



26474112



08084.004959/2023-48



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria-Executiva
Serviço de Preparação de Aquisições e Contratações

NOTA TÉCNICA Nº 105/2023/SEPAC/COSEG/CGDS/SAA/SE/MJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08084.004959/2023-48

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE GESTÃO DOCUMENTAL E SERVIÇOS GERAIS - CGDS

1. INTRODUÇÃO

1.1. Trata-se de procedimento licitatório visando a contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de apoio administrativo, para o cargo de Apoio Administrativo Nível II, mediante cessão de mão de obra com dedicação exclusiva, visando atender as necessidades do Ministério da Justiça e Segurança Pública em Brasília/DF, que deu origem ao Pregão Eletrônico nº 14/2023.

1.2. Conforme informado no DESPACHO Nº 252/2023/DILIC/COPLI/CGL/SAA/SE (SEI nº 26449984), os autos foram encaminhados à esta área demandante para análise e manifestação quanto à proposta comercial e habilitação técnica da licitante ESPACO CIDADANIA E OPORTUNIDADES SOCIAIS - ECOS, CNPJ nº 02.539.959/0001-25, nos termos dos documentos SEI nº 26449559 e 26449561.

2. DA ANÁLISE DA ÁREA DEMANDANTE

2.1. Inicialmente, verificamos que a licitante em apreço trata-se de uma associação sem fins lucrativos, dessa maneira, torna-se necessário proceder ao exame da viabilidade da contratação da associação ECOS para a execução dos serviços objeto do presente certame, que é um pressuposto anterior mesmo à habilitação e à aceitação da proposta. Nesse sentido dispõe o art. 13 da IN SEGES nº 05, de 26/05/2017:

"Art. 13. Não será admitida a contratação de cooperativa ou de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado." (grifo nosso)

2.2. Sobre este ponto, é sabido que não existe na legislação vedação à participação de associações civis sem fins lucrativos em licitações públicas. A princípio, não há motivo relevante ou fundamento jurídico para restringir às entidades sem fins lucrativos acesso aos contratos públicos. Nessa linha é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

9.3.3. ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que *inexiste norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;*" (Acórdão TCU-Plenário nº 2.426/2020, grifo nosso)

2.3. A viabilidade jurídica de que entidades sem fins lucrativos participem de licitações públicas, todavia, não significa um salvo conduto que lhes permita participar de todo e qualquer certame, indiscriminadamente. Via de regra, a orientação é que sejam cumpridos dois pressupostos cumulativos:

a) **adequação entre o objeto do certame e os fins estatutários da entidade; e**

b) **verificação, em concreto, se a forma de atuação da Associação Civil implica desvio de finalidade.**

2.4. O Acórdão TCU-2ª Câmara nº 7.459/2010 trata destes requisitos nos seguintes termos:

"Como bem ponderou a Unidade Técnica, o exercício de atividade econômica pelas entidades sem fins lucrativos, embora não seja vedado na legislação, deve estar relacionado com o cumprimento de seus fins estatutários sob pena de desvio de finalidade. (...) Dito de outra forma, a regularidade da prestação de serviços de terceirização por uma entidade sem fins lucrativos é aferida pela forma em que esta atua para cumprimento de suas finalidades essenciais, e não necessariamente pelo caráter acessório ou complementar da atividade objeto da prestação do serviço. (...) concernentes à efetiva existência de nexos entre o objeto a ser licitado e os objetivos estatutários da instituição sem fins lucrativos (...).

