



PARECER JURÍDICO

Solicitante: Departamento de Licitação

Assunto: Impugnação edital de licitação – Proc. 032/2022 – Pregão 18/2022 – Participação em licitação de OS(Organizações Sociais) – impossibilidade - precedentes.

Foi encaminhado pela responsável do Departamento de Licitações desta Prefeitura, impugnação ao edital de licitação do processo licitatório nº 032/2022, modalidade Pregão Presencial nº 18/2022, cujo objeto é o REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PLANTÃO MÉDICO NO PRONTO ATENDIMENTO MUNICIPAL, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM DIRETORIA TÉCNICA, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENFERMAGEM E TÉCNICO EM ENFERMAGEM VISANDO ATENDER A SOLICITAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, apresentado por SOCIEDADE DE APOIO HUMANITÁRIO E DESENVOLVIMENTO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE – SHDSS GESTÃO EM SAÚDE, de Campos Gerais/MG.

Insurge a impugnante quanto ao disposto no item 4.2, alínea “g”, *in verbis*:

4.2 - Não poderão participar da presente licitação, as empresas que:

(...)

g) Empresas em processo falimentar, dissolução, liquidação, OSCIP (organização de Sociedade Civil de Interesse Público) e OS (Organizações Sociais).



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



PRELIMINARMENTE

Antes de se adentrar no mérito da impugnação, necessário a apresentação de alguns apontamentos, tendo em vista as peculiaridades da impugnação apresentada e dos desdobramentos ocorridos em seguida.

A impugnação foi apresentada à pregoeira oficial do Município de Brazópolis, via e-mail, em 02/03/2022 (quarta-feira), às 19h21.

Os membros da Comissão de Licitações, tendo por base o disposto no item 15.1 do edital de licitações, não conheceu da impugnação, devida sua intempestividade (fls. 150).

No entanto, a associação, ora impugnante, interpôs Mandado de Segurança, sob nº 5000241-07.2022.8.13.0089 alegando que sua impugnação havia sido apresentada tempestivamente, sendo equivocada a decisão dos membros da CPL de não conhecimento. Alegou ainda que o edital de licitação restringe ilegalmente a participação de Empresa/Associações constituídas na forma de Organizações Sociais (OS), situação ao qual encontra-se enquadrada a Impetrante, consoante dispõe o item 4.2, alínea "g". Requereu medida liminar a fim de que a Impetrante, ora impugnante, pudesse participar do certame, que ocorreria em 04/03/2022 às 13h30.

O MM Juiz Fábio Moreira Arantes, em decisão proferida em 04/03/2022, entendeu que houve um equívoco da Administração, na contagem do prazo para impugnação, afirmando que *"tendo em vista que a solenidade está agendada para a data de hoje (04/03/2022), o prazo de impugnação, nos termos do Decreto 3.555/2000 e 41, §2º da Lei n.*



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



8.666/93, seria 02/03/2022. Assim, há aparente incongruência desta data final com a previsão editalícia expressa, que expõe, como termo final de impugnação, o dia 25/02/2022".

Desta forma, foi concedida a parcialmente a liminar a fim de a Autoridade Impetrada permitisse a participação da impugnante SOCIEDADE DE APOIO HUMANITÁRIO E DESENVOLVIMENTO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE – SHDSS GESTÃO EM SAÚDE no certame previsto no edital. Já quanto a validade da cláusula 4.2 "g", o MM Juiz entendeu que "caberá a autoridade competente analisar a impugnação do impetrante".

Portanto, a decisão proferida determinou a participação da impugnante no certame, mas também deixou à cargo da Administração a análise da impugnação apresentada, para decidir sobre a validade ou não do disposto no item 4.2 "g" do Edital.

Contudo, à depender da decisão da pregoeira, quanto ao disposto no item 4.2 "g" do Edital, poderá acarretar uma polêmica, o que poderá ser considerado um descumprimento à decisão judicial, conquanto, em sendo válida a regra deste dispositivo, acarretará a impossibilidade de participação da impugnante no certame, uma vez que ela é uma OS(Organização Social).

