

ILMO (A). SR (A). PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE REGINÓPOLIS, **ESTADO DE SÃO PAULO**

> Prefeitura Municipal de Reginópolis 0000000723 / 2019 Protocolo:

14:56:23

29/05/2019

MEDSERV BAURU SERVIÇOS E ASSISTENCIA MÉDICA LTDA - ME REQUERIMENTOS RECEBIDI

JOSE REMAN MARTINS

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 019/2019 PREGÃO PRESENCIAL Nº 012/2019

MEDSERV BAURU SERVIÇOS E ASSISTENCIA MEDICA

LTDA - ME, já devidamente qualificada nos autos do procedimento licitatório em epígrafe, em curso perante esta PREFEITURA MUNICIPAL DE REGINÓPOLIS - SP, vem, tempestivamente, por sua procuradora abaixo assinada, à presença de V.Sas., nos termos do que dispõe o artigo 109, inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, pela Lei Federal 10.520 de 17 de Julho de 2002 e demais disposições legais aplicáveis à espécie, interpor as presentes

CONTRA RAZÕES

ao inconsistente recurso apresentado pela ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE MEDICINA E EDUCAÇÃO DE SÃO CARLOS perante essa distinta administração que de forma absolutamente brilhante e de acordo com o Parecer Jurídico emitido pela Procuradoria Jurídica do Município de Reginopolis inabilitou a Organização Social REORRENTE.

1. PRELIMINARMENTE

1.1 DA TEMPESTIVIDADE

 I. – É o presente Recurso Administrativo plenamente tempestivo, uma vez que a intimação para da Decisão Administrativa ora atacada se deu aos 27 (vinte e sete) dias do mês de maio de 2019. Sendo o prazo legal para a apresentação da presente medida recursal de 03 (três) dias úteis, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo recursal na esfera





administrativa apenas se dará em data de 29 (vinte e nove) de maio do ano em curso, razão pela qual deve essa respeitável Comissão Especial de Licitação conhecer e julgar a presente medida.

2. DOS FATOS:

- 2.1 A **RECORRIDA** é uma empresa séria e, como tal, preparou sua proposta e apresentou seus documentos de credenciamento e habilitação totalmente de acordo com o edital, apresentando também seu melhor preço como proposto.
- 2.2 Entretanto, a **RECORRENTE**, com o claro intuito de tumultuar e prejudicar o andamento do certame apresentou um recurso absurdo, ensejando um julgamento demasiadamente formalista e desconsiderador dos princípios basilares que regem os procedimentos licitatórios.
- 2.3 Fato é que a empresa **RECORRENTE** apresentou no ato da entrega do credenciamento documentos demonstrando se tratar de uma Organização Social sem fins lucrativos, pessoa jurídica esta já impedida de participar de procedimentos licitatórios na modalidade Pregão Presencial, de acordo com a Corte de Contas da União, *Acórdão* 746/2014.
- 2.4 Ainda como razões de recurso apresentada pela RECORRENTE foi citado a incompatibilidade de seu objeto social com o objeto licitado. A dúvida deriva fundamentalmente dos termos do Acórdão TCU nº 746/ 2014-Plenário, o qual, em seu item 9.1, firmou 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. Admitir a participação de OCIPs, OSs e Associações sem fins lucrativos em condições idênticas as Empresas para o objeto ou serviço que será contratado, seria excluir àqueles que poderiam atender à necessidade da Administração, prejudicando assim a contratação em detrimento ao principio da vinculação as normas editalicias e desatendendo também ao previsto no art. 37, XXI da CF: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabelecam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". (grifou-se)
- 2.5 De toda forma, ante a relevância jurídica da matéria e de seu potencial impacto em processos a se desenrolarem nesta Administração, cabe analisá-la, de modo que as considerações aqui expendidas possam ser úteis não só ao Certame em epigrafe, mas também aos futuros processos licitatorios, caso a Comissão Permanente de Licitações deste Municipio assim entenda.

,



- 2.6 Importa observar que cabe a administração, dentro dos limites legais, estabelecer as regras nos editais, de forma a garantirem a posterior prestação dos serviços contratados, devendo o licitante elaborar sua proposta e apresentar os documentos de habilitação e credenciamento dentro destas regras.
- 2.7 De início, esta CONTRA RAZOANTE tem o objetivo de esclarecer o questionamento formulado através das Razoes de Recursos formulados a Comissão Especial de Licitação do Município de Reginópolis quanto ao Credenciamento e a participação de Organizações Sociais e Associações sem Fins Lucrativos no procedimento 1 icitatório instaurado para a "Contratação de Empresa Especializada, para a Prestação de Serviços Médicos, Odontológicos, Enfermagem e Técnico de Enfermagem, para o Centro de Saúde III, localizado na Avenida Padre Anchieta nº 441 Bairro Centro Reginópolis SP, conforme especificações constantes do Termo de Referência, que integra este Edital como Anexo I".
- 2.8 A dúvida seria derivada do Acórdão TCU nº 746/2014-Plenário, o qual, em seu item 9.1, firmou 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.
- 2.9 O Acórdão em referência não proibiu a participação de OS em licitações públicas, mas apenas das OSCIPs. Daí a dúvida apresentada na data de 16 de maio de 2019 data prevista para realização do certame.
- 2.10 De sua parte, a Consultoria Jurídica junto a Procuradoria Jurídica do Município de Reginópolis inabilitou a RECORRENTE e deste parecer produzido, podem ser extraídas as seguintes análises, no essencial:
- 2.11 É plenamente válido concluir que, a despeito das distinções existentes entre as OS's e OSCIP's, suas semelhanças, em especial, o regime jurídico de direito privado, as limitações genéricas, os incentivos e beneficias concedidos, os objetivos próximos e a relação direta com o Estado, no que concerne a participação de tais entidades em certames licitatórios, fazem com que o tratamento dispensado a ambas deva ser o mesmo, quer se decida pela possibilidade ou pela vedação à habilitação em licitações.
- 2.12 Na situação fática versada nos autos, para verificar se a participação do RECORRENTE no procedimento licitatório realizada pela Prefeitura Municipal de Reginópolis viola o princípio constitucional da igualdade (isonomia), é necessários revisitar a legislação afeta às organizações Sociais.
- 2.13 À vista do exposto, tem-se que, considerando os termos da decisão do Tribunal de Contas da União supramencionada, é recomendável ao gestor a aplicação, ao caso, do entendimento firmado pela Corte de Contas, vedando a RECORRENTE, a atuar na condição de Organização Social, de participar das licitações realizadas por esta Administração.
- 2.14 Preliminarmente, importa registrar que o Acórdão TCU 746/2014 Plenário é aplicável praticamente na íntegra, ao presente caso. As conclusões de lá, sobretudo a que diz respeito à impossibilidade de as OSCIPs participarem em processos licitatórios, são também aqui aplicáveis. Compreende-se que o mesmo entendimento deve ser estendido para as OSs. De toda sorte, cabe examinar a

