



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS

PARECER

PARECER Nº 003/SLL/2021

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 1.213/2024

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSULTORIA ESPECIALIZADA PARA ELABORAÇÃO DA REVISÃO DO PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO INTEGRADO (PMSB) DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS FEITO PELA FUNDAÇÃO EUCLIDES DA CUNHA E PELA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF) – INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS – QUANTO À POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO, EM CONJUNTO, DE AMBAS NO CERTAME; POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE TRIPARTITE; E APRESENTAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA APENAS PELA UFF. IMPOSSIBILIDADE CONSIDERAÇÕES.

I – RELATÓRIO

Cuida-se de procedimento administrativo de interesse da Secretaria Municipal de Gestão Integrada e Projetos Especiais, encaminhado a esta Procuradoria de Contratos e Licitações pela Secretaria Municipal de Compras e Suprimentos, que tem por objeto licitação, na modalidade Concorrência Pública, visando à *“Contratação de Serviços de Engenharia e Consultoria Especializada para a elaboração da revisão do Plano Municipal de Saneamento Básico Integrado (PMSB) do Município de São Gonçalo (...)”*.

Publicado o aviso de licitação, foi apresentado um pedido de esclarecimento (fls. 05) pela Fundação Euclides de Cunha e pela Universidade Federal Fluminense, onde questiona-se:

“No edital compreendemos que o instrumento convocatório destinado eminentemente à contratação de empresas. Pedimos esclarecimentos se



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS

é autorizada a participação de autarquia federal (UFF) e Fundação sem fins lucrativos (FEC) no processo licitatório.

Verificação da possibilidade de contratação em modalidade tripartite, com os seguintes participantes: Universidade Federal Fluminense (responsável executora) e Fundação Euclides da Cunha (interveniente financeira – gestora do recurso).

No Edital há previsão de apresentação de documentos que comprovem qualificação técnica. Uma vez que eventuais atestados técnicos desta natureza hão de ser referentes à UFF (executora técnica), por força de sua expertise, é possível que estes atestados sejam apresentados exclusivamente pela Universidade?”

Ante os esclarecimentos acima suscitados, a Secretaria de Compras e Suprimentos encaminhou o presente a esta Procuradoria, para análise e parecer (fls. 03).

É o relato do essencial. Passo a opinar.

II – Análise Jurídica

A questão fulcral para deslinde da questão ora posta reside na possibilidade ou não de Autarquias e Fundações públicas sem fins lucrativos participarem da Concorrência Pública nº 003/2023.

Embora não haja vedação legal na lei de licitações (quer na recentemente revogada, Lei Federal nº 8.666/93, quer na que se encontra atualmente em vigor, Lei Federal nº 14.133/2021, o tema está longe de estar pacificado, como se demonstrará a seguir.

Todavia, é certo que, mesmo as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que permitem a participação dessas espécies de pessoas jurídicas em licitações, estas o fazem de forma restrita e em hipóteses específicas (até porque a própria lei de licitações reserva hipóteses de dispensa de licitação para contratação de Instituições/Entidades sem fins lucrativos, como p.ex., nos incisos VIII, XIII e XX do art. 24 da Lei nº 8.666/93).

Como cediço, as pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos do art. 40 do Código Civil, são a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; as Municípios; as Autarquias, inclusive as associações públicas; e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Já as pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 41 do Código Civil, constituem-se em associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada. Para elucidação dos esclarecimentos formulados, interessam, apenas, as Autarquias e Fundações.

