

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
PROCESSO DE SELEÇÃO DE EMPRESA MÉDICA N.º 08/2018

O INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, já qualificado nos autos, apresentou em 01/08/2018, impugnação ao Edital do PROCESSO DE SELEÇÃO DE EMPRESA MÉDICA N.º 08/2018, alegando, em síntese, que a cláusula 4.1.7 é ilegal por vedar a participação de entidades do Terceiro Setor no processo de contratação ora em análise.

I – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Recebida a petição na data de 01/08/2018, resta obedecido o prazo legal de dois dias de antecedência em relação a data marcada para a sessão pública de condução do certame, conforme estabelecido no item 11.1 do Edital, mostrando-se, portanto, tempestiva.

II – MÉRITO

O impugnante pretende em sede de impugnação, impugnar a cláusula 4.1.7 do Edital com o fundamento que é ilegal qualquer vedação de participação de entidades do Terceiro Setor no processo de contratação aberto pelo Instituto Acqua.

A impugnação apresentada não merece prosperar, senão vejamos:

O TCU a partir da conclusão do estudo determinado no Acórdão nº 766/2013 – Plenário à Secretaria-geral de Controle Externo (Segecex), para que constituísse Grupo de Trabalho com o objetivo de avaliar a legalidade da participação de Organização do Terceiro Setor em certames da Administração Pública.

As conclusões formuladas pelo Grupo de Trabalho foram avaliadas pelo Plenário do TCU por ocasião do Acórdão nº 746/2014 – Plenário. Nessa oportunidade, o Ministro relator ponderou em seu voto:

29. *Outro ponto que não pode ser negligenciado no presente estudo, e que foi abordado pela unidade instrutiva, **diz respeito ao fato de as OSCIP, por assim terem se qualificado, serem privilegiadas com isenção de impostos, o que, em tese, as coloca em posição de vantagem com as demais empresas na participação de licitações.***

30. *Consoante apontado pela Selog, as OSCIP, por serem consideradas entidades sem fins lucrativos, fazem jus a isenções do pagamento de Imposto de Renda (art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal e arts. 9º e 14 da Lei nº 5.172/1966), do Imposto sobre Serviços – ISS, do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e do Imposto Territorial Rural – ITR.*

31. ***Diante de tal fato, é evidente que as OSCIP, quando participantes de torneios licitatórios, teriam condições de ofertar um preço menor que o de seus concorrentes, beneficiando-se de uma isenção não concedida para que elas atuassem em regime de contratação com o Poder Público.***

32. *Desse modo, estar-se-ia desvirtuando a benesse fiscal concedida às OSCIP para atuarem como parceiras do Estado mediante a celebração do Termo de Parceria nos moldes delineados na Lei nº 9.790/1999.*

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

9.1. Firmar entendimento no sentido de que é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição, participarem de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal.

Dessa orientação, vê-se que, o TCU, **vedou a participação de Organizações do Terceiro em licitações convencionais com o Poder Público, o que analogicamente se aplica aos processo ora em análise**, uma vez que essas entidades fazem jus a isenções tributárias, tendo assim condições de ofertar um preço menor do que o de seus concorrentes, por conta desse benefício concedido não para que elas **atuassem em regime de contratação com o Poder Público ou seus prestadores de Serviço**, mas para outros fins (atuação em parceira com o Estado mediante a celebração de Termo de Parceria ou Contratos de Gestão nos moldes delineados na Lei nº 9.790/99 e Lei nº. 9.637/98.

Assim, o procedimento em análise trata-se de uma contratação convencional para prestação de serviços médicos pelo Instituto Acqua, **não havendo, portanto, metas a serem cumpridas pelas organizações do terceiro setor, o que desvirtuariam as suas funções estabelecidas pelas Leis na Lei nº 9.790/99 e Lei nº. 9.637/98**. Além disso, poderia configurar uma **“quarteirização”** do Termo de Parceria firmado entre o estado do Maranhão e o Instituto Acqua, já que o mesmo também é uma entidade do terceiro setor.

Quanto a participação de cooperativas, foram reiteradas decisões (Acórdão nº 1815/2003-Plenário, Acórdão nº 307/2004-Plenário que culminaram com a publicação da Súmula nº 281, TCU: “É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de personalidade e habitualidade.”

A razão para essa vedação é simples. Se assim não fosse, a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT). Nesse conflito de interesses e valores, direito das cooperativas x diretriz para a formação das relações de trabalho, prevaleceu o segundo, pois relaciona-se com direito constitucional fundamental.

Assim, é possível dizer que, como regra, é permitida a participação de cooperativas em licitações. A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos da habitualidade e pessoalidade.

Corroborando com essa linha de argumentação, recentemente foi publicada a Lei nº 12.690/2012, confirmando que a celeuma envolvendo a contratação de cooperativas possui uma regra (tendente à possibilidade de participação em licitação), e uma exceção (pela impossibilidade, para atividades que, pela sua natureza, exijam subordinação de mão de obra). É o que se extrai do teor do art. 10, §2º c/c art. 5º, da citada Lei, **que é a hipótese do presente processo de contratação.**

III – DECISÃO DO PREGOEIRO

Desse modo, presente o requisito de forma, a impugnação reúne as condições de ser **CONHECIDA**, e no mérito, **NEGO PROVIMENTO** à impugnação oferecida, para manter inalterado o instrumento convocatório, com o conseqüente prosseguimento do certame na data anteriormente marcada.

Intime-se o impugnante.

Junte-se aos autos do processo administrativo.

São Luís, 02 de agosto de 2018.

ANTÔNIO EVILÁSIO DE AGUIAR NETO
Representante Instituto ACQUA