Assim, não basta que a entidade ostente, nos seus estatutos, o requisito de ser constituída sem fins lucrativos; deve ser verificado se, concretamente, a forma como a entidade vai executar os serviços do certame não implicará desvio de finalidade. Entre outras hipóteses passíveis de ocorrer, haverá desvio de finalidade se a entidade atuar em objeto incompatível com os seus objetivos estatutários ou como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação dos serviços. (...) 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." (grifo nosso)

2.5. Em uma análise superficial, poderia se dizer que o estatuto social da ECOS elege finalidades institucionais que estariam adequadas ao objeto do Pregão nº 14/2023 (terceirização de mão de obra), como se verifica no Art. 2º do seu estatuto social:

*"Art. 2 — A ECOS tem por finalidade promover atividades de relevância pública e social — por todos os meios a cidadania efetiva das pessoas, especialmente aquelas com deficiência, crianças, adolescentes, idosos e grupos em situação de desvantagens sociais, através de capacitação de recursos humanos, de atividades esportivas diversificadas em diferentes modalidades, promovendo a preparação, treinamento e **geração de oportunidades de trabalho através da alocação e agenciamento de postos de trabalho**; a realização de seminários, congressos, cursos, ciclo de debates e pesquisa, publicação e atividades sociais, desportivas e de lazer, culturais e de ensino em geral, sobretudo gestão de projetos e unidades educacionais, visando a plena integração desses cidadãos à sociedade; o desenvolvimento de ações de engenharia e arquitetura, como meio de transformação social, ações científicas, ambientais, culturais, assessoria técnica, educacional, jurídica e outras com o mesmo fim, visando também a integração internacional."* (destacamos)

2.6. Prefacialmente, seria plausível entendermos que o requisito 'a' (**adequação entre o objeto do certame e os fins estatutários da entidade**) estaria atendido. Mas o que dizer do requisito 'b' (**verificação, em concreto, se a forma de atuação da Associação Civil implica desvio de finalidade**)?

2.7. No entender dessa área demandante, o segundo requisito quer dizer que deve-se examinar se as finalidades institucionais listadas nos estatutos das associações dizem respeito à finalidades ínsitas à entidades sem fins econômicos ou se, ao contrário, tratam-se de objetivos meramente comerciais e, portanto, fora do espectro de atuação da atividade associada.

2.8. O Código Civil, entretanto, não esclarece quais seriam as finalidades institucionais legítimas às associações. A lei se limita a restringir o acesso dessas entidades às atividades que teriam fins econômicos (Art. 53 do Código Civil), permitindo-lhes atuar nas demais áreas. Com isso, a legislação acabou relegando às associações um amplo espaço de atuação que apenas encontra contornos na jurisprudência e na doutrina especializada.

2.9. O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), o Exmo. Sr. Nagib Slaibi Filho, no artigo "Da associação no novo Código Civil", publicado na Revista da EMERJ, v. 7, n. 27, 2004, defende que *"os associados se unem para alcançar fins culturais (como, por exemplo, Associação Musical*

Santa Cecília), religiosos (Ordem Terceira da Penitência), piedosos (Associação São Vicente de Paulo), científicas ou literárias, esportivos, etc."

2.10. Caio Mário da Silva Pereira, citado por José dos Santos Carvalho Filho, explica que *"há distinção entre sociedades e associações. As sociedades seriam as pessoas jurídicas compostas de número mais reduzido de pessoas e alvejariam fim econômico. As associações, ao contrário, se constituiriam de maior número de pessoas e teriam em mira fins de caráter não econômico ou ideais, como os fins morais, literários, pios e artísticos, dentre outros da mesma natureza."* (in CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública Comentários por Artigo Lei 7.347, de 24.07.85. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999).

2.11. Da mesma forma, Maria Helena Diniz ensina que associação *"é uma pessoa jurídica de direito privado voltada à realização de finalidades culturais, sociais, pias, religiosas, recreativas etc., cuja existência legal surge com a inscrição do estatuto social, que a disciplina, no registro competente."* (in DINIZ, Maria Helena. Coordenação FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.)

2.12. Percebe-se daí que, para a doutrina, as atividades das associações civis devem ter fins *recreativos, de inclusão social, desportivos, científicos, culturais, morais etc.*

2.13. O estatuto social da ECOS, ao eleger fins institucionais genéricos (geração de oportunidades de trabalho através da alocação e agenciamento de postos de trabalho) incorre em desvio de finalidade e abuso de personalidade jurídica, já que a atividade de fornecimento de mão de obra pura e simples, tal como consta no estatuto, afasta-se do campo de atuação das entidades sem fins econômicos e avança sobre território próprio da atuação empresarial.

