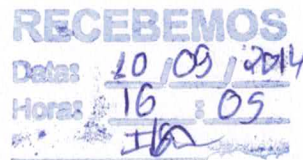




Ilustríssima Senhora Célia Maria Brandão Fróes
Diretora Geral da AGB Peixe Vivo



ATO CONVOCATÓRIO 021/2014.
CONTRATO DE GESTÃO Nº14/ANA/2010.
ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO

A empresa **SAMENCO ENGENHARIA E CONSULTORIA LDA. - ME**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o Nº 07.725.247/0001-14, com endereço em Belo Horizonte/MG na Rua Caratinga, 380 CJ 201 Anchieta, CEP: 30.310-510, tempestivamente, vem, com fulcro no inciso II, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de Vossa Senhoria, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, com fundamento nos dispositivos constitucionais, nos artigos da Lei nº 8.666/93 e da Lei 9790/1999 como se segue:

I- DOS FATOS SUBJACENTES

Em 03/09/2014 a decisão da digna Comissão de Licitação **habilitou** todas as concorrentes para participar do certame em epígrafe. Nosso representante manifestou o desejo da empresa em interpor recurso à habilitação da OSCIP GESOIS devido ao fato de a mesma não se sujeitar ao mesmo regime jurídico das concorrentes,

f



legitimadas pela Lei 8.666/93, restando portanto configurada a concorrência desleal.

II- DAS RAZÕES DA REFORMA

Considerando que as contratações de obras e serviços necessários às finalidades das Entidades Equiparadas reger-se-ão pelos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, estabelecidos no artigo 37, da Constituição da República c/c artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como pela busca permanente de qualidade e durabilidade;

Considerando que a OSCIP GESOIS está sujeita a um regime diferenciado de ordenação e constituição, o qual nenhuma das concorrentes deste certame poderia se sujeitar, comumente chamado de terceiro setor, a decisão sob comento, merece ser reformada, porque:

As OSCIP's, são pessoas jurídicas de direito privado, **SEM FINS LUCRATIVOS**, conforme estabelece o art. 1º da referida Lei, onde lê-se:

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, **sem fins lucrativos**, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. (grifos nossos).

No art. 9º da Lei 9790/1999, verifica-se que:

Art. 9º Fica instituído o **Termo de Parceria**, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as



entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público **destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes**, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei. (grifos nossos)

E, ainda, no art. 8º do Decreto 3100/1999, tem-se que:

Art. 8º Será firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, **Termo de Parceria destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes**, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei no 9.790,

As regras para que o Termo de Parceria seja celebrado pelo poder público e a OSCIP estão elencadas no art. 10º do Decreto 3100/2003, que diz:

Art. 10. Para efeitos da consulta mencionada no art. 10, § 1º, da Lei no 9.790, de 1999, o modelo a que se refere o parágrafo único do art. 8º deverá ser preenchido e remetido ao Conselho de Política Pública competente.

§ 1º A manifestação do Conselho de Política Pública será considerada para a tomada de decisão final em relação ao Termo de Parceria.

§ 2º Caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro fica dispensado de realizar a consulta, não podendo haver substituição por outro Conselho.

Cabe, pois, ressaltar, que o Termo de Parceria não exige certame previsto pela lei 8.666/1993, ou seja, não é regido pela lei de licitações. Deste modo, temos que a parceria entre o poder público e as OSCIP's não se modela ao contrato mercantil, documento que concretiza a relação entre o órgão público e a vencedora do processo licitatório, mas constitui-se num auxílio recíproco, com a

f



mesma finalidade, que é executar projetos de relevante valor social, cabendo à Administração, estabelecer os critérios em que o Termo de Parceria será estabelecido com as OSCIP's.

Ressalta-se que nenhuma das concorrentes, à exceção da GESOIS poderia celebrar Termo de Parceria com órgão público, tampouco participar de concurso de OSCIP's por não se enquadrar no regime jurídico a que estas estão sujeitas.

E, como entidades sem fins lucrativos, conforme estabelecido no art. 1º da Lei 9790/1999, as OSCIP's não podem celebrar contratos mercantis, uma vez que este ato não se coaduna com as atividades estabelecidas na legislação ao qual se curvam.

Tal é o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO, que complementa:

Assim, por exemplo, uma sociedade civil não pode exercer atividades mercantis e vice-versa. O motivo é que, ao dedicar-se a atividades de outra natureza, estará sujeita a regime jurídico diverso, inclusive no tocante à formalização de sua inscrição. Uma associação (sociedade civil sem fins lucrativos) não pode dedicar-se a atividade especulativa.[...] (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p.309).

Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União, TCU:

Não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como Pregão Eletrônico 090/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexos [de relação] entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão de obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica. Acórdão nº 5.555/2009 – TCU – 2ª Câmara.

Portanto, temos, que a GESOIS não deve ser habilitada por ser área

f



de atuação incompatível com a finalidade para qual foi criada, conforme disposto no artigo 3º da Lei 9.790/99.

Essas entidades concorrem com preços mais baixos do que os praticados no mercado graças, exatamente, à imunidade que recebem no recolhimento do IRPJ. **"A prática de atos de natureza econômico-financeira por entidade que goza de imunidade constitucional, ou de isenção do IRPJ nos termos do art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997, caracteriza desvio de seus objetivos essenciais, uma vez que estabelece concorrência com organizações que não gozam do mesmo tipo de favor"**, informa o chefe da Divisão de Tributação da Delegacia da Receita Federal de São José Dos Campos.