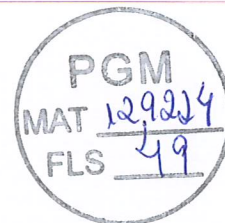


ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS



Autarquia é um órgão que presta serviços públicos em nome do Estado e é ligado a ele, embora não faça parte da Administração Pública Direta. Sua função é ser um auxiliar do Estado na prestação de serviços de caráter público. Essas entidades são ligadas à Administração Pública Indireta e funcionam de forma descentralizada. As autarquias são obrigatoriamente criadas e extintas por lei, possuem personalidade jurídica própria, são pessoas de direito público, têm autonomia administrativa para tomar decisões sobre o funcionamento do órgão, estão sujeitas ao controle estatal, prestam serviços em nome do Estado (serviços públicos), possuem patrimônio próprio e independente, fazem parte da Administração Pública Indireta, possuem imunidade tributárias e celebram contratos através de licitações.

Fundação, de acordo com a Lei nº 7.596/87, que alterou o artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, para incluir as fundações públicas entre as entidades da administração indireta e inseriu no art. 5º do mesmo Decreto-lei, um inciso IV, define Fundação Pública como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento, custeado por recursos da União e de outras fontes”.

A UFF é uma entidade federal autárquica, de regime especial, com autonomia didática-científica, administrativa, econômica e financeira. Já a Fundação Euclides da Cunha (FEC) é uma instituição privada, sem fins lucrativos, que foi criada com a finalidade de apoiar a Universidade Federal Fluminense (UFF) na realização de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e estímulo à inovação, ambas sem fins lucrativos.

Portanto, as "entidades sem fins lucrativos", que formularam o pedido de esclarecimentos, nada mais são do que entidades pertencentes a Administração Pública Indireta, cujas finalidades encontram-se em seus respectivos estatutos, mas, para que não haja desvio de finalidade, sempre devem ter intuito não econômico.

Partindo da ideia de que tais entes não podem atuar com fins econômicos, em um primeiro momento, seria possível entender que as referenciadas Instituições 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. Vejamos.

A Legislação correlata ao impedir que as Entidades 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 a extinção

Diante dessa realidade, nada impede, ao menos em tese, que as Entidades sem fins lucrativos 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 Entidade/Instituição, o qual se encontra previsto necessariamente em seu ato constitutivo



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS

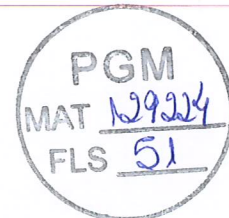
Essa é a conclusão que chegou a 2ª Câmara do TCU no Acórdão nº 7.459/2012. Em sua conclusão o TCU entendeu que não deve haver vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, desde que haja nexos entre os serviços prestados a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços, senão vejamos:

"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;" (g.n.).

Por outro lado, o TCU no Acórdão nº 766/20113-Plenário, determinou a constituição de Grupo de Trabalho com o objetivo de avaliar a legalidade de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) em certames da Administração Pública Federal, tendo, no Acórdão nº 746/2014-Plenário, deliberado pela vedação da participação da participação de OSCIPs em certames licitatórios, porque a elas seria reservado o termo de parceria da Lei Federal nº 9.790/99, bem como serem privilegiadas com isenção de impostos, o que, em tese, as coloca em posição de vantagem com as demais empresas na participação de licitações. Eis a Ementa e o voto do Ministro Relator:

"REPRESENTAÇÃO. GRUPO DE TRABALHO CRIADO PARA AVALIAR A LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIP EM CERTAMES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. DESVIRTUAMENTO DA FORMA DE RELACIONAMENTO COM PODER PÚBLICO PREVISTA NA LEI N. 9.790/1999. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. CIÊNCIA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atuando nessa condição, é vedado participar de certames da Administração Pública Federal, porquanto tal agir implica ofensa à Lei n. 9.790/1999, que dispõe ser o Termo de Parceria o meio adequado de relacionamento entre elas e o Poder Público. 2. A participação de OSCIP em torneios licitatórios da Administração Pública consubstancia quebra do princípio da isonomia, eis que tais entidades possuem benesses fiscais, a elas concedidas para atuarem mediante o estabelecimento de Termo de Parceria." (g.n.).

Voto do Ministro Relator:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS

“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. (g.n.)

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

“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.”