7



matéria um tanto mais, tendo em conta a relevância das OSs no atual ordenamento jurídico pátrio.

2.15 As OSs foram institucionalizadas praticamente de modo contemporâneo com as OSCIPs (estas em 1999, com a Lei 9.790/1999; aquelas, em 1998, com a Lei 9.637/1998). Ambas constituem-se em associações civis regidas pelo art. 43 do Código Civil e são desprovidas de intuito lucrativo. Integram o terceiro setor (público não estatal), prestando serviços de interesse público, com caráter de não exclusividade. Tal como apontado no voto condutor do Acórdão TCU 746/2014 – Plenário com relação às OSCIPs, pode-se entender que a ideia da atual modelagem das OSs:

(...) teve por objetivo, (...), possibilitar que entidades privadas atuassem em parceria com a Administração de modo à consecução de determinados objetivos de interesse coletivo.

- 2.16 No caso das OSs, a mens legis da Lei 9.637/1998 é o mesmo da Lei das OSCIPs: permitir a formação de parcerias entre a sociedade civil organizada e o Estado, por meio de instituições desprovidas de finalidade lucrativa. Tanto é assim que o STF, ao apreciar a ADI 1923, registrou que (ementa do julgado):
 - 5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.
- 2.17 De toda sorte, há pontos que correlacionam as duas instituições que merecem ser destacados, ante sua proximidade conceitual.
- 2.18 Ambas passam por um processo de qualificação e firmam instrumentos que instituem a parceria com o Estado: as OSCIPs formalizam termo de parceria, enquanto as OSs, contratos de gestão. São instrumentos bastante próximos em seu conteúdo, a despeito de estarem sob a supervisão de instituições distintas: no caso das OSCIPs, a qualificação é dada especificamente pelo Ministério da Justiça, enquanto a Lei 9.637/1998 é inespecífica com relação a quem qualifica a instituição pretendente ao título de OS. Menciona, de forma aberta, o Poder Executivo (art. 1º da Lei 9.637/1998), sem se referir a algum órgão ou entidade administrativo.
- 2.19 As OSs, assim como as OSCIPs, contam com uma série de proteções estatais que, ao fim, lhe outorgam privilégios que as diferenciam sobremaneira de outras instituições privadas. E tais proteções, no caso das OSs, são ainda mais amplas: além dos benefícios tributários concedidos às OSCIPS, tais como as isenções do pagamento de Imposto de Renda (art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal e arts. 9° e 14 da Lei n. 5.172/1966), do Imposto sobre Serviços ISS, do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores IPVA e do Imposto Territorial Rural ITR, as OSs podem receber cessão de bens e servidores, ante o que dispõe a Lei 9.637/1998, a saber:
 - Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. (...)
 - Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.
- 2.20 Noutros termos, se as OSCIPs não devem participar de processos licitatórios, como se concluiu no AcórdãoTCU 746/2014 Plenário, por razões





ainda mais fortes as Oss não devem competir em licitações, pois contam com proteções estatais ainda mais robustas do que as concedidas às OSCIPs.

