



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

190
2

Da Procuradoria Municipal

Para Gabinete da Prefeita

Processo Administrativo nº 373/2022

PARECER

1. RELATÓRIO

Trata-se de análise da impugnação interposta pela Sra. Maria Idalina T. Betoni, Advogada inscrita sob OAB/SP nº 264.559 (fls. 186/194), em relação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 029/2022 que tem por objeto a “**Contratação de Empresa especializada em terceirização de serviços disponibilizando enfermeiros, técnicos de enfermagem, motoboy e auxiliar de farmácia, para atender as unidades de Saúde (Hospital São José e Atenção Básica) no Município de Itirapina/SP**”.

2. DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA

A interessada, se manifestou acerca das exigências do edital no que tange ao que contempla o tratamento diferenciado à **COOPERATIVA**, que a permissão de cooperativas e a ausência de vedação expressa quanto a participação de associações e **OSS/OSCIP**, ferem os precedentes estabelecidos no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Ainda, solicita às fls. 186/194, para que:

1 Liminarmente, a proibição da participação de associações e demais entes sem fins lucrativos, para a sessão designada no dia 13/09/2022, visando que o princípio da isonomia e da competitividade não sejam feridos; E o Edital RETIFICADO.

2 Seja a presente Impugnação julgada totalmente procedente, com a consequente decretação da proibição da participação de Associações no Pregão Eletrônico nº 028/2022.

No caso em questão, as sociedades cooperativas estão legitimadas a participar de licitações públicas, podendo se sagrar vencedoras do certame se preencherem os

✓



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

197
M

requisitos impostos para habilitação, fixados no ato convocatório, e apresentarem o preço mais vantajoso para a Administração.

É o relatório necessário.

Primeiramente devemos consignar que a presente impugnação é tempestiva.

Quanto ao mérito, entendemos que as sociedades cooperativas estão legitimadas a participar de licitações públicas, podendo se sagrar vencedoras do certame se preencherem os requisitos impostos para habilitação, fixados no ato convocatório, e apresentarem o preço mais vantajoso para a Administração.

Tanto é assim que o *inc. I do § 1º do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993*, alterado pela *Lei Federal nº 12.349/2010*, veda, entre outras coisas, aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas.

Aliás, a participação de sociedades cooperativas nas licitações públicas não é apenas permitida, mas estimulada pelo Poder Público, conforme se infere da leitura do *art. 34 da Lei Federal nº 11.488/2007*, cujo teor estabelece que as benesses garantidas às microempresas e empresas de pequeno porte sejam também estendidas às sociedades cooperativas como forma de incentivar esse tipo de organização.

De outra banda, vislumbrando-se, na ocasião oportuna, a possibilidade de o objeto do certame ser executado de forma autônoma pelos cooperados, inexistindo, portanto, sujeição, pessoalidade e habitualidade no cumprimento do pactuado, poderão as cooperativas participar de licitações públicas.

Com o escopo de a Administração promotora do certame comprovar tais requisitos, de modo a afastar qualquer dúvida sobre a licitude da contratação da cooperativa no âmbito da Administração Pública.

Quanto a contratação de empresas sem fins lucrativos, entendemos também, por sua legalidade de participação ao certame licitatório, senão vejamos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

nº 8
l

De plano, cumpre destacar o teor do **art. 12 da Instrução Normativa nº 5/2017**, o qual trata da contratação de instituição sem fins lucrativos:

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

Em observância ao princípio constitucional da isonomia, a norma citada veda a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

O próprio dispositivo esclarece a razão determinante para a imposição dessa vedação, qual seja, o fato de que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição essa que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas. Na medida em que as instituições sem fins lucrativos, por força de previsão legal, são submetidas a custos operacionais inferiores àqueles impostos aos empresários, as sociedades empresárias ou aos consórcios de empresas, entendeu o Ministério do Planejamento, responsável pela edição da Instrução Normativa nº 5/17, que tal condição promoveria violação à isonomia.

A par de argumento formado no sentido de que a participação de instituições sem fins lucrativos na licitação em regime de concorrência com empresários, sociedades empresárias ou consórcios de empresas implicaria em violação ao princípio da isonomia, pode-se, também cogitar que, partindo da ideia de que tais instituições não podem



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

1099
e

atuar com fins econômicos, restariam 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 Lei Civil, ao impedir que as associações e fundações desempenhem um fim econômico, não pretendeu, de modo algum, vedar que elas viessem a obter resultado econômico positivo, o que seria inconcebível, pois sem a obtenção de resultado econômico positivo a entidade não possuiria meios capazes de permitir a sua subsistência e estaria fadada à extinção.

