



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Registro: 2025.0000430834

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1032645-62.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.M.C. GESTÃO DE SERVIÇOS LTDA, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO, ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DA JUVENTUDE – ASSEJ e INSTITUTO DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO SOCIAL - IAPE.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Murilo Ramos Cagnon.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) E OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

SOUZA MEIRELLES
RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Apelação Cível nº 1032645-62.2024.8.26.0053
Apelante: *R.M.C. Gestão de Serviços Ltda*
Apelada: *Estado de São Paulo*
Comarca: *São Paulo*
Vara: *8ª Vara de Fazenda Pública*
Magistrado: *Dr. Josué Vilela Pimentel*
TJSP (voto nº 24777)

Mandado de Segurança – Licitação - Direito certo e líquido – Requisito viabilizador da utilização da via do *mandamus* – Elementos constantes nos autos suficientes para fundamentar o direito alegado - Discussão sobre a existência ou não de ilegalidade do pregão eletrônico 070/CISE/2023 - Vedação à participação de entidades sem fins lucrativos que está relacionada à condição não isonômica entre elas e os demais licitantes, decorrente do tratamento tributário diferenciado e mais benéfico conferido a tais instituições - Impedimento justificado em parecer do TCE/SP - Precedentes desta E. Corte de Justiça e desta C. Câmara - Sentença reformada – Recurso provido

Apelação cível manejada por **R.M.C. Gestão de Serviços Ltda** nos autos de mandado de segurança impetrado em face do **Estado de São Paulo**, em trâmite perante a 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, cuja **ordem de segurança foi denegada**.

Vindica a apelante, em síntese, a desconstituição da r. sentença, para o fim de conceder a segurança pleiteada consistente na anulação do pregão eletrônico 070/CISE/2023.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Recurso tempestivo, bem processado e devidamente contrariado (fls. 2224/2233).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento das irresignações interpostas (fls. 2252/2257).

Tal, em abreviado, o relatório.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por **R.M.C. Gestão de Serviços Ltda** em face do **Estado de São Paulo**, para o fim de anular a homologação do pregão eletrônico 070/CISE/2023 pela Secretaria da Educação do Estado de São Paulo.

A impetrante sustenta que o Estado de São Paulo afrontou seu direito certo e líquido ao violar o princípio da isonomia e do caráter competitivo do certame, haja vista a permissão da concorrência desigual e desleal entre empresas mercantis e pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa.

Extrai-se do conjunto factual dos autos, que dos 13 (treze) lotes ofertados, 9 (nove) foram vencidos por essas entidades sem finalidade lucrativa, as quais detêm imunidade tributária nos termos do art. 150, VI, “c”, parte final, da Constituição da República.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Ab initio, cumpre ressaltar que na licitação de modalidade “pregão eletrônico”, o licitante vencedor só é conhecido após a escolha, pelo leiloeiro, da melhor oferta, aquela que apresenta mais vantagens à administração nos termos do edital. E como pregão é menor preço, logo a maior vantagem é aquela proposta que traz mais benefícios à administração.

Pois bem.

De proêmio, insta ressaltar que o controle dos atos administrativos deve ser feito apenas dentro dos estreitos limites da legalidade, não se cogitando de invasão à seara discricionária da Administração.

Sobre a temática, cabe trazer à luz a doutrina de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**: *in verbis*

Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. **Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.** A discricionariedade do ato só existe in concreto, ou seja, perante o quadro da realidade fática com suas feições polifacéticas, pois foi em função disto que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

12ª Câmara – Seção de Direito Público

lei se compôs de maneira a obrigá-la. Assim, é óbvio que o Poder Judiciário, a instâncias da parte, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, pois nestes casos não há realmente discricção, mas vinculação, ou a discricção não se estende até onde se pretendeu que exista, já que - repita-se - discricionariiedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto. Discricionariiedade ao nível da norma pode ou não engendrar discricção em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta (*in* Curso de direito administrativo, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 428/429 - o grifo o foi por nós)

A discricionariiedade, nas claras palavras de **HELY LOPES MEIRELLES**, *“é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos pela lei”* (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, p.120/121), esta liberdade concedida pelo ordenamento jurídico, que permite a melhor alocação dos recursos pela Administração Pública.