- 2.21 De fato, assim como no caso das OSCIPs, as OSs não foram concebidas com vistas ao fornecimento de bens ou prestação de serviços para a Administração. A ideia central desse modelo é a prestação de serviços de interesses públicos, não necessariamente ou exclusivamente para a Administração Pública.
- 2.22 Em suma: Oss, OSCIPs e Associações sem fins lucrativos não são empresas, prontas a fornecer bens ou serviços à Administração Pública. Diferente disso, são verdadeiras PARCEIRAS do Estados. Não devem, portanto, participar de licitações em competição com empresas privadas, pois isso frustraria a isonomia pretendida pelo legislador ordinário por meio dos procedimentos licitatórios (art. 3º da Lei 8.663), a não ser que houvesse uma 'equalização' da proposta, o que não conta com previsão normativa, tal como examinado no voto condutor do AcórdãoTCU 746/2014 Plenário:
 - 103. A correta aplicação desse princípio [da isonomia], em se permitindo a participação de OSCIP em certames licitatórios, criaria um impasse insanável em termos administrativos, uma vez que exigiria do Edital a prévia especificação de condições compensatórias diante da mera hipótese de que uma OSCIP viesse a participar como licitante. Não agindo dessa forma, teria que fazer alterações editalícias sempre que isso acontecesse, com prejuízos para a tempestividade e eficiência administrativa do certame, sob pena de torná-lo passível de impugna ção.
 - 104. Seriam necessárias, portanto, modificações nos procedimentos usualmente adotados por toda a administração pública para licitações que tivessem objeto de alguma forma relacionado com toda a extensa gama de serviços para os quais fosse permitida a participação de OSCIP modificações que, registre-se, carecem de normalização.
 - 105. Seria necessário, dessa maneira, a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico à participação de OSCIP em licitações sob a égide da Lei 8.666/1993, envolvendo a definição de procedimentos de equalização das condições de participação entre as entidades qualificadas como OSCIP e as empresas privadas. No entanto, conforme já salientado, não é nesse sentido que vem sendo buscado o aprimoramento das normas que regem a atuação dessas entidades.
 - 106. Conclui-se, então, não ser possível garantir; para quaisquer efeitos práticos, um tratamento efetivamente isonômico entre empresas privadas e OSCIP nas contratações realizadas com base na Lei das Licitações.
- 2.23 Por fim, não merece reparos a posição da comissão de licitação desta Administração, que decidiu em não credenciar a **RECORRENTE** que estava em desacordo com o edital e as normas legais vigentes. Não é possível considerar as razões de recurso do **RECORRENTE**, pois assim haveria tratamento desigual perante aos demais participantes.
- 2.24 Assim, tendo os fatos sido explicados, passamos aos entendimentos doutrinários que explanam e demonstram a razoabilidade dos argumentos nestas aludidos.

3. DA JUSTIFICATIVA:





3.1 Dos Princípios Norteadores

1. - A licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma série de atos sucessivos e coordenados, voltada, de um lado, a atender ao interesse público e, de outro, a garantir a legalidade, de modo que os licitantes possam disputar entre si, a participação em contratações que as pessoas jurídicas de direito público entendam realizar com os particulares.

3.2 Dos princípios do procedimento Licitatório

- I. Para examinar o caso concreto, representado pela participação de determinadas entidades no certame promovido pela Prefeitura Municipal de Reginópolis, primeiramente devemos interpretar a legislação aplicada ao contexto conceitual das organizações sociais e o alcance das razões do Acórdão TCU 746/2014-Plenário, para então estabelecer se a natureza jurídica dessas entidades constitui óbice à participação em certames promovidos pela Administração Pública.
- II. Buscando demonstrar proximidade conceitual entre OSCIP e OS, partiremos do principio que ambas as entidades paraestatais constituem-se em associações civis, regidas pelo art. 53 do Código Civil; não possuem finalidade lucrativa; prestam serviços de interesse público, com caráter de não exclusividade; passam por processo de qualificação; firmam instrumentos que instituem parceria com o Estado; e contam com proteções estatais que lhes outorgam privilégios que as diferenciam de outras instituições privadas, notadamente isenções fiscais e recebimento de recursos públicos.
- III. Acrescenta a unidade instrutiva que foram outorgados ainda mais privilégios às OSs que às OSCIPs. Assim, se OSCIPs não podem participar de processos licitatórios, conforme consignado no Acórdão 746/2014-Plenário, por razões ainda mais fortes, as OSs também não poderiam.
- IV. Do Acórdão 746/2014-Plenário, extraio os dois principais fundamentos para vedação da participação de OSCIP em licitações promovidas pela Administração Pública Federal:
 - o Poder Público qualifica entidade privada como OSCIP e, por consequência, concede-lhe benesses fiscais e possibilidade de obter verba pública, no intuito de que essa entidade atue como parceira do Estado e atinja as finalidades públicas elencadas no art. 3º da Lei 9.790/1999, de sorte que a participação desse ente em certames licitatórios destinados ao fornecimento de bens ou prestação de serviços para o Estado, em posição de vantagem, em decorrência dos privilégios concedidos, quebra o princípio da isonomia e desvirtua os objetivos a que se destinaram a qualificação e a concessão dos privilégios; e
 - Termo de Parceria é o único meio de OSCIP se relacionar com o Poder Público.
- V. A questão central deste processo versa sobre a aplicabilidade desses fundamentos às Organizações Sociais.





VI. A OSCIP é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, para desempenhar pelo menos uma das finalidades previstas no art. 3°, da Lei 9.790/1999, que venha a ser qualificada como tal perante o Ministério da Justiça.

VII. Uma vez qualificada como OSCIP, a entidade privada se torna apta a celebrar termo de parceria com o Poder Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e a execução das atividades previstas no art. 3º, da Lei 9.790/1999 (art. 9º da Lei 9.790/1999), através da colaboração público-privada instrumentalizada no termo de parceria. A legislação não prevê outro instrumento para estabelecimento de vínculo entre o Poder Público e a OSCIP que não o termo de parceria.

VIII. Os objetivos sociais da OSCIP, previstos no art. 3º da Lei 9.790/1999, não possuem cunho mercantil, mas social. São os seguintes: promoção de assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação; promoção gratuita da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas para desenvolvimento, disponibilização e implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas; e estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima.

IX. Para favorecer a execução dessas atividades, a legislação conferiu à OSCIP isenção de impostos e de contribuição tributária; e o termo de parceria a agracia com recursos e bens de origem pública (art. 4º, "b", da Lei 9.790/1999).

