

**NOVA
FRIBURGO**
P R E F E I T U R AS E C R E T A R I A D E
I N F R A E S T R U T U R A
E L O G Í S T I C A*Comissão de Pregão II***DESPACHO**

Nova Friburgo, 27 de junho de 2024.

À Procuradoria Geral Municipal

Processo Licitatório nº 25.651/2023, referente ao Edital do Pregão Eletrônico nº 90073/2024, **REGISTRO DE PREÇOS para futura e eventual CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS DE OFTALMOLOGIA** (aplicação de injeção intravítrea e tomografia de coerência óptica (OCT), pelo período de 1 (um) ano.

I. DO RELATÓRIO

Aberta a fase de habilitação do pregão eletrônico nº 90.073/2023, foi solicitado a empresa vencedora dos itens 02, 03 e 04, conforme a ordem de classificação, **INSTITUTO BRASILEIRO DE ASSISTENCIA E PESQUISA**, o envio, através do sistema, da documentação de habilitação, nos termos dos artigos. 62 a 70 da Lei nº 14.133, de 2021 e especificadas no edital.

Quanto a habilitação da empresa verificamos que a mesma se trata de Instituição Sem Fins Lucrativos.

Considerando que o teor do art. 12 da Instrução Normativa nº 5/2017, o qual trata da contratação de instituição sem fins lucrativos dispõe o seguinte:

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.

**NOVA
FRIBURGO**
P R E F E I T U R AS E C R E T A R I A D E
I N F R A E S T R U T U R A
E L O G Í S T I C A

Comissão de Pregão II

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”.

Considerando que, em pesquisa sobre a matéria, verificamos que a jurisprudência do TCU sobre o tema não é pacífica quando a questão, a exemplo, do Acórdão nº 1.406/2017 – Plenário.

Considerando ainda que o objeto da contratação é condizente com o objeto social da associação da empresa **INSTITUTO BRASILEIRO DE ASSISTENCIA E PESQUISA**, o qual se encontra previsto, necessariamente, em seu ato constitutivo, que inclusive possui previsão para “firmar contratos com órgãos públicos”.

II. DAS DILIGÊNCIAS

Por todo o exposto, feitas as considerações acima narradas, encaminho o presente processo, na forma que dispõe o subitem 26.11 do edital do Pregão Eletrônico nº 90073/2024, à Procuradoria Geral do Município para análise e manifestação jurídica, quanto ao caso em questão, com o intuito de subsidiar a decisão deste pregoeiro.

**NOVA
FRIBURGO**
P R E F E I T U R AS E C R E T A R I A D E
I N F R A E S T R U T U R A
E L O G Í S T I C A*Comissão de Pregão II*

Por oportuno informamos que a próxima sessão está agendada para o dia 04/07/2024 devendo os autos retornarem a este setor preferencialmente até o dia 03/07/2024, sob a necessidade de eventual adiamento da sessão pública.

Atenciosamente


JONATHAN PINHEIRO CHAVES
Pregoeiro – Comissão de Pregão II
Matricula: 206.870



**NOVA
FRIBURGO**
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO

PROCESSO N° 25651

DIA 02/04/24

Folhas N° 894 Rubrica 0

Processo n°: 25.651/2023

Requerente: Comissão de Pregão II

Assunto: Pedido de Esclarecimento - Procedimento Licitatório n° 90.073/2024

I - DO RELATÓRIO

Trata-se de pedido de esclarecimento da Comissão de Pregão II, no bojo do Procedimento Licitatório n° 90.073/2024, em relação à possibilidade de habilitação de instituição sem fins lucrativos.

Aduz que os itens 02, 03 e 04 do presente certame licitatório teve como vencedor o INSTITUTO BRASILEIRO DE ASSISTÊNCIA E PESQUISA (IBAP). Entretanto, após a análise dos documentos relativos à habilitação, restou verificado que se tratava de uma instituição sem fins lucrativos.

Desse modo, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral para a análise jurídica relativa ao tema.

É o relatório. Passa-se ao parecer.

II - DOS FUNDAMENTOS

Preliminarmente, cabe assinalar que a dúvida suscitada pela Comissão de Pregão II teve como fundamento o disposto no art. 12, parágrafo único, da Instrução Normativa n° 5, de 26 de maio de 2017, expedida pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, *in verbis*:

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



**NOVA
FRIBURGO**
PREFEITURA



PROCESSO Nº 25631
PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO
Folhas Nº 895 Rubrica 8

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.**

Da análise do dispositivo supracitado, é possível concluir que o instrumento normativo em análise veda a participação de qualquer instituição sem fins lucrativos em procedimentos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresas.

A razão de ser da vedação destacada consta no próprio artigo, que salienta os benefícios fiscais e previdenciários específicos das instituições sem fins lucrativos, os quais reduzem seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, em contrariedade ao princípio da isonomia, corolário dos certames licitatórios.