Firmando-se em tal premissa doutrinária, tratando-se de **impetração de mandado de segurança**, antes mesmo de se perquirir sobre a extrapolação do ato administrativo em relação aos limites da legalidade aos quais está adstrito o juízo discricionário, reservado à Administração Pública, **cabe aferir, de imediato, se há a presença de prova pré-constituída, ou seja, direito certo e líquido, requisito de ordem processual, a atestar a cognoscibilidade do *mandamus*.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

E, no caso vertente, o requisito exigido para a impetração de mandado de segurança **encontra-se presente**, pois há flagrante violação aos princípios constitucionais que sustentam o direito certo e líquido da impetrante.

Recrutamos, sobre esse ponto, o que a mais abalizada doutrina tem expendido como sendo **direito certo e líquido**: in litteris

“É o direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações”¹

“O ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá que ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida. Se ilegalidade ou a inconstitucionalidade não se apresenta aos olhos do Juiz em termos inequívocos, patente não será a violação e, portanto, certo e incontestável não será o direito. É pela evidência do dever legal da autoridade, seja para praticar o ato, seja para abster-se de o praticar, que se mede que se o direito correspondente, com a qualificação de certo e incontestável”²

A **Lei 12.016/09**, por sua vez, em seu **artigo 1º**, elenca o cabimento da concessão de mandado de segurança, nos seguintes termos:

¹ **CARLOS MAXIMILIANO**, Parecer no Jornal do Comércio de 28 de agosto de 1934, in E. de QUEIROZ LIMA, *Princípios de Sociologia Jurídica*, 6ª edição, Record Editora, 1958, p. 79.

² **CASTRO NUNES**, *Do Mandado de Segurança*, Editora Forense, 8ª Edição, p. 129.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Com efeito, o inciso XXI, do art. 37 da Constituição da República preceitua caminho inverso a forma utilizada no pregão 070/CISE/2023, que não respeitou a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Como bem observou a impetrante, não se trata, aqui, de igualdade apenas formal, mas também material, mormente pelo fato de haver verdadeira imunidade tributária extensível apenas às pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa, o que lhes permite, como de fato se deu, apresentar ofertas mais vantajosas economicamente à administração estatal.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), no julgamento do TC-011455.989.21-0, que versa sobre *“Representação formulada em face do edital do Pregão Eletrônico nº 017/2021, certame instaurado pela Prefeitura Municipal de Jahu objetivando a contratação de empresa/cooperativa do ramo médico para prestação de serviços médicos junto à rede municipal de saúde”*, determinou que a Prefeitura realizasse ampla revisão de seu edital,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

com a finalidade de dele fazer constar expressa vedação à participação de cooperativas e de entidades sem fins lucrativos no certame.

Destarte, não se pode negar que a fundamentação da decisão do TCESP também esbarra na condição não isonômica existente entre tais instituições e as demais licitantes. Ou seja, a vedação à participação de entidades sem fins lucrativos no Pregão Eletrônico debatido na ocasião não está relacionada apenas à subordinação dos serviços licitados, mas também à condição não isonômica entre as partes.

No mesmo sentido, são os precedentes deste **E. Tribunal de Justiça**:

“APELAÇÃO CÍVEL. 1. Mandado de segurança **Procedimento licitatório Restrição à participação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Organizações Sociais (OS) e Cooperativas de mão-de-obra Viabilidade Preservação da isonomia e da competitividade entre os licitantes Associações sem fins lucrativos que têm tratamento tributário mais benéfico, de modo que podem apresentar proposta excessivamente vantajosa, em desproporcionalidade aos demais interessados** Precedentes Denegação da segurança almejada Manutenção da sentença. 2. Recurso não provido”. (TJSP; Apelação Cível 1021499-06.2022.8.26.0114; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/12/2023; Data de Registro: 12/12/2023) (g.n.)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