X. Nesse contexto, a participação da OSCIP em concorrência promovida pela Administração Pública, para prestação de serviço com cunho evidentemente mercantil, tal qual a "prestação de serviços técnicos especializados de implantação, operacionalização, desenvolvimento/transposição /adaptação de cursos e materiais didáticos nas versões on-line", questão tratada no TC 021.605/2012-2 e que deu origem ao estudo de que trata o Acórdão 746/2014-Plenário, referido pelo consulente, desvirtuaria a qualificação atribuída pelo Ministério da Justiça e o termo de parceria firmado.

XI. Desvirtuaria, também, a isenção de impostos e a alocação de recursos e bens públicos com que foi agraciada, pois, em vez de favorecerem a execução de atividades de relevante interesse social, como se pretendia, acabariam





conferindo facilidade para que o ente privado vencesse o certame e viesse a ser contratado pelo Poder Público para prestação de serviços com caráter mercantil.

XII. Por essas razões, esta Corte, acertadamente, firmou o entendimento 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" (item 9.1 do Acórdão 746/2014-Plenário).

XIII. De acordo com a linha de raciocínio aqui adotada, o impedimento à participação em licitações não decorre da percepção de privilégios não "equalizados", conforme aduzido pela unidade instrutiva (item 22 da instrução transcrita no relatório), mas da incompatibilidade entre as obras, compras e serviços de que tratam os arts. 7º a 15 da Lei 8.666/1993, cuja contratação se pretende, com as licitações promovidas sob a égide da Lei das Licitações, e os objetivos institucionais da OSCIP, consignados no termo de parceria, em razão dos quais foram conferidos os privilégios. Decorre, também, da inexistência de previsão legal de celebração de contrato para estabelecimento ou ampliação de vínculo entre a OSCIP e o Poder Público.

XIV. Licitantes não participam de licitações públicas em condições de **absoluta igualdade**. Não raro, a legislação confere privilégios a determinados setores, como o faz, por exemplo, com relação a microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativas e empreendimentos situados em regiões geográficas que se pretende fomentar, na forma de tratamento tributário, previdenciário e creditício diferenciados, entre outros. No caso das duas primeiras, além de não estipular a equalização de suas propostas, nem medidas compensatórias, o legislador ainda lhes atribuiu prerrogativas na participação em certames licitatórios (art. 44 da Lei 8.666/1993).

XV. Ao criar normas que privilegiam determinado segmento da sociedade, o legislador busca reduzir desigualdade preexistente ou fomentar setor econômico prioritário, com o objetivo de satisfazer, de forma mais eficiente, o interesse público. Tal tratamento diferenciado não ofende a isonomia pretendida pelo art. 5°, caput, da Constituição Federal, mas a cumpre, porquanto privilegia quem merece ser privilegiado.

XVI. Não obstante a similitude entre a natureza jurídica da organização social (OS) e a da organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), há distinções entre esses dois entes paraestatais que conduzem a soluções diversas, no que se refere a participação em licitações promovidas pela Administração Pública.

XVII. Organização Social também é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que obtém qualificação, nesse caso do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Entretanto, suas atividades são voltadas para as áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei 9.637/1998). À exceção da proteção e da preservação do meio ambiente, essas áreas têm em comum, além





do inquestionável interesse público, o fato de que os serviços correspondentes não são privativos do Poder Público e são executados com frequência por particulares, com intuito lucrativo.

XVIII. O vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, para a atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas, através da colaboração público-privada.

XIX. A partir da qualificação formal como OS da celebração do contrato de gestão, a entidade privada está legitimada a receber recursos orçamentários e a administrar bens públicos e pessoal necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Está igualmente habilitada a celebrar contratos administrativos com o Poder Público, para execução de atividades previstas no contrato de gestão, conforme dispõe o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão."

XX. "Serviços", a que se refere o dispositivo, seguem a definição do art. 6º da Lei das Licitações: "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais".

XXI. Os serviços objeto da contratação da OS, na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, obviamente, não se confundem com os que a OS já está obrigada a prestar por força do contrato de gestão, em troca dos recursos orçamentários e demais benefícios que recebe. Não faria sentido a lei autorizar dispensa de licitação para execução de serviço que o ente privado já está obrigado a prestar. São serviços outros, mas que necessariamente se inserem entre as atividades listadas no ajuste inicial. É o caso de serviço equivalente ao do contrato de gestão, mas prestado a órgão distinto da mesma esfera do governo que a qualificou. Nesse sentido, os seguintes posicionamentos da doutrina, extraídos do voto condutor do Acórdão 421/2004-Plenário, apresentado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti nos autos do TC 019.027/2003-3, que versava sobre consulta a respeito da possibilidade de estender às entidades pertencentes aos Serviços Sociais Autônomos a prerrogativa dada às OSs pelo art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93.

""O objeto [da contratação na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993] é necessariamente prestação de serviços referente a uma atividade que consta do contrato de gestão. (...) Importa assinalar que o objeto não é o contrato de gestão, mas um serviço, uma atividade, um trabalho. Esse guarda pertinência com o contrato de gestão e com a finalidade da Organização Social'.





(FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 522/523)".

"'Tal condição implica que a Organização Social contratada possa ter capacidade de vir a prestar um serviço para algum órgão governamental - diverso daquele com quem mantenha o contrato de gestão - mas que seja um serviço que faça parte das atividades contidas no referido contrato. Parece só poder ser assim, pois, com o próprio órgão com o qual celebrou o contrato de gestão pressupõe-se que os serviços contidos no referido contrato não venham ser objeto de nova contratação'. (CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. 3ª ed. São Paulo. Ed. Max Limonad, 1999, p. 215)".