Na verdade, o que o Código Civil proíbe, sim, é que as instituições sem fins lucrativos sejam constituídas com a finalidade precípua de executar uma atividade econômica com o objetivo de promover a distribuição de lucro entre seus integrantes. **Nada impede, dessa forma, que elas venham a colher resultados positivos em decorrência do exercício dos fins sociais a que se destinam.**

Destaque-se, apenas, que esse “lucro” (resultado positivo) deve ser revertido para o próprio exercício da finalidade da entidade e não distribuído entre os associados.

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

Como bem se sabe, o processamento das licitações públicas deve se dar em conformidade com o princípio da isonomia, o qual impõe que, nos termos da lei, todos são iguais. Contudo, isonomia não pode se confundir com tratar igualmente a todos, mas deve ser tomada na sua concepção aristotélica, segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção da desigualdade.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

200
el

E, uma vez que o exercício da função administrativa também deve respeito e obediência ao princípio da legalidade, somente a lei teria o poder de reconhecer a desigualdade entre as pessoas com fins lucrativos e aquelas sem fins lucrativos.

Logo, se em vista do exercício de suas finalidades sociais a participação na licitação de pessoa **sem fins lucrativos for lícita, haja vista a compatibilidade entre o seu objeto social e o objeto do certame**, eventual vantagem tributária que a instituição tenha recebido, decorre, necessariamente, de lei que, em última análise, reconhece a diferença existente entre esta pessoa e aquelas que exercem atividade com finalidade lucrativa. Nesse passo, não cabe à Administração afastar essa condição, sob pena de não conferir o adequado tratamento isonômico, pois estaria tratando igualmente pessoas desiguais. Além, é claro, de deixar de atender a prescrição legal que conferiu a medida da desigualdade a ser observada.

Diante do exposto, vislumbramos que vige no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União entendimento segundo o qual as entidades sem fins lucrativos, com exceção de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips, e que participem da licitação **sob esta condição**, não podem ser impedidas de participar de licitação. Deve-se salientar, no entanto, que para tal fim será indispensável que o objeto do contrato seja compatível com o objeto social da entidade sem fins lucrativos, consoante disposto no seu ato constitutivo.

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

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



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

- 201
2
- "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 exigiriam 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.
11. Como primeiro fundamento dessa linha de raciocínio, note-se a título de exemplo que os serviços de informática tanto podem ser considerados atividades-fim de um ente público, como são os casos do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) e da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), quanto também podem ser atividades-meio, na situação dos demais órgãos que deles necessitam, de forma secundária, para desempenho de ações públicas.
12. A mesma noção poderia ser aplicada à atividade de reprografia, passível de enquadrar-se no conjunto das atividades principais de órgãos públicos como o Centro Gráfico do Senado Federal ou a Imprensa Nacional, e no de atividade-meio dos demais que não atuam nesse ramo. Relembre-se também a época em que a manutenção de prédios residenciais públicos estava ao encargo de órgão específico da União (Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP).
- /



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPINA

Procuradoria Municipal

Av. 01, nº 106 – Centro – Itirapina – SP – CEP 13530-000

CNPJ: 46.313.714/0001-50 – Inscr. Estadual: Isento

Fone: (19) 3575-9000

202
le

Dessa forma, como bem salientou a Ilustre Representante do MP/TCU, o dispositivo legal assegura a habilitação de licitantes que atuem sem objetivo de lucro nos certames promovidos pela Administração Pública.

Destarte, devem ser verificadas as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade." (Acórdão 7459/2010, Segunda Câmara, TCU)

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, forte nos princípios balizadores do procedimento licitatório, nas legislações aplicáveis à situação de que se cuida e nas regras do Edital Licitatório, tendo por base as considerações tecidas nos autos, bem como o atendimento aos princípios vigentes em especial aos da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, opino pelo **INDEFERIMENTO** a impugnação feita ao edital pela Sra. Maria Idalina T. Betoni (fls. 186/194).

É o parecer.

Itirapina, 12 de setembro de 2022.


FERNANDO ROMERO OLBRICK
Procurador