

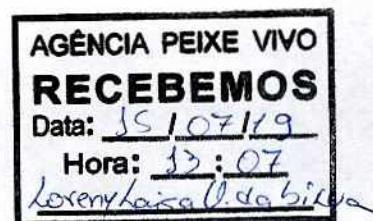
ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SELEÇÃO E JULGAMENTO DA
AGÊNCIA PEIXE VIVO

Endereço para Protocolo: Rua Carijós, nº 166 – 5º Centro, Belo Horizonte/MG

Ato Convocatório nº. 015/2019.

Contrato de Gestão nº. 14/ANA/2010.

Modalidade Coleta de Preços, Tipo Técnica e Preço.



COBRAPE – COMPANHIA BRASILEIRA DE PROJETOS E EMPREENDIMENTOS, doravante denominada somente de Recorrente ou COBRAPE - pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 58.645.219/0001-28, com sede em São Paulo, na Rua na Rua Fradique Coutinho, 212, 9º andar, Pinheiros, CEP 05416-000, por meio de seu procurador ao final assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no Edital, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face do julgamento que habilitou as organizações não governamentais, quais sejam, o Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM; e, o Instituto de Gestão de Políticas Sociais – GESOIS, de acordo com o que se abstrai da Ata de Sessão de Divulgação do Resultado da Análise dos Documentos de Habilitação do processo em epígrafe, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos, os quais foram articulados a partir das disposições editalícias e anexos, das informações constantes do processo de seleção e julgamento, da aplicação dos princípios constitucionais, da interpretação da Lei nº. 8.666/93, da Lei 9.790/99 e respectivos regulamentos, bem assim de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

I. SÍNTESE DOS FATOS

Cuida-se de **recurso acerca da análise e julgamento proferido por essa d. Comissão de Seleção e Julgamento**, consubstanciada na Ata de Sessão de Divulgação do Resultado da Análise dos Documentos de Habilitação do processo em epígrafe, **promovido pela Agência Peixe Vivo**, para a *“CONTRATAÇÃO DE CONSULTORIA ESPECIALIZADA PARA ELABORAÇÃO DE PLANOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO PARA A REGIÃO DO SUBMÉDIO SÃO FRANCISCO (FLORESTA, TACARATU, RODELAS, GLÓRIA) NA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO.”*

Observa-se que houve por parte da Comissão:

Equivoco ao habilitar os institutos IBAM e GESOIS, configurando desrespeito à base legal e aos princípios que regem as licitações, principalmente afronta ao princípio da isonomia.

II. RAZÕES DE FATO QUE IMPELEM A REFORMA DO JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO APRESENTADA PELA RECORRENTE

II.1 – Da Natureza Jurídica da GESOIS

De acordo com o ato constitutivo da GESOIS, pode-se concluir:



Página 2 de 9

- a) Que os objetivos sociais da entidade são amplos e vagos (art. 2º), contemplando desde a promoção da assistência social, passando pelo desenvolvimento científico, capacitação de pessoal, áreas de seguro, educação, habitação e assim por diante, ou seja, trata-se de um instituto que não possui competência técnica específica para atuar na persecução do objeto licitado, qual seja prestar consultoria especializada essa Agência Peixe Vivo na *elaboração de planos municipais de saneamento básico*. Numa palavra, o objeto de atuação da GESOIS não é compatível com o objeto que está sendo licitado, fato este por si só suficiente para desabilitá-la do processo.
- b) Que a GESOIS, para além de ser uma associação civil sem fins lucrativos, encontra-se qualificada pelo Ministério da Justiça como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, qualificação esta que impõe a observância dos seguintes pontos:
- b.1) Por se tratar de uma OSCIP encontra-se jungida a um regime jurídico específico que, dentre outras questões, estabelece o Termo de Parceria como instrumento hábil a ser celebrado com entes públicos, cujo processo de seleção deve ser feito mediante Concurso de Projetos.
- b.2) As entidades qualificadas como OSCIP detêm benefícios fiscais que não se estendem às empresas que visam lucro, ou seja, ainda que a GESOIS possuísse objeto social e experiência técnica para a desenvoltura do objeto que está sendo licitado (o que não se verifica), seria necessário que o Edital não só previsse a participação de entes do terceiro, como também a fórmula que seria empregada para garantir a isonomia entre os licitantes no certame.

II.2 – Da Natureza Jurídica do IBAM

De acordo com o ato constitutivo do IBAM, tem-se que:

- a) Trata-se a entidade também de uma associação civil sem fins lucrativos cuja missão vem a ser o "desenvolvimento institucional da Administração Pública, especialmente a municipal, fortalecer sua capacidade de formular políticas, prestar serviços e fomentar o desenvolvimento, objetivando uma sociedade democrática e justa (art. 2º, caput)".
- b) Tal qual ocorre com o GESOIS, o IBAM traz igualmente objetivos sociais amplos e vagos (§1 do art. 2º), contemplando desde a implementação de projetos de fortalecimento e desenvolvimento

institucional para o setor público ou privado, em todas as suas áreas de competência, até assessorar entidades públicas e privadas no que pertine à promoção e assistência social, ou seja, também se trata de um instituto que não possui competência técnica específica para atuar na persecução do objeto licitado, qual seja, prestar consultoria especializada essa Agência Peixe Vivo na *elaboração de planos municipais de saneamento básico*. Nesse sentido, também o objeto de atuação do IBAM não é compatível com o objeto que está sendo licitado, fato este por si só suficiente para desabilitá-la do processo.