XXII. Trazendo os ensinamentos retro citados ao presente caso o primeiro ponto a ser ressaltado é que, a princípio, uma OS, OSCIP ou Associações sem fins lucrativos não pode ser contratada pela Administração Pública se o objeto da futura avença não for socialmente relevante. Isso porque, como já explicado, dispõem os art. 1º da Lei n. 9.637/98 e o art. 3º da Lei n. 9.790/99 que o objetivo da OS ou OSCIP é exercer atividades de cunho eminentemente social. Portanto, não há como justificar a sua contratação para executar serviço desvinculado desse interesse coletivo.

XXIII. Aliás, a própria Instrução Normativa n. 02/2008 do Ministério do Planejamento dispõe expressamente:

Art. 5º 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.

XXIV. Ocorre que o tema não é de deslinde fácil. Há outras peculiaridades que cercam a participação de organizações sem fins lucrativos em certames licitatórios, tais como: (i) se tais entidades não têm fim lucrativo, como justificar sua participação em um ajuste nitidamente mercantil? (ii) e o princípio da igualdade dos licitantes? Porque se uma entidade sem fins lucrativos que goza de benefício fiscal participa de determinada licitação, ela já entra com vantagem sobre os demais concorrentes.

XXV. O Acórdão nº 1.021/2007-TCU-Plenário analisou a participação de uma OSCIP em uma licitação realizada pelo BNDES. Consta no voto do Ministro Relator MARCOS VILLAÇA:

"3. Em relação ao primeiro aspecto, mencionei, no despacho em que determinei a suspensão cautelar do certame, que a questão se insere em perspectiva mais ampla, e não somente pela presença de regime tributário diferenciado. É que, no meu modo de ver, a participação de Oscips em licitações objetivando a prestação de serviços à Administração desvirtua os delineamentos traçados pelo ordenamento jurídico para este tipo de entidade.

[...]

6. A atuação de uma Oscip volta-se, portanto, para o atendimento do interesse público, mediante serviços de cunho social, e não para o fornecimento de bens e serviços para a Administração Pública. Sua área de atuação é incompatível, no meu entendimento, com os serviços de que nos fala os arts. 6º, II, e 13 da Lei nº 8.666/93:"





[...]

9. No entanto, reconheço que a questão não é pacífica. Parece haver, inclusive, certa tendência a se aceitar que elas possam participar de licitações na Administração Pública, desde que a atividade a ser contratada esteja prevista no Estatuto:

"Não é que elas não possam ser contratadas. Eventualmente elas podem, se a prestação de serviços e o fornecimento de bens estiver prevista dentre seus objetivos institucionais. Só que, em se tratando de contrato, está sujeito à licitação. Se a Administração Pública aceita contratar Oscip para fornecimento de bens e serviços, tem que haver licitação em que a entidade participe em igualdade de condições com outros possíveis interessados. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Palestra 'As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Publico (Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99)', proferida no seminário 'O Ministério Público e a Fiscalização das Entidades Não Governamentais de Interesse Público', retirada do site do Ministério Público do Estado de São Paulo)."

10. Mas o desfecho da questão posta à apreciação do Tribunal prescinde dessa investigação. A incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais da entidade é suficiente para resolvê-la. (g.n.).

XXVI. Assim, segundo a Corte de Contas, o primeiro requisito para que uma OS ou Oscip possa participar de certame licitatório é que a atividade a ser contratada esteja prevista dentre seus objetivos institucionais. Nesse caso, ela poderá ser contratada. Ressalte-se que, nos termos da decisão, a contratação de tais entidades deve se dar mediante procedimento licitatório.

De fato, qual seria o embasamento legal para contratar uma organização sem fins lucrativos para executar determinada atividade que não consta dentre suas finalidades? A base de criação de tais organizações é justamente para auxiliar o Estado no desempenho de determinadas atividades sociais, o que inviabiliza a sua contratação para atividades extra estatutárias, ou seja, sem nexo de causalidade entre os seus objetivos sociais e os serviços licitados.

XXVII. É preciso ainda ter em mente que essas instituições sociais, a depender do caso concreto, podem gozar de imunidade ou isenção tributária, conforme art. 150, VI, da Constituição Federal:

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:

XXVIII. É certo que a Lei nº 9.532/97 c/c a de nº 9.718/98 estabelecem critérios/requisitos para que as entidades acima identificadas gozem do benefício tributário, mas, desde que cumpridos tais requisitos, irão elas usufruir do benefício. O art. 15 da Lei nº 9.532/97 elenca, ainda, situações em que as associações sem fins de lucrativos terão direito a isenção tributária.





XXIX. Pelo exposto, resta claro que em algumas situações as entidades sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais não extensivos a sociedades de fins lucrativos propriamente ditas, o que pode implicar vantagem na disputa por um contrato público, contrariando, em decorrência, um princípio básico da licitação: o da igualdade entre os participantes.

XXX. Há de destacar, ainda, o art. 174 da Carta Magna:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

- § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.
- § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

XXXI. Assim, ao que me parece, o dispositivo constitucional colocou na mesma linha as cooperativas e as associações. O Termo de Conciliação Judicial nº 01082-2002-020-10-00-0, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, homologado nos autos da Ação Civil Pública proposta perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília (Processo 01082-2002-020-10-00-00), dispôs:

Cláusula Primeira - A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:

a) – Serviços de limpeza; b) – Serviços de conservação; c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) – Serviços de recepção; e) – Serviços de copeiragem; f) – Serviços de reprografia; g) – Serviços de telefonia; h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; i) – Serviços de secretariado e secretariado executivo; j) – Serviços de auxiliar de escritório; k) – Serviços de auxiliar administrativo; l) – Serviços de office boy (contínuo); m) – Serviços de digitação; n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) – Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;

Cláusula Segunda - Considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados.