No entanto, como a decisão judicial deixou expresso a necessidade da análise da impugnação pela Pregoeira e sua equipe de apoio, deverá isto ser realizado, razão esta deste parecer adentrar no mérito da impugnação.



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Ainda que a decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança tenha determinada a realização da análise do mérito da Impugnação apresentada, por entender que sua apresentação foi tempestiva, data máxima vênua, este parecerista entende totalmente equivocada tal entendimento e os fundamentos apresentados pelo MM Juiz de Direito.

Conforme o ensinamento do mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,

"A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei nº 8.666/1993, tendo por termo inicial a data estabelecida para o da apresentação da proposta".

Para facilitar o entendimento, exemplifica a seguinte situação:

"O dia 13 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 12; o segundo, o dia 11. Portanto, até o dia 07, último minuto do encerramento do expediente no órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos." (...) FERNANDES, J.U. Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão eletrônico presencial e eletrônico. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 539.



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



O prazo para impugnação ou esclarecimento de edital de licitação é denominado pela doutrina como prazo inverso, cujo traço distintivo das outras espécies de prazo reside na impossibilidade de prática do ato dentro do lapso temporal estabelecido. Ou seja, a prática do ato dentro deste período é proibida!

Em hipóteses com as da espécie ora em análise, a forma de contagem obedece a regra geral constante do CPC, segundo a qual exclui-se do computo o dia do início e inclui-se o do vencimento (art. 224, caput). O traço distintivo, porém, reside no fato de que durante o período de transcurso do prazo é proibida a prática do ato.

Os ensinamentos de Costa Machado são elucidativos:

“O prazo preclusivo aqui regulamentado – judicial ou legal de dez dias, tem a peculiaridade de ser um prazo inverso, porquanto corresponde a um lapso temporal dentro do qual o ato não pode ser praticado. Contudo, a disciplina do Código sobre contagem de prazos é única, não discrimina prazos e prazos, de sorte que se aplicam os arts. 178, 179 e 184 a esse prazo inverso (v.g. no caso de prazo de dez dias, se a audiência é na segunda, 19, o último dia será o dia 6, porque o prazo inverso não começa a correr no domingo, 18, mas só na sexta, 16, e o último dia proibido para a prática do ato é o dia 7(quarta)...”

Temos decisões proferidas no Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 994.09.372074-5, Relator Des. Burza Neto, de 31.03.2020) e do Tribunal de Justiça do Acre (Agravo de Instrumento nº



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



2009.000005-2, Relator Des. Adair Longuini, de 12.05.2009) que corroboram este entendimento.

Desta forma, considerando dia 04/03/2022(sexta-feira) a data da realização do certame, o prazo de impugnação de dois dias úteis anteriores teve início no dia 03/03 (quinta-feira), tendo como segundo dia útil o dia 02/03 (quarta-feira de cinzas). Como segunda feira e terça-feira, dias 28/02 e 01/03 foram ponto facultativo no Município de Brazópolis (carnaval), e os dias 27/02 e 26/02 foram sábado e domingo, o prazo para a apresentação de impugnação se encerrou na sexta-feira, dia 25/02/2022.

Portanto, não houve a alegada incongruência entre os dispositivos do edital, no tocante ao prazo para impugnação, razão esta, *data vênia rogata*, o entendimento do magistrado prolator da liminar estar equivocada.

No entanto, ante a celeridade que o ato exige, a fim de não prejudicar a Administração Municipal e também em observância ao princípio da informação e publicidade dos atos administrativos, deve ser o mérito da impugnação ser enfrentado. Neste respeito, o professor JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES diz que "*Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração*".