Ainda, no âmbito Federal, merece menção a Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre as diretrizes de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal (lembrando que a licitação tratada no presente expediente, de serviços de engenharia, se refere exatamente a regime de execução indireta):

“Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

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**

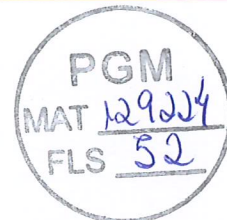


ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS



destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa

Em relação a desigualdade no que diz respeito à carga tributária, merece ser feito um registro. Como é cediço, o procedimento 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 deve tratar igualmente os igualmente desiguais, na proporção da desigualdade.

Portanto, a isonomia entre os concorrentes é pilar do processo licitatório deste o ato convocatório, que deve ser aberto a todos àqueles que tem condições de executar o objeto pretendido pela Administração

No caso ora em análise, é cediço o fato de que as Entidades públicas em questão são sem fins lucrativos e gozam de benefícios tributários concedidos pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional. Referidas imunidades tributárias concedidas atingem diversos tributos e contribuições sociais – obrigações pecuniárias que oneram a prestação de serviço e o fornecimento de produtos – e lhes permitem que ofereçam proposta financeira em desequilíbrio aos demais competidores que são sobrecarregados com elevados impostos, uma vez que possuem custos reduzidos em comparação a uma empresa privada comum.

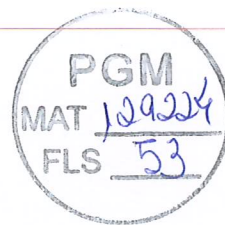
A disparidade das condições financeiras e regime tributário entre sociedades empresárias e entidades sem fins lucrativos impede uma junta competição que deve guardar as licitações.

Reforça o entendimento sobre o tema o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamento de Mandado de Segurança nº 1007822-74.2016.8.26.0224. Vejamos:

*“Ademais, anote-se julgado da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital (processo nº 104395-40.2014), onde foi prolatada sentença abstendo a AFIP de participar de licitações que visassem à contratação de serviços de exames laboratoriais, **uma vez que se trata de entidade sem fins lucrativos, com tratamento tributário diferenciado, conferindo-lhe vantagem indevida no tipo de certame analisado nestes autos.***

Entendeu a r. Sentença que a participação da AFIP no procedimento licitatório violaria o princípio da isonomia, pois é beneficiária de prerrogativas fiscais que influiriam diretamente no preço ofertado pelo objeto do contrato, beneficiando-a em detrimento das demais participantes.

Ainda, há o teor da decisão dos autos do mandado de segurança nº 1000322-46.2015 que trata de feito impetrado pela empresa Labclim Diagnósticos Laboratoriais Ltda contra o Prefeito do Município de Santana de Parnaíba, onde houve a determinação do cancelamento do contrato assinado entre a Municipalidade e a empresa AFIP, e corrobora o entendimento dos autos da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, que



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS

decidiu pela não participação de dita empresa em processos de licitação dada a sua natureza beneficente e filantrópica, sem fins econômicos e lucrativos, incompatível com o procedimento licitatório.

Oú seja, é irrelevante ser OSCIP, associação civil, entidades sem fins lucrativos e semelhantes. Basta gozar de benefício fiscal que outras empresas não façam jus.

Neste contexto, entendo que as Entidades vinculadas à Administração Pública Indireta, não devem ser admitidas no presente certame, visto que a participação da UFF e da FEC no certame implicaria em prejuízo à isonomia, conforme decisões reiteradas de nossa jurisprudência.

Ademais, verifica-se que as próprias entidades que formularam o pedido de esclarecimento, observa que o edital prevê que a Municipalidade objetiva "contratar empresa especializada" para prestação de serviços de Engenharia e Consultoria Especializada para elaboração da revisão do Plano Municipal de Saneamento.