A FENAINFO sempre argumentou que as desigualdades de conformação jurídica e sujeição tributária entre os licitantes **contaminavam de ilegalidade o processo licitatório, pois subtraía o caráter igualitário do certame** - princípio que rege o processo administrativo de compras públicas, garantido pelo princípio da impessoalidade, conforme determina a Lei 8.666/93.

A questão que surge é saber se uma OSCIP pode desenvolver atividades de natureza comercial ou econômica, uma vez que o artigo 3º da Lei 9.790, de 1999, estabeleceu as finalidades que uma entidade deveria possuir para receber esta qualificação.

Entrementes cabe perguntar se é permitido a entidade possuir em seu estatuto, objetivos sociais para atender finalidades outras, diferentes daquelas que foram estabelecidas pelo legislador.

Em um dos casos analisados pela Procuradoria Geral Especializada da Procuradoria Federal do Departamento de Obras Contra Secas



e pela Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará ambas instituições entenderam que não seria permitido a uma OSCIP desenvolver atividades além daquelas estabelecidas na Lei 9.790/99.

Ficou entendido que OSCIP só pode desenvolver atividades de interesse social, em especial as arroladas no **art. 3º da lei**, e não outras com intuítos econômicos-comerciais, sendo evidente não poder se valer da condição de OSCIP, de que decorrem imunidades, para atividade estranha a esse tipo de sociedade civil, uma vez que a atividade contratada, por outro lado, era própria de empresas comerciais que se dedicam à atividade econômica com fins de lucro.

Já a Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, através do Parecer 601/2006, adotou a posição de que a qualificação como OSCIP tem em vista o objetivo definido de celebrar, com poderes e órgãos públicos, termos de parceria para a execução de planos, programas, projetos e atividades de utilidade e interesse público.

Assim, segundo a Assessoria do TCE-CE, os termos de parceria que venham a ser subscritos por qualquer OSCIP, deveriam se limitar às atividades sociais previstas taxativamente nos incisos do artigo 3º da Lei 9.790/99, e por isso, não encontra amparo legal para a inserção no estatuto de OSCIP, de cláusulas que estabelecem a possibilidade de terceirização de mão-de-obra para órgãos públicos (ou prestar consultoria para PMSB), mesmo que as titulando como atividades complementares à obtenção de recursos destinados ao auto sustento da entidade. **Isto é, não há autorização**



legal para que OSCIP exerça atividades desvinculadas das previstas no artigo 3º da Lei 9.790, de 1999, mesmo que tenha a finalidade de obtenção de recursos para a sua subsistência, pois permitir que uma OSCIP preste serviços de terceirização de mão-de-obra é, na realidade, contribuir para a burla ao inciso I do artigo 2º da Lei das OSCIPS, segundo o qual não são passíveis de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público as sociedades comerciais.

As OSCIPS não deveriam participar de processos licitatórios primeiro porque o relacionamento entre essas instituições e o poder público está expressamente regulado e o instrumento é o Termo de Parceria.

Segundo porque é inaplicável a licitação para a escolha da OSCIP parceira, portanto, se a opção for de fazer uma parceria para determinado serviço com a OSCIP, preenchidos todos os requisitos, não há de se falar em contrato, mas sim em Termo de Parceria. Por absoluto desconhecimento da Administração Pública e de seus gestores como diversas vezes mencionamos, admite-se que sejam firmados convênios com as OSCIPS, pois o costume dos gestores anda nessa linha. Pior do que contrato ou que haja licitações para escolher a OSCIP é que elas participem de certames licitatórios. Até porque o fazendo enfraquecem o Termo de Parceria e os privilégios de seu relacionamento com o Estado.

Além do mais, trata-se de concorrência desleal por conta das prerrogativas e privilégios fiscais que as OSCIPS alcançaram gerando vantagem em relação à composição de seus custos e não raro são objetos de recursos em licitações, aplicando-se a pedido

✓



dos que interpõe os recursos, os impostos aos valores apresentados pelas OSCIPS para verificação do real preço.

Na mesma toada, entende-se que sendo o objeto de uma OSCIP exclusivamente a colaboração com o Poder Público, aproxima-se o Termo de Parceria de um convênio, já que as partes devem ter interesses comuns e visar à mútua cooperação. Assim, a relação jurídica que venha a ser firmada entre Poder Público e OSCIP não pode jamais caracterizar um contrato. Em outros termos, não poderia uma OSCIP fornecer serviço que deveria ser adquirido mediante contrato.

A constatação de que a entidade passa a agir como uma verdadeira empresa comercial, auferindo lucro e colocando no mercado seus produtos e serviços de forma mercantilista configura desvio de suas finalidades sociais para as quais foi instituída, e caracteriza a nocividade de seu objeto. Pois, o que é inconcebível é o estabelecimento de finalidades privadas no estatuto de uma OSCIP.

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; a exploração de atividade comercial de projeto de engenharia 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 de uma OSCIP em participar de licitação.

V



Portanto, é preciso entender que as OSCIPS impõem uma concorrência desleal às empresas legalmente constituídas.

III – DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito para:

- com fundamento no art. 41 da Resolução Conjunta SEMAD/IGAM nº 1.044, de 30 de outubro de 2009, declarar-se nulo o ato da Comissão de Seleção e Julgamento da AGB Peixe Vivo que habilitou a OSCIP GESOIS;
- determinar-se à Comissão que profira tal julgamento, considerando inabilitada a OSCIP GESOIS por não se enquadrar na lei das licitações que rege este Ato Convocatório.

Nestes Termos

P. Deferimento

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2014.

Filipe Rocha

SAMENCO Engenharia e Consultoria Ltda.