Cláusula Terceira - A UNIÃO obriga-se a estabelecer regras claras nos editais de licitação, a fim de esclarecer a natureza dos serviços licitados, determinando, por conseguinte, se os mesmos podem ser prestados por empresas prestadoras de serviços (trabalhadores subordinados), cooperativas de trabalho, trabalhadores autônomos, avulsos ou eventuais;





Parágrafo Primeiro - É lícita a contratação de genuínas sociedades cooperativas desde que os serviços licitados não estejam incluídos no rol inserido nas alíneas "a" a "r" da Cláusula Primeira e sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação às cooperativas, seja em relação ao tomador dos serviços, devendo ser juntada, na fase de habilitação, listagem contendo o nome de todos os associados. Esclarecem as partes que somente os serviços podem ser terceirizados, restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.

XXXII. Dessa forma, a contratação de associações/organizações sem fins lucrativos para exercer atividades objeto de terceirização pode assemelhar-se à contratação de cooperativa de mão-de-obra, o que é expressamente vedado, como foi dito acima.

XXXIII. Sobre esse assunto, o Superior Tribunal de Justiça tem decisão no sentido de que quando uma organização sem fins lucrativos atua com desvio de finalidade, elas passam a se sujeitar aos mesmos encargos tributários do setor privado:

Não tem, consequentemente, a recorrida como objetivo social o fornecimento de mão-de-obra e aluguel de equipamentos à recorrente, pessoa jurídica. Os seus associados são os servidores do Banco e não este.

Estou convencido no sentido de que, na hipótese discutida no âmbito do recurso especial em debate, a recorrida extrapolou os limites dos seus objetivos sociais e equiparou-se, para fins de incidência do ISS, a agente prestador de serviços de locação de mão-de-obra ao Banco do Estado do Espírito Santo, de forma remunerada. (Trecho do voto do Min. José Delgado, nos autos do REsp. n. 937.090/ES).

Em 2010 foi prolatado o Acórdão nº 7.549/2010 — TCU - 2ª Câmara –, em que a Corte de Contas, analisando a possibilidade ou não de contratação de entidades sem fins lucrativos via licitação, assim decidiu:

(...)

- 4. Assim, no mérito, o ponto preponderante da questão controvertida consiste em saber se, nos certames licitatórios para a prestação de serviços acessórios, instrumentais ou complementares à atividade-fim da administração pública (terceirização de serviços), poderão habilitar-se entidades sem fins lucrativos para o fim de, logrando êxito no certame, firmar o correspondente contrato.
- 5. Em termos gerais, louvamos o tratamento teórico conferido ao assunto pela Secretaria de Recursos, mediante ponderada e fundamentada análise técnica e jurídica dos aspectos concernentes à natureza e às peculiaridades da terceirização de serviços no setor público, às condições da atuação regulamentar das entidades sem fins lucrativos no mercado e aos fundamentos colhidos na doutrina e jurisprudência pertinentes.
- 6. Em especial quanto às finalidades a que regularmente se prestam, as entidades privadas sem fins lucrativos se distinguem, a par da ausência de busca de lucros em primeiro plano e de forma intencional, por atuar em segmentos econômicos, sociais ou políticos marcados por um caráter MedSery Bauru

CNPJ: 22.660.338/0001-02 medservbauru@gmail.com

Rua Treze de Maio, 08-27, Centro, Bauru-SP – CEP 17015-270 Fone: (14) 3214-3439 / (14) 998205673





beneficente, filantrópico, assistencial, religioso, cultural, educacional, científico, artístico, recreativo, esportivo e de proteção ao meio ambiente, à criança e ao adolescente e à saúde, entre outros. 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.

7. De fato, decisões de tribunais pátrios indicam que as entidades sem fins lucrativos, quando atuam em atividades estranhas aos seus fins estatutários, incidindo em desvio de finalidade, passam a sujeitar-se a encargos tributários do setor empresarial, conforme se depreende dos excertos transcritos a seguir:

"TRIBUTÁRIO. ISS. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. INCIDÊNCIA.

- Associação civil sem fins lucrativos que, desviando-se dos seus objetivos, efetua locação de mão-de-obra a quem não seja seu associado e para atividades exclusivas da parte contratante, de forma remunerada, está sujeita ao pagamento do ISS.
- 2. Comprovação nos autos de que a recorrida, entidade civil, locou mão-deobra ao Banco do Espírito Santo, recebendo valores por esse negócio jurídico, durante os meses de maio de 1988 até junho de 1990, mês a mês.
- 3. A recorrida congrega os servidores do BANESTES. Os seus sócios são, portanto, pessoas físicas. O BANESTES não é um dos seus associados. Inexistência de serviços prestados a associado no ambiente físico da associação.
- 4. Locação de mão-de-obra com objetivo do BANESTES, por necessidade, ampliar o seu quadro de prestadores de serviços.
- 5. Recurso especial provido para fazer incidir o ISS." (REsp 937090/ES,Processo 2007/0067249-3. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Ministro José Delgado, Julgamento 06/11/2007, DJ 29/11/2007).
- 8. Casos há, ainda, em que ocorre um total desvirtuamento do caráter de assistência social que a entidade ostenta:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE. ART. 150, VI, 'c', DA CF/88.

AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. ART. 14 DO CTN.