Do Mérito

A fim de elucidar a questão levantada pela impugnante, à respeito da possibilidade de participação de Organizações Sociais (OS) em processos licitatórios, o voto proferido pelo Conselheiro do TCU Walton Alencar Rodrigues, no julgamento da Consulta TC 014.645/2017-3, vem nos socorrer:



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



Organização Social também é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que obtém qualificação, nesse caso do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social. Entretanto, suas atividades são voltadas para as áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei 9.637/1998). À exceção da proteção e da preservação do meio ambiente, essas áreas têm em comum, além do inquestionável interesse público, o fato de que os serviços correspondentes não são privativos do Poder Público e são executados com frequência por particulares, com intuito lucrativo.

O vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, para a atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas, através da colaboração público-privada.

A partir da qualificação formal como OS da celebração do contrato de gestão, a entidade privada está legitimada a receber recursos orçamentários e a administrar bens públicos e pessoal necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Está igualmente habilitada a celebrar contratos administrativos com o Poder Público, para execução de atividades previstas no contrato de gestão, conforme dispõe o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993:

Página 7 de 13



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



"Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão."

"Serviços", a que se refere o dispositivo, seguem a definição do art. 6º da Lei das Licitações: *"toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais"*.

Os serviços objeto da contratação da OS, na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, obviamente, não se confundem com os que a OS já está obrigada a prestar por força do contrato de gestão, em troca dos recursos orçamentários e demais benefícios que recebe. Não faria sentido a lei autorizar dispensa de licitação para execução de serviço que o ente privado já está obrigado a prestar. São serviços outros, mas que necessariamente se inserem entre as atividades listadas no ajuste inicial. É o caso de serviço equivalente ao do contrato de gestão, mas prestado a órgão distinto da mesma esfera do governo que a qualificou. Nesse sentido, os seguintes posicionamentos da doutrina, extraídos do voto condutor do Acórdão 421/2004-Plenário, apresentado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti nos autos do TC 019.027/2003-3,



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



que versava sobre consulta a respeito da possibilidade de estender às entidades pertencentes aos Serviços Sociais Autônomos a prerrogativa dada às OSs pelo art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93.

"O objeto [da contratação na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993] é necessariamente prestação de serviços referente a uma atividade que consta do contrato de gestão. (...) Importa assinalar que o objeto não é o contrato de gestão, mas um serviço, uma atividade, um trabalho. Esse guarda pertinência com o contrato de gestão e com a finalidade da Organização Social". (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 522/523)".

"Tal condição implica que a Organização Social contratada possa ter capacidade de vir a prestar um serviço para algum órgão governamental - diverso daquele com quem mantenha o contrato de gestão - mas que seja um serviço que faça parte das atividades contidas no referido contrato. Parece só poder ser assim, pois, com o próprio órgão com o qual celebrou o contrato de gestão pressupõe-se que os serviços contidos no referido contrato não venham ser objeto de nova contratação". (CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. 3ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 215)".

Assim, diversamente do que ocorre em relação à OSCIP, não existe óbice legal à celebração de contrato administrativo com OS para prestação de serviços.



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



Entretanto, não é qualquer serviço que pode ser contratado na forma do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, mas apenas os que se inserem entre as atividades relacionadas ao contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a entidade, devidamente qualificada na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998.

Portanto, verifica-se que as Organizações Sociais até podem firmar contrato administrativo com o Poder Público, desde que exista um contrato de gestão já firmado entre estes.

Mas o que vem a ser contrato de gestão?

O Contrato de Gestão é uma espécie de ajuste criado pela Lei Federal 9.637, de 15/05/98, que reúne características dos contratos e convênios tradicionais. Sua principal finalidade é à disponibilização de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor, que obtenham para tanto, a qualificação de Organizações Sociais (OS), objetivando formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às suas áreas de atuação.

Inclusive é o que o art. 5º da Lei 9.637/98 dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



Nesse tipo de contrato, as partes têm fins existenciais comuns, atuando em convergência para fins específicos **em regime de cooperação**, não havendo previsão de ganho econômico por parte da contratada pela prestação de serviços, que caracteriza o gênero "contrato". Também, não há previsão de pagamento do serviço por parte do usuário, que caracteriza a "concessão". Por conta dessas características, o valor do repasse só pode contemplar o custo efetivo para atendimento das demandas e cumprimento das metas. O Poder Público deve calcular o custo per capita do atendimento e repassar verbas de acordo com o volume previsto de atendimentos. O Poder Público não pode "sustentar" a Entidade, mas apenas custear os serviços públicos por ela assumidos e prestados.