2.14. O **Acórdão 2.847/2019-TCU Plenário** (publicado no Boletim Informativo nº 382/2019) tratou de forma bastante sistematizada sobre a impossibilidade de contratação de associações civis para objeto comum do mercado empresarial, mormente quando a atividade listada no estatuto da associação será prestada sem nenhum elemento que diferencie sua prestação daquela que poderia ser executada por qualquer outro agente empresarial. Inclusive, o caso tratado no Acórdão era justamente o de fornecimento de mão de obra terceirizada. Vejamos:

"É com base no art. 4º, inciso XXI, do estatuto da Abradecont, que a 1ª CJM e a entidade civil sem fins lucrativos buscam demonstrar que os fins colimados pela instituição se amoldam ao objeto da licitação em questão. Após analisar detidamente os autos, opino no sentido de que os termos contidos nos dispositivos retro citados são demasiado genéricos e serviriam para justificar a contratação da Abradecont em todo e qualquer tipo de ajuste que tenha como objetivo o fornecimento de mão de obra. A meu ver, ao inserir os termos "fomentação do setor terceirizado" e "busca do pleno emprego", a entidade buscou dar ares de legalidade a uma situação que, na realidade, consiste na mera intermediação de mão de obra, serviço que pode ser prestado por qualquer empresa constituída para esse fim.

Nesse sentido, observo que, assim como as demais entidades empresárias que atuam nesse setor, a Abradecont, ao firmar contrato com a Administração Pública, iria buscar no mercado de trabalho pessoas estranhas à própria associação, contratando-os exclusivamente e unicamente para preencher as vagas previstas no edital, motivo pelo qual não vislumbro haver o alegado caráter de assistência social na atuação da entidade civil. (...)

Retornando ao caso concreto sob análise, reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R\$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13), parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos "terceirização" e "emprego" estejam dispostos em seu estatuto, a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de "empreender a assistência social", "promover a defesa de direitos sociais" ou "defender direitos do consumidor e do trabalhador".

Por conseguinte, assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, 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. Por conseguinte, assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, 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.***

(...) embora a jurisprudência do Tribunal de Contas da União considere que o art. 53 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) não proíbe incondicionalmente a participação de sociedades civis sem fins lucrativos em licitações públicas, sua contratação pela Administração Pública é admitida apenas quando o objeto da avença estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da contratada.

(...)

De um lado, é certo que não se deve conferir uma interpretação literal e restritiva ao termo “para fins não econômicos” contido no art. 53 do Código Civil, a ponto de vedar a contratação de associações civis sem fins lucrativos pela Administração Pública. (...)

Entretanto, se as normas de regência e a jurisprudência deste Tribunal exigem que o objeto do contrato administrativo, nesses casos, não implique desvio de finalidade da associação sem fins lucrativos, é logicamente certo que o estatuto da contratada deva ter objetivos específicos, que lhe confirmam uma identidade institucional, uma singularidade de propósitos, condição sine qua non para que se estabeleça, com razoável precisão, o nexo que se exige entre objetivos institucionais e objeto contratual.

Pois bem, no caso vertente, conforme demonstrado, as disposições estatutárias da Abradecont, notadamente aquelas descritas no art. 4º, inciso XXI, embora invocadas pelo órgão fiscalizado e pela referida associação como fundamento para a contratação questionada, possuem conteúdo demasiadamente aberto, o que, em tese, permitiria adequar sua finalidade institucional a praticamente qualquer objeto de terceirização de serviços pretendidos pela Administração. Isso tornaria inócua a exigência de nexo específico entre o objetivo institucional da associação civil e o objeto do contrato administrativo.

Convém recordar que esse requisito – de nexo 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.