- 1. A imunidade tributária interpreta-se restritivamente, sendo certo que, administrativamente é lícito aferir-se os requisitos do art. 14 do CTN, mercê de poder coadjuvá-lo a notoriedade dos fatos (notoria non eget probatione), na medida em que desconsiderá-lo viola a regra do art. 333, I, do CPC.
- In casu, as atividades notoriamente desenvolvidas pela referida Associação nem de longe têm o condão de enquadrá-la como espécie de

MedServ Bauru CNPI: 22.660.338/0001-02 medservbauru@gmail.com

Rua Treze de Maio, 08-27, Centro, Bauru-SP - CEP 17015-270

Fone: (14) 3214-3439 / (14) 998205673





entidade de assistência social, menos ainda de instituição sem fins lucrativos. Ao revés, como bem salientado no parecer da Auditora Tributária, que opinou na via administrativa pelo indeferimento do pedido de imunidade da ora recorrida (fis. 178/191), os cursos por ela ministrados são basicamente voltados à área de atuação da mesma - hotelaria -, a qual parece 'atuar como qualquer empresa comercial que para diminuir custos e rotatividade do pessoal, bem como melhorar a qualidade total dos serviços, investe em treinamento e aperfeiçoamento da mão-de-obra'.

- 3. Recurso especial provido." (REsp 707315/DF, Processo 2004/0169519-4. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, Julgamento 03/05/2007, DJ 14/02/2008, pág. 144).
- 9. Entretanto, particularmente para as categorias indicadas no art. 1.º do Decreto n.º 2.271/97 como objeto preferencial de execução indireta de serviços na administração pública federal direta, autárquica e fundacional atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações —, ponderamos por divergir do pressuposto genérico e uniforme de que os serviços de terceirização não poderiam ser desempenhados pelos membros de uma entidade sem fins lucrativos. A nosso ver, não se pode admitir aprioristicamente, sem exame da situação concreta, que as atividades acessórias da administração sempre exiginam uma intermediação ou locação de mão de obra, apenas por inexistir um vínculo empregatício entre a entidade sem fins lucrativos e os agentes que a integram.
- 10. Embora uma atividade possa caracterizar-se como acessória e instrumental para um órgão da administração pública, esse aspecto não possui uma conexão direta com o cumprimento das finalidades estatutárias de uma entidade sem fins lucrativos que preencha os requisitos necessários à realização dos serviços. 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.

(...).

19. Por sua vez, o exame das condições técnicas e jurídicas apresentadas por entidades sem fins lucrativos, na fase de habilitação dos certames licitatórios para a prestação de serviços terceirizados, segue, por analogia, basicamente os procedimentos definidos pelo TCU por ocasião de reiteradas análises do cumprimento dos requisitos para a situação do art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, concernentes à efetiva existência de nexo entre o objeto a ser licitado e os objetivos estatutários da instituição sem fins lucrativos (Decisões Plenárias

n.ºs 881/97, 830/90, 346/99, 30/2000, 150/2000, 1067/2001 e 1101/2002, e Acórdãos Plenários n.ºs 427/2002, 1549/2003, 839/2004, 1066/2004, 1934/2004 e 1342/2005). <mark>De modo geral, a jurisprudência do Tribunal</mark>





consolidou ser inviável a habilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação (Acórdão n.º 1021/2007-Plenário).

- 20. 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.
- 21. A propósito, esse entendimento se alinha ao disposto no art. 5.º da Instrução Normativa MPOG n.º 2/2008 (grifos nossos):
- "Art. 5.º 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.

Parágrafo único. Quando da contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, no caso de cooperativa, ou pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição sem fins lucrativos, vedando-se qualquer intermediação ou subcontratação."

22. Também na esfera tributária as condições a serem atendidas por entidades sem fins lucrativos, a exemplo das filantrópicas, são aferidas de forma concreta como se vê a seguir:

"ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CENTRO CULTURAL BRASIL-EEUU DE CURITIBA. CERTIFICADO DE ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS.

- I Só faz jus ao Certificado de Fins Filantrópicos, documento hábil a gerar isenção (sic) da contribuição social patronal prevista no inciso II, do art. 55 da Lei n.º 8.742, de 8.212/91, em cumprimento ao art. 195, § 7.º da CF, entidade que comprove:
- a) que exerce atividade sem fins lucrativos, o que podia ter feito com apresentação do seu balanço;
- b) que tem por finalidade essencial promover a integração de pessoas ao mercado de trabalho, capacitando-os com uma profissão específica;
- c) que, por um conjunto integrado de ações, provê os mínimos sociais necessitados pela cidadania, garantindo-lhes o atendimento às necessidades básicas, conforme exigência da Lei n.º 8.742, de 7.12.93, art. 1.°;
- d) que atua com missões voltadas exclusivamente aos mais necessitados.
- 2 Impetrante que tem como objetivo fundamental, conforme expressa com muita clareza artigo dos seus estatutos, o de promover o ensino da língua inglesa.
- 3 Ausência de provas do exercício de atividades filantrópicas.





- 4 Registro nos Estados da entidade de finalidade a serem alcançadas, com a sua atuação, que descaracteriza por inteiro a possibilidade de ser considerada como essencialmente filantrópica.
- 5 Sociedade civil mantida por sócios-contribuintes e sem a atividade filantrópica como seu principal objetivo. Inexistência, aliás, de prova de qualquer ação social de tal característica.
- 6 Segurança denegada." (MS 5690/DF, Processo 1998/0014987-2, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro José Delgado, Julgamento 09/09/98, DJ 26/10/98, pág. 5)

(...).

24. A sentença favorável ao impetrante em liminar ateve-se à circunstância de ser legalmente viável a participação do IPPP naquela licitação, em virtude da observância dos princípios da competitividade e do oferecimento da proposta mais vantajosa. Todavia, quanto ao enquadramento do objeto social da impetrante ao previsto na licitação, a sentença dispõe expressamente que "caberá à Administração, quando da análise das propostas, decidir sobre a referida compatibilização" (primeiro parágrafo à fl. 68 do Anexo 2).