III - RAZÕES DE DIREITO QUE IMPELEM A REFORMA DO ATO

A Lei nº. 9.790/99, regulamentada pelo Decreto n. 3.100/99, disciplina as entidades denominadas de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip). Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.

De acordo com a referida legislação (art. 10, §2º) uma organização da sociedade civil de interesse público estabelece seu *vínculo com a Administração Pública mediante termo de parceria, que deve especificar, como cláusulas essenciais: o objeto, com especificação do programa de trabalho; as metas e os resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado; previsão de receitas e despesas, inclusive com detalhamento das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, com comparação entre as metas e os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas; publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira.*

De se ressaltar que o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras ou para fornecimento de mão de obra, porque isto contraria os objetivos da lei que disciplina a matéria.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive letter 'P' followed by a horizontal stroke.

O Acórdão nº 1.021/2007-TCU-Plenário já analisou o tema quando da 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."

(Grifos da Recorrente)

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;

Pelo exposto, resta claro que em algumas situações as entidades sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais não extensivos às empresas que visam lucro, 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.**

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, fluid script.

Página 5 de 9

Veja-se que o princípio da igualdade assegura a isonomia entre os licitantes, não admitindo o estabelecimento de privilégios ou discriminações, sendo, portanto, condição essencial para garantir a idoneidade da competição em todas as fases da licitação. A inobservância ao referido postulado corresponde a desvio de poder, podendo, inclusive, configurar crime previsto no artigo 90, da Lei de Licitações:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. “

Ademais, ainda que não haja privilégio em virtude de isenções fiscais, essas instituições do terceiro setor, para uma eventual participação em licitações, **devem ser compatíveis com o objeto a ser contratado**, isso porque, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, dispõe, que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica.

Acerca dessa questão, mister mencionar que 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.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'P' followed by a flourish, is positioned to the left of the page number.

Página 6 de 9

6. Em especial quanto às finalidades a que 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 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." (Grifos da Recorrente)

Nesse sentido, faz-se necessário a essa Agência Peixe vivo reexaminar as condições técnicas e jurídicas afetas às entidades sem fins lucrativos de cujas habilitações ora se recorre, vez que a fase de habilitação dos certames licitatórios para a prestação de serviços, 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).

De se ressaltar que a jurisprudência do Tribunal consolidou ser inviável a habilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação (Acórdão n.º 1021/2007-Plenário). 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

A propósito, esse entendimento se alinha ao disposto no art. 5.º da Instrução Normativa MPOG n.º 2/2008:

"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."

(Grifos da Recorrente)

Por fim, o entendimento propugnado pela legislação, doutrina e jurisprudência é o de que se faz necessário que:

a) As entidades sem fins lucrativos detenham objetivos sociais e profissionais pertencentes aos quadros funcionais da ONG condizentes com os serviços que serão contratados; e,

b) As entidades participem do certame sem usufruir dos benefícios fiscais que lhes são, por ventura, concedidos, vez que eventual vantagem fiscal vai de encontro ao princípio da igualdade entre os licitantes, fato este que já configuraria impeditivo para a participação em procedimento licitatório.

IV - CONCLUSÃO E REQUERIMENTOS FINAIS

Considerando que houve um equívoco por parte dessa douta Comissão de Seleção e Julgamento ao habilitar duas associações civis sem fins lucrativos, as quais não possuem objetivos sociais, bem assim, profissionais pertencentes aos seus quadros afetos ao objeto do contrato ora licitado;

Considerando, também, que a eventual participação de entidades do terceiro setor deve estar discriminada no ato convocatório, principalmente no que pertine a forma como serão dirimidas as eventuais vantagens fiscais que ditas entidades possam vir a ter;

REQUER-SE O CONHECIMENTO E PROVIMENTO do presente recurso, com atribuição de *efeito suspensivo* (conforme determinação do § 2º do art. 109 da Lei nº. 8.666/93), para que:

1. Seja reformado o julgamento feito pela douta Comissão de Seleção e Julgamento, inabilitando as associações civis sem fins lucrativos do certame (GESOIS e IBAM), nos moldes e contornos expostos nas razões recursais; e,
2. Caso essa douta Comissão, na improvável hipótese de não reconsiderar a decisão ora atacada, seja remetido o presente Recurso Administrativo à autoridade superior, em obediência ao trâmite hierárquico no § 4º do art. 109 da Lei nº 8.666/93 (

Termos em que,
Pede deferimento.

Minas Gerais, 15 de julho de 2019.

Rafael Decina Arantes
CAU/MG A35517-8
COBRAPE - BH



Rafael Decina Arantes
Representante legal da COBRAPE