As principais características dos contratos de gestão, inicialmente, foram estabelecidas pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado, conhecido como MARE. As principais características dos contratos de gestão são:

- Os contratos de gestão são compromissos institucionais firmados entre o Estado, por intermédio de seus órgãos, com agências executivas ou com as organizações sociais;
- O propósito dos contratos de gestão é contribuir para o atingimento dos objetivos das políticas públicas, especificando obrigações, metas, responsabilidades, recursos, mecanismos de avaliação e penalidades;
- Para o Poder Público, os contratos de gestão, funcionam como instrumentos de supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada;
- Já para as organizações sociais contratadas, os contratos de gestão, possibilitaram uma melhor gestão estratégica, na medida em que tal é direcionada para a ação organizacional;



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



- Os contratos de gestão oferecem uma boa base de comparação entre os desempenhos atual e futuro e entre instituições assemelhadas;
- Tal instrumento de gestão permite uma melhor definição para que se adote a estratégia de ação necessária para oferecer melhores condições, da parte contratada, para o atingimento dos objetivos e metas convencionados; e
- Os contratos de gestão permitem uma nítida avaliação de desempenho, tanto dos gestores, quanto da organização.

E para arrematar, voltando ao voto do Conselheiro do TCU Walton Alencar Rodrigues, sua conclusão foi a seguinte:

Com essas considerações, a resposta a ser dada ao consulente é a seguinte: não existe vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais, qualificadas na forma na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios, promovidos pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, **desde que** o intuito do procedimento licitatório seja a 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.

Portanto, como o edital de licitação do processo nº 32/2022, Pregão Presencial nº 18/2022 não consta como objeto a contratação para a execução de atividades previstas em contrato de gestão, o disposto no item 4.2 "g" está correto, não sendo possível, neste caso, a participação de entidades caracterizadas como OSCIP e OS.



MUNICÍPIO DE BRAZÓPOLIS

ESTADO DE MINAS GERAIS



DA CONCLUSÃO

Ante a todo o exposto, sou de parecer pelo **indeferimento** da impugnação apresentada pela SOCIEDADE DE APOIO HUMANITÁRIO E DESENVOLVIMENTO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE – SHDSS GESTÃO EM SAÚDE, de Campos Gerais/MG.

Considerando a possibilidade de concordância da pregoeira, do entendimento apresentado neste parecer e, por consequência, o julgamento seja pelo indeferimento da impugnação, o fato prático disso será, por óbvio, a negativa da participação da impugnante no certame, após a fase de credenciamento.

E, em assim sendo, devido a dubiedade da liminar proferida, que determinou a participação da SOCIEDADE DE APOIO HUMANITÁRIO E DESENVOLVIMENTO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE – SHDSS GESTÃO EM SAÚDE no certame, mas, ao mesmo tempo, exigiu a análise do mérito da impugnação, que, por sua vez, poderia acarretar no entendimento da impossibilidade de participação de Organização Social-OS (e, por consequência, da impugnante), sugiro que o processo licitatório nº 32/2022 permaneça suspenso até que seja proferida decisão final de mérito do Mandado de Segurança, a fim de que tal ato não venha a ser considerado como descumprimento de decisão judicial.

S.M.J.

Este é meu parecer.

Brazópolis, 05 de março de 2022.

CAIO DIEGO PEREIRA
NOGUEIRA:044688186

46

CAIO DIEGO PEREIRA NOGUEIRA

Consultor Jurídico - OAB/MG 88.411

Assinado de forma digital por
CAIO DIEGO PEREIRA
NOGUEIRA:04468818646
Dados: 2022.03.05 15:10:22 -03'00'