Entretanto, o referido entendimento preconizado no dispositivo em comento parece não se alinhar com o objetivo do legislador infraconstitucional ao impedir que as instituições sem fins lucrativos desempenhem uma finalidade econômica.

Explica-se: o Código Civil, com a vedação supracitada, não estabeleceu vedação para que as instituições sem fins lucrativos possam desenvolver atividade econômica e que lucro seja revertido em prol do exercício da finalidade da entidade¹.

Nesse sentido, o **Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de possibilitar a participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios, desde que os estatutos e objetivos sociais tenham nexo**

1

<https://zenite.blog.br/segundo-precedentes-do-tcu-e-possivel-a-participacao-em-licitacao-de-pessoas-juridicas-sem-fins-lucrativos-a-exemplo-de-fundacoes-e-associacoes/>



**NOVA
FRIBURGO**
PREFEITURA



PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO

PROCESSO N° 20.651

DIA 02/07/2024

Folhas 11 de 896 Rubrica 8

com os serviços constantes no objeto da licitação:

[...] 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 nº 5.555/2009-2ª 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. 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 nexos com os serviços a serem prestados; e [...]

(Acórdão nº 7.459/2010 – 2ª Câmara)

[...] 9.1. conhecer da consulta para responder ao consulente que, ao contrário do que ocorre com as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, **inexiste vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social.**

9.2. deixar assente que a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, **a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão. [...]**

(Acórdão nº 1406/2017 – Plenário)

Vale ressaltar que, por ocasião do Acórdão nº 2426/2020 – Plenário, a Corte de Contas, ratificando o entendimento em comento, chegou a expedir determinação para a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME) adote providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN nº 05/2017:



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

9.2. no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente;

9.3. determinar à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 4º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, que adote providências para modificar o parágrafo único do art. 12 da IN 5-Seges/MP, de 26/5/2017, e informe ao TCU, no prazo de 15 (quinze) dias, os encaminhamentos realizados, visando a:

9.3.1. restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Oscip, participantes sob esta condição;

9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas; e

9.3.3. ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;

9.4. dar ciência ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, de que modificações editalícias que tendem a provocar o aumento do número de



interessados a participar do certame, independente de afetação de propostas de licitantes que já detenham o conhecimento do instrumento convocatório, identificadas no Pregão Eletrônico 3/2020, devem ser divulgadas pela mesma forma que se deu o texto original, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993, e art. 22 do Decreto 10.024/2019, visando a preservar o princípio da competitividade nas licitações públicas, insculpido nas seguintes legislações: Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I; e Decreto 10.024/2019, art. 2º, caput, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes;

9.5. encaminhar cópia do presente acórdão à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEDGGD/ME), ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI) e aos representantes destes autos e do TC Processo 020.255/2020-9; e

9.6. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso III, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore as determinação ora realizadas.

No entanto, é de suma importância frisar que **o TCU entende pela restrição da participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)**, e que participem sob esta condição, o que é possível verificar nos acórdãos acima destacados e, mais claramente, no que se segue:

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.

(Acórdão nº 746/2014 – Plenário)

Por todo o exposto e em atenção ao questionamento suscitado pela Comissão de Pregão II, é possível concluir, em conformidade com entendimento sedimentado no âmbito do TCU, que: (i) com a exceção das OSCIPs, é possível a participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa e (ii) desde que o estatuto e objetivos sociais tenham nexos com os serviços constantes no objeto da licitação.

Destarte, no caso dos autos, salvo melhor juízo, não há óbices à participação do IBAP no presente certame licitatório, desde que seja ratificado que a instituição sem fins lucrativos em comento não se trata de uma OSCIP e que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas em seu estatuto social.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir que:

a) em conformidade com entendimento sedimentado no âmbito do TCU:

a.1) com a exceção das OSCIPs, é possível a participação de instituições sem fins lucrativos em certames licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa;

a.2) desde que o estatuto e objetivos sociais tenham nexos com os serviços constantes no objeto da licitação;



b) destarte, no caso dos autos, salvo melhor juízo, não há óbices à participação do IBAP no presente certame licitatório, desde que seja ratificado que a instituição sem fins lucrativos em comento não se trata de uma OSCIP e que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas em seu estatuto social.

Destarte, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência, **solicita o encaminhamento dos autos à Comissão de Pregão II** para ciência e adoção das providências que entender cabíveis.

Por derradeiro, importante destacar que o exame desta Assessoria se dá tão somente quanto à legalidade do pedido, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando a delimitação legal de competência institucional deste órgão, restringindo-se o parecer aos aspectos jurídicos, com base nas peças constantes dos autos, não adentrando no mérito administrativo, cuja atribuição é do Administrador, com fiscalização pelo órgão de controle interno.

É como opina a Subprocuradoria de Processos Administrativos.

Nova Friburgo, 02 de julho de 2024.


Carlos Eduardo Vila Nova da Veiga
Subprocurador de Processos Administrativos
Matrícula: 63.347

Carlos Eduardo V.N. da Veiga
Subprocurador de Processos
Administrativos
Matrícula 63347