12ª Câmara – Seção de Direito Público

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. Abertura de procedimento licitatório objetivando a contratação de entidade empresarial especializada na prestação de serviços médicos para o Município de Sertãozinho. **Existência de cláusulas restritivas de participação de associações sem fins lucrativos. Pressupostos da impetração. Configuração. Certeza jurídica considera orientação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para promover a preservação da isonomia. Prevalência do princípio da maior competitividade. Indispensável assegurar a paridade entre aqueles que participam da competição.** Impetrante integra o grupo denominado entidades do terceiro setor. Evidente possibilidade de apresentar proposta com excessiva vantagem na licitação, dada as benesses tributárias, entre o de que desfruta. Constatação de possível quebra da isonomia. Distinção existente em relação as microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que as isenções a estas concedidas são voltadas para o fomento da atividade empresarial. Recorrente que tem objeto ligado a atividades que não visam lucro, devendo colaborar com os serviços públicos de saúde por meio de convênio. Restrição à participação de associações sem fins lucrativos que não configura ato ilegal, uma vez que visa o estabelecimento e manutenção de condições similares aos que participarão do procedimento licitatório. Precedentes. Sentença mantida. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO**”. (TJSP; Apelação Cível 1000384-37.2019.8.26.0597; Relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Sertãozinho - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/05/2020; Data de Registro: 24/05/2020) (g.n.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREGÃO ELETRÔNICO. **HABILITAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE GOZA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. RECURSO PROVIDO.** I. Caso em Exame: Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu tutela de urgência em mandado de segurança, visando suspender os efeitos de decisões administrativas que negaram provimento ao recurso interposto pela agravante, relacionado ao Pregão n. 378/2024 para contratação de serviços médicos no município de Botucatu, que habilitou para o certame associação sem fins lucrativos. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em verificar a legalidade da participação de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

associações sem fins lucrativos em licitações públicas, considerando o princípio da isonomia e a ausência de vedação expressa no edital. III. Razões de Decidir: 3. **O entendimento do TCE-SP é firme quanto à vedação de associações sem fins lucrativos participarem de licitações, devido ao tratamento tributário diferenciado que compromete a isonomia.** 4. A concessão da liminar é razoável, pois a dúvida sobre a conformidade do edital com o princípio da isonomia justifica a suspensão dos atos de execução do contrato até o julgamento do mérito. IV. Dispositivo e Tese: 5. Recurso provido. Tese de julgamento: 1. **A participação de associações sem fins lucrativos em licitações pode comprometer a isonomia entre os licitantes.** 2. A suspensão de atos administrativos é justificável diante de dúvida razoável sobre a legalidade do edital. Legislação Citada: Lei n. 14.133/2021, art. 5º; Lei n. 12.016/09, art. 7º, III. Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Cível 1000911-70.2020.8.26.0300, Rel. MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO, 2ª Câmara de Direito Público, j. 14/07/2021. TJSP, Agravo de Instrumento 2146709-43.2018.8.26.0000, Rel. FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, 13ª Câmara de Direito Público, j. 13/2/2019. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2072351-63.2025.8.26.0000; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Botucatu - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/04/2025; Data de Registro: 09/04/2025) (g.n)

A restrição é aplicável para assegurar justamente a isonomia e a competitividade do certame, na medida em que as associações sem fins lucrativos têm tratamento tributário mais benéfico e podem apresentar proposta excessivamente mais vantajosa, em extrema desproporcionalidade em relação aos demais licitantes.

Portanto, admitir a participação irrestrita de entidades que gozam de privilégios com outros concorrentes, afeta e compromete o necessário tratamento isonômico que deve ser assegurado entre todos os participantes do certame, de modo há



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

flagrante prejudicialidade ao interesse público.

A terceirização do serviço público pode ocorrer por meio de entidades de apoio, compreendidas como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços não exclusivos do Estado.

Acontece que nessas hipóteses o vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta deve ser mantido por meio de convênio, visando não incluir num procedimento licitatório os concorrentes que, observadas as vantagens legais que lhes são conferidas, terão exorbitantes condições de apresentar proposta vantajosa, não tendo que arcar com certos encargos trabalhistas.

Importa notar que a jurisprudência contempla a impossibilidade de associações sem fins participarem de processo licitatório e, para tanto, considera a paridade entre os licitantes com a manutenção de condições iguais ou similares para participação do procedimento licitatório.

Consabido, a impetração de mandado de segurança obriga a existência e, principalmente, a juntada à petição inicial de prova pré-constituída, apta a demonstrar, de pronto, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

alegada violação ao direito certo e líquido da parte impetrante, o que ocorreu no presente caso.

Ante o exposto, **impõe-se a reforma do veredicto singular**, para conceder a ordem de segurança nos moldes pleiteados.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

SOUZA MEIRELLES
Desembargador Relator