Portanto, na verdade, a essência da sentença se harmoniza com o entendimento que defendemos no presente parecer, pois, como se viu, as condições de atendimento do objeto pela entidade sem fins lucrativos deverão ser aferidas em concreto na fase de habilitação, e não como vedação genérica de participação em licitações.

- 25. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público manifesta-se por que seja conhecido o Pedido de Reexame interposto pelo Instituto de Professores Públicos e Particulares (IPPP) para, no mérito, dar-lhe provimento parcial da seguinte forma:
- a) em nova redação do subitem 1.4.1.1 do Acórdão n.º 5.555/2009-2.ª Câmara dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e, doravante, em caráter normativo aos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, 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 nexo com os serviços a serem prestados ou cuja forma de atuação caracterize intermediação ou locação de mão de obra; e

XXXIV. Ao final, foi proferida decisão nos termos abaixo expendidos:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

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 n.º 5.555/2009-2.ª 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. <u>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 nexo com os serviços a serem prestados;</u>

Sobre o assunto, confira-se, ainda, decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. OSCIP (ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO). IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LUCRATIVA.

- 1. Agravo de instrumento manejado pelo IDSTP (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DO TRABALHO DE PERNAMBUCO) contra decisão que, em sede de mandado de segurança contra atos imputados ao Presidente e Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitação da Universidade Federal Rural de Pernambuco, indeferiu pedido liminar a fim de suspender a concorrência nº 02/2009 (para exploração de restaurante universitário) e assegurar a habilitação do ora agravante no certame em questão;
- 2. Da análise dos autos observa-se que o ora agravante justifica a ausência de apresentação de Capital Social em seu balanço comercial, motivo que justificou sua inabilitação no certame em questão, sob o fundamento de que, sendo uma OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), tal documentação corresponde ao "Patrimônio Social";
- 3. Nos termos dos art. 3º da Lei nº 9.790/99, podem se qualificar como OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos. Desta forma, as pessoas jurídicas qualificadas como OSCIP's não podem exercer atividade comercial, ou seja, atividade com intuito lucrativo;
- 4. Como bem fundamentou a decisão agravada, a exploração de atividade comercial de restaurante não se enquadra no âmbito de atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, elencadas na Lei nº 9.790/99. Assim, tal vedação, por si só, constitui óbice legal ao deferimento da pretensão do ora agravante em participar de licitação; (AGTR 104.733, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJe 07/05/2010, p. 337).

XXXV. Pelo exposto, a luz das decisões do Tribunal de Contas da União, constata-se que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios. Elas podem ser contratadas pela Administração desde que: a) exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame; b) não se trate de contratação de cooperativa de mão-de-obra, o que, ao que parece, assemelha-se a contratação de associação.

XXXVI. Percebe-se que todas as decisões ventiladas, inclusive as judiciais, analisam o assunto sob o viés dos objetivos das entidades sem fins lucrativos e do objeto da licitação, sem adentrar outro ponto importantíssimo: a entidade poderá participar do certame usufruindo dos benefícios fiscais que lhes são concedidos?





XXXVII. Ora, as licitações têm caráter mercantil. Essa finalidade já desnatura a participação de OS, OSCIP e Associações sem fins lucrativos em certames, pois estas não têm fins lucrativos. Além disso, eventual vantagem fiscal vai de encontro a um princípio basilar da licitação: o da igualdade entre os licitantes. Essa situação por si só já configura impeditivo para a participação de OS ou OSCIP em procedimento licitatório.

XXXVIII. Assim, em que pesem decisões da Corte de Contas favoráveis à habilitação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios - desde que suas finalidades sejam compatíveis com o objeto contratual -, é de se analisar o assunto levando em conta o princípio da igualdade entre os licitantes e o caráter mercantil dos ajustes contratuais derivados de procedimento licitatório. Essas condições inviabilizam a participação de tais entidades em licitações públicas.

XXXIX. - Desta forma, inconcebível que se mantenha intacto o resultado que declarou INABILITADA a licitante **RECORRENTE** eis que, a mesma não atende ao edital.

4. DOS PEDIDOS

- 4.1 Assim, com base nos argumentos acima tecidos, restando comprovada a existência de inadequação da **RECORRENTE** às exigências do edital, requer-se que V.Sra. apegue-se à lei e à razoabilidade, e receba a presente contra-razões, em seus efeitos legais, acolhendo-o em todos os seus termos para:
 - o recebimento do presente, tendo em vista sua tempestividade;
- II. nos termos do Art. 48, I da Lei 8666/93 manter a decisão de inabilitação da RECORRENTE.
- III. sendo julgado improcedente por Vossa Senhoria, solicita-se desde logo o encaminhamento do presente Recurso à apreciação da Autoridade Superior Competente, nos termos da legislação em vigor.

Nestes termos,

Espera o deferimento.

Reginopolis - SP, 29 de maio de 2019.

MEDSERV BAURU SERVIÇOS E ASSISTÊNCIA MEDICA LTDA-ME

Nome do representante legal: Andrea Jatcy Pilatos Ferreira

RG do representante legal: 22.790.605-6 SSP/SP

CPF do representante legal: 273.970.728-28

22.660.338/0001-02

MEDSERV BAURU SERVIÇOS E ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA - ME MedServ Bauru CNPJ: 22.660.338/0001-02 medservbauru@gmail.com

Rua Treze de Maio, 08-27, Centro, Bauru-SP – CEP 17015-270

Fone: (14) 3214-3439 / (14) 998205673