 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**”, (Acórdão nº 5555/2009, 2ª Câmara, processo nº 019.843/2009-0, Rel. Aroldo Cedraz, sessão de 27/10/2009).*

Ante o exposto, resta demonstrada a impossibilidade de uma associação civil, ainda mais uma associação beneficente de assistência social, participar deste certame cujo objeto é a contratação de empresa para a prestação de serviços com nítido caráter empresarial.

## **II) O REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO APLICÁVEL ÀS ASSOCIAÇÕES E ÀS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP’S. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

Senão bastasse estas colocações relativas à total incompatibilidade de uma associação civil exercer atividades de cunho empresarial, o fato é que esta modalidade de pessoa jurídica apresenta um regime tributário diverso daquele aplicável às sociedades.

As diferenças em relação ao regime tributário começam já na própria Constituição Federal, a qual prevê em seu artigo 150, VI, “c” a imunidade aos impostos aplicáveis às instituições de assistência social, o que é o caso da referida associação, conforme dispõe o “caput” do artigo 2º dos seus estatutos (fls. 279). Vale transcrever o referido dispositivo 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;**” (grifos nossos).*

A lei a que se refere o dispositivo constitucional é o Código Tributário Nacional, cujo artigo 14 elenca os requisitos para o gozo da imunidade, quais sejam: (i) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título, (ii) aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais e (iii) manterem escrituração de suas atividades e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Entretanto, ainda que a associação não venha a atender os requisitos estabelecidos na lei a que se refere o dispositivo constitucional (art. 150, inciso VI, alínea “c”), ainda assim subsiste um regime tributário mais vantajoso às associações, conforme passamos a expor.

Em relação à Contribuição ao Programa de Integração Social (“Pis”) as associações estão sujeitas ao recolhimento da exação à alíquota de 1% sobre a folha de salários, ao passo que as sociedades estão sujeitas à referida contribuição sobre a sua receita à alíquota de 1,65%. De fato, a contribuição ao Pis das associações está prevista no artigo 13 da Medida Provisória nº 2.158/35, o qual dispõe que:

*“Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:*

(.....)

*III - instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;*

*IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;”*

Já o fundamento legal para a exigência do Pis sobre as sociedades é o disposto nos artigos 16 da Lei nº 10.833/03 e 1º e seguintes da Lei nº 10.637/02, os quais, ao estabelecerem uma carga tributária de 1,65% sobre as receitas, representam um ônus fiscal muito maior do que o 1% sobre uma base muito menor, qual seja, a folha de salários.

Ademais, o próprio estatuto social da associação interessada no certame faz referência a qualificação jurídica de “*Organização Social de Interesse Público – OSCIP*” e bem com à lei que rege as mesmas, qual seja, a Lei nº 9.790/99.

As denominadas OSCIP’s também gozam de benefícios fiscais específicos, conforme a previsão contida no artigo 13, parágrafo 2º, inciso III, alínea “c” da Lei nº 9.249/95, a qual permite as empresas doadoras deduzirem da apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido as doações efetuadas às entidades assim qualificadas, ao dispor que:

*“Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:*

**§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:**

*I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;*

*II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;*

**III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:**

a) *as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;*

b) *a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;*

c) **a entidade beneficiária deverá ser organização da sociedade civil, conforme a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, desde que cumpridos os requisitos previstos nos arts. 3º e 16 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, independentemente de certificação.** (grifos nossos).

Não importa o fato de que o benefício fiscal é aplicável ao doador através da dedução do seu Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por ele devidos. A simples previsão legal de incentivos a doações a uma OSCIP já a coloca em vantagem em comparação às sociedades empresariais, os quais não receberam este privilégio por parte do legislador.

Por outro lado, também não importa a eventual alegação de que a associação ainda não obteve a qualificação de OSCIP, pois a mesma pode vir a ser expedida a qualquer momento, facilitando a renovação contratual da avença até o prazo máximo de 60 meses previsto no artigo 57, inciso II da Lei nº 8.666/93.

Há ainda outros benefícios fiscais aplicáveis às entidades beneficentes de assistência social, tais como a imunidade (indevidamente denominada isenção) às contribuições para a seguridade social prevista no artigo 195, § 7º da Constituição Federal. Outrossim, as legislações municipais também costumam instituir benefícios fiscais às entidades beneficentes bem como àquelas qualificadas como OSCIP's.

Também por estas razões de natureza fiscal entendemos, salvo melhor juízo, inviável a participação de uma associação civil em certame competindo com sociedades empresárias, sob pena de flagrante ofensa ao princípio da isonomia, o qual é expressamente consagrado pelo “caput” do artigo 3º da Lei nº 8.666/93<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da



Ao discorrer sobre o princípio da isonomia, Hely Lopes Meirelles utilizou as seguintes palavras:

*“IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES – A igualdade entre os licitantes é princípio irreligável na licitação. Não pode haver procedimento licitatório com discriminação entre os seus participantes, ou com cláusulas do edital que favoreçam determinados proponentes ou prejudiquem outros, afastando-os da licitação ou desnivelando-os no julgamento.” (Licitação e Contrato Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, pag. 14).*

Já Celso Antônio Bandeira de Mello referiu-se ao princípio da isonomia nas licitações utilizando-se da expressão “princípio da igualdade” nestes termos:

*“10. O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato”. (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 23ª edição pág. 514).*

*In casu*, a admissão ao certame de uma associação civil, mormente uma associação que almeja a qualificação jurídica de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, conforme consta expressamente nos seus estatutos, certamente vai acarretar ofensas ao princípio da isonomia, tendo em vista o regime tributário favorável aplicável a estas entidades.

Aliás, os benefícios auferidos por uma OSCIP vão além dos fiscais, na medida em que as mesmas, através do seu instrumento que é o termo de parceria, recebem dinheiro do Poder Público para aplicar em seus projetos. Neste sentido são as palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

---

moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

*“Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando em entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas”. (Direito Administrativo, Atlas, 23ª edição, pág. 502).*

Por estas razões, a participação de uma associação civil beneficente de assistência social intitulada em seus estatutos a qualificar-se como OSCIP em procedimento licitatório cujo objeto é a contratação de empresa para a prestação de serviços empresariais é ilegal, também por ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista o seu regime tributário mais favorável e bem como (no caso das OSCIP’s) a possibilidade de virem a receber recursos públicos.

### III) CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, podemos concluir que: (i) conforme consta no edital, o objeto do certame é a contratação de **empresa** especializada, o que não é o caso de uma associação civil beneficente de assistência social, (ii) a associação, por sua própria natureza tal como disposto no artigo 53 do Código Civil, nasce da união de pessoas com propósitos não econômicos, razão pela qual não pode exercer atividades empresariais como aquelas objeto deste certame e (iii) as associações, mormente as associações de assistência social e com a qualificação de OSCIP, desfrutam de um regime tributário diferenciado e mais vantajoso, razão pela qual a sua participação neste certame resultaria em ofensa ao princípio da isonomia, expressamente consagrado no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e bem como no artigo 2º da Lei nº 8.666/93.

Salvo melhor juízo, este é o nosso parecer de caráter **opinativo** no sentido da inabilitação da associação em questão, o a qual enviamos à consideração superior.

Campinas, 26 de dezembro de 2017

**Fernando Augusto Monteiro Perez**  
**Procurador Fumec/ ceprocamp**  
**OAB/SP nº 153.882**