Também merece destaque o argumento do Parquet especializado no sentido de que, apesar de o estatuto da Abradecont mencionar, de forma genérica, os termos terceirização e emprego, “a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de “empreender a assistência social”, “promover a defesa de direitos sociais” ou “defender direitos do consumidor e do trabalhador”, o que configura “claro desvio de finalidade”.

Dessa forma, a representação é parcialmente procedente, tendo em vista que os objetivos genéricos consignados no estatuto da Abradecont não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos.” (grifos acrescentados)

2.15. Então, podemos concluir que não basta que o estatuto social da associação empregue na descrição de seus objetivos sociais expressões genéricas como “geração de oportunidades de trabalho” e “alocação e agenciamento de postos de trabalho” (Art. 2º do estatuto da ECOS). É necessário avaliar se os objetivos sociais previstos no estatuto abarcam um elemento diferenciador, um caractere especial, capaz de justificar que o contrato seja firmado com uma entidade sem fins lucrativos. É justamente esse algo

"diferenciado", "a mais", o *discrimen* entre o serviço prestado pela associação e o serviço que poderia ser executado por qualquer sociedade empresarial. E essa característica própria deve estar dentro da gama de atuação que é considerada legítima a uma entidade sem fins econômicos.

2.16. O Parecer nº 0342/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (SEI nº 8507181) prolatado pela Advocacia Geral da União junto a esta Pasta coaduna com a tese do Tribunal de Contas da União:

"O raciocínio da 2ª Câmara do TCU reviu o Acórdão nº 5.555/2009, da mesma Câmara, para, por meio do Acórdão nº 7.459/2010-2ª Câmara, admitir que entidades sem fins lucrativos participassem de licitação, condicionando a participação à existência de nexo entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade. Nesse diapasão, o que vedaria a participação de entidade sem fins lucrativos, seria a incompatibilidade entre suas finalidades/objeto e o objeto do certame, o que deve ser avaliado detidamente pelo pregoeiro do certame.

(...)

Então, no que concerne à participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, com base na linha de raciocínio sedimentada pelo TCU, e pela jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, é de que não há vedação genérica à participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, o que se exigirá, contudo, é que a Administração comprove, no caso concreto, na fase de habilitação, se a licitante, na qualidade de associação sem fins lucrativos, preenche as condições de atendimento do objeto da licitação. Em outros termos, se há compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade meritória (atividade principal) de atuação da associação ou entidade, ou se apenas se trata de simples relação comercial entre o Poder Público e a pretensa contratada, em que se pode vislumbrar nitidamente o exercício de atividade empresarial, acobertada sob o manto e os benefícios de uma associação.

Portanto, em conclusão, orienta-se à Unidade responsável a proceder conforme orientação do TCU, consignada no Acórdão nº 1.633/2014 - Plenário, aferindo com cautela o objeto do certame e a finalidade precípua das licitantes, realizando inabilitações caso o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade. Em outras palavras, firmado está o entendimento de que, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, as entidades sem fins lucrativos, em especial aquelas constituídas sob a forma de Associação, não podem ser habilitadas pelo órgão contratante quando o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuírem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o Poder Público e a contratada, mesmo que os serviços a serem prestados estejam previstos nos estatutos e objetivos sociais da entidade, por caracterizar abuso de personalidade jurídica." (Grifos nosso)