Destarte, embora não haja proibição explícita de participação de Entidades sem fins lucrativos, cooperativas, associações e assemelhadas, o ato de chamamento indica em seu subitem 3.1.1 e em diversas outras passagens a quem se direciona o certame.

Inexistem citações no instrumento que instiguem a presença na disputa de entidades sem fins lucrativos, assim como, da possibilidade de contratação tripartite, panorama que desestimula qualquer interferência na licitação, considerando que o ingresso de Entidades com tais formatações sequer pode vir a ocorrer.

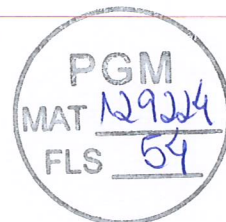
Ora, existem formas específicas, na legislação para o estabelecimento de vínculos jurídicos entre as "entidades sem fins lucrativos" e a Administração Pública, como os termos de parceria, termo de cooperação técnica, convênio etc., distintas da relação obrigacional stricto sensu conferida pela Lei nº 8.666/93.

Quando muito e desde que o objeto do contrato justifique a contratação direta, pode haver dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII da Lei nº 8.666/93 (atualmente art. 75 da Lei nº 14.133/2021).

Contudo, deve-se sempre ter como certo que se enquadra na esfera da discricionariedade da Administração a definição sobre qual forma para prestação de determinado serviço, considerando as especificidades do caso contrato.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, opina esta Procuradoria de Contratos, Licitações pela impossibilidade de a UFF e Fundação Euclides da Cunha participarem do certame em questão, vez que, por disfrutarem de benefícios fiscais, seria uma grande violação ao princípio da isonomia e à ampla competitividade, bem como contraria os princípios emanados do artigo 3º da Lei 8.666/93, o que não pode ser admitido.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS

S.M.J., é o parecer.

À consideração superior da Ilma. Sra. Procuradoria Geral do Município de São Gonçalo.

São Gonçalo, 29 de janeiro de 2024.

Sandra Lucia Ladeira

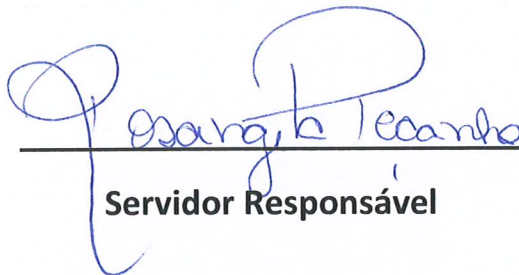
Sandra Lucia Ladeira
Procuradora do Município
Matrícula nº 19.257



CERTIDÃO JUNTADA DE DOCUMENTO

DOCUMENTO	ORIGINAL (X)	CÓPIA ()
Nº DO PROCESSO	1213/2024	
Nº DE FOLHAS	47 a 54 (08 laudas)	
SETOR	PROCURADORIA DE CONTRATOS, LICITAÇÕES E CONVÊNIOS	
SERVIDOR	NOME: Rosangela Peçanha	MAT:129.224
OBS:	Parecer 003/SLD/2024	

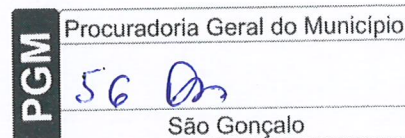
São Gonçalo, 02 de fevereiro de 2024.



Servidor Responsável



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de São Gonçalo
Procuradoria Geral do Município



Processo: nº 01213/2024
Para: Secretaria de Compras

São Gonçalo, 02 de fevereiro de 2024

DESPACHO

De acordo, com o parecer 003/SLL/2024

Encaminhamos o presente administrativo para ciência do parecer exarado por esta Procuradoria a fl. 47 a 54 (08 laudas).

JANUZA
BRANDAO ASSAD
SANTOS:7305092
0530

Assinado de forma digital
por JANUZA BRANDAO
ASSAD
SANTOS:73050920530
Dados: 2024.02.02
14:47:53 -03'00'

Januza Brandão Assad Santos
Procuradora Geral
Matrícula 124.504