2.17. O acesso de entidades sem fins lucrativos aos contratos públicos depende, então, de que o objeto do contrato (e, óbvio, o estatuto da entidade) contemplem um elemento que distinga o serviço prestado do serviço que poderia ser prestado por uma sociedade empresária qualquer. Esse "elemento diferenciador" deve ser compatível com uma finalidade própria de uma entidade sem fins lucrativos. A título de exemplo, o MJSP mantém contrato com a Associação Centro de Treinamento de Educação Física Especial - CETEFE, que fornece ao MJSP serviços prestados por pessoas portadoras de deficiências. O elemento "diferenciador" aqui seria justamente o apelo social e humanitário de inclusão dos portadores de deficiências ao mercado de trabalho, notadamente porquanto as pessoas portadoras de deficiências costumam ser vítimas de discriminação no mercado de trabalho. Finalidade social é algo inato às associações civis, como já vimos. O mesmo não ocorre quando a relação entre ente público e entidade civil encerre mera relação empresarial, como é o nosso caso concreto. No caso do Pregão 14/2023, não há critério diferenciador que justifique a participação no certame de uma associação civil não-empresária. A ECOS não se propõe a nada diferente do que um fornecimento comum de mão de obra. A rigor, o serviço objeto do Pregão 14/2023 pode (e deve) ser contratado com qualquer sociedade empresária.

2.18. A mera inserção dos termos "geração de oportunidades de trabalho" ou "alocação e agenciamento de postos de trabalho" no estatuto social da ECOS (art. 2º) não transparece qual seria o elemento diferenciador do seu serviço. Esses objetivos, tal qual constam no estatuto, servem para justificar qualquer tipo de contratação de mão de obra terceirizada, sem deixar claro o motivo uma entidade sem fins lucrativos deve executar o serviço. Nada impede, nesse caso, que a ECOS simplesmente recrute trabalhadores no mercado e os aloque no MJSP, ou seja, a associação estaria agindo exatamente como um agente empresarial. Dito em outras palavras: a simples atividade de fornecimento de mão de obra que pretende a ECOS não tem relação com finalidades praticadas por associações civis. A simples terceirização, sem nenhuma característica especial, não é nada mais que uma relação estritamente comercial entre a associação e o MJSP. Esse tipo de relação é própria da atividade empresária e, portanto, incompatível com a atuação de associação civil sem fins econômicos.

2.19. Para o **Acórdão 7.459/2010: "haverá desvio de finalidade se a entidade atuar (...) como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação dos serviços."** Ora, uma intermediação de mão de obra pura e simples é exatamente o que o Termo de Referência exige. Então, a "alocação e agenciamento de postos de trabalho", na forma como prevista no estatuto social da ECOS, não é legítima a uma associação, por se tratar de serviço comum, usual e próprio do mercado empresarial. Não se vislumbra na atuação da entidade um elemento finalístico diferenciador suficiente para justificar a sua contratação.

2.20. Dessa forma, considerando que os objetivos genéricos consignados no estatuto da ECOS não permitem estabelecer o necessário e preciso vínculo com o objeto da contratação, sob pena de desvio de finalidade da referida associação civil sem fins lucrativos, e tendo em vista que o objeto do contrato e a forma de sua execução não possuem, em caráter principal, qualquer finalidade meritória além da simples relação comercial entre o MJSP e a contratada, sugere-se a desclassificação da associação ESPACO CIDADANIA E OPORTUNIDADES SOCIAIS - ECOS, CNPJ nº 02.539.959/0001-25, do certame.

3. CONCLUSÃO

3.1. Ante o exposto, encaminhamos os autos à Coordenação-Geral de Gestão Documental e Serviços Gerais, e posteriormente à Divisão de Licitações da Coordenação-Geral de Licitações e Contratos - CGL, para a continuidade do certame.

IVAN LUIZ GRAZIATO

Coordenador de Suprimentos e Serviços Gerais - Substituto

Aprovo a presente Nota Técnica.

Encaminhe-se à Divisão de Licitações da Coordenação-Geral de Licitações e Contratos para as demais providências cabíveis.

JOELMA DOS SANTOS FERREIRA

Coordenadora-Geral de Gestão Documental e Serviços Gerais



Documento assinado eletronicamente por **Ivan Luiz Graziato, Coordenador(a) de Suprimentos e Serviços Gerais - Substituto(a)**, em 18/12/2023, às 16:11, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **Joelma dos Santos Ferreira, Coordenador(a)-Geral de Gestão Documental e Serviços Gerais**, em 18/12/2023, às 16:18, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **26474112** e o código CRC **F74AF722**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/aceso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.
