

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 042/2020

REGISTRO DE PREÇOS Nº 002/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 002/2020

LAZARO SILVA DE SOUZA, brasileiro, solteiro, cooperado, inscrito no RG sob o nº MG-18.161.716 e no CPF sob o nº 117.399.656-71, residente na Rua Aristóteles Caldeira, nº 701, bairro Barroca, Belo Horizonte/MG, apresentou em 09/12/2020, **IMPUGNAÇÃO** ao Pregão Eletrônico nº. 002/2020.

I – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Conforme preleciona a doutrina, os pressupostos de admissibilidade dos recursos administrativos devem aferir: **a) a tempestividade da impugnação; b) a fundamentação e; c) o pedido de reforma do instrumento convocatório.**

Em relação ao primeiro requisito, nos termos do item 5.1 do Edital, e em consonância ao disposto no art. 24 do Decreto Municipal de Belo Horizonte/MG nº 17.317/2020, e art. 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, é assegurado a qualquer pessoa o direito de impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, **até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.**

Com efeito, a abertura da licitação estava marcada para o dia 11 de dezembro de 2020, às 13h30 e sendo apresentada impugnação pela licitante, no dia **09 de dezembro de 2020**. Assim, não sendo obedecido e observado pelo impugnante, o prazo legal de três dias úteis de antecedência em relação à data marcada para a sessão pública de condução do certame, mostra-se **intempestiva a presente impugnação.**

Assim sendo, pautado por estas questões, resta demonstrado que **o presente pedido não pode ser conhecido**, eis que eivado do vício da intempestividade, prejudicando inexoravelmente a análise do mérito e das razões invocadas para a suspensão do certame.

Todavia, embora intempestiva a impugnação, em nome do interesse e moralidade pública, e com o objetivo de esclarecer alguns pontos levantados na peça impugnatória, conheço da impugnação interposta.

Estando preenchidos, ainda, os demais requisitos de admissibilidade, como petição fundamentada e o pedido de impugnação do processo licitatório.

II – DO RELATÓRIO

Trata-se de impugnação apresentada por **LAZARO SILVA DE SOUZA** em face de item do Edital Pregão Eletrônico nº 002/2020, cujo objeto é o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada para prestação de serviços de locação de veículos de passeio e pick-ups, sem adaptações, sem motorista, em caráter permanente, em regime mensalista, com quilometragem livre, destinada ao atendimento das demandas do Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde e municípios consorciados.

Inicialmente, o impugnante disserta sobre incompatibilidades do edital com a legislação, vez que exclui as sociedades cooperativas da participação do certame. Assevera, ainda, que a proibição de participação dessas cooperativas viola os princípios da isonomia, da livre concorrência, da moralidade e da legalidade.

Pugna que não há justificativas para o tratamento diferenciado. Indaga sobre qual a razão da exclusão das sociedades cooperativas do processo de contratação, carecendo o item “6.6.9” do Edital de motivação e sustentação jurídica.

Conclui que a exclusão da participação de cooperativas do processo é irrazoável e ilegal, tendo em vista que a processo tem como objetivo um serviço comum, passível de execução por cooperativas, pois não são impedidas de atuar em segmentos que não demandam o fornecimento de mão-de-obra.

Requerendo, por fim, o julgamento da impugnação para dar-lhe provimento, com vistas a readequar o instrumento convocatório às normas aplicáveis.

É o breve resumo da impugnação.

Passa-se a análise da impugnação apresentada.

III – DA ANÁLISE DAS ALEGACÕES

III.1 – DA VEDAÇÃO A PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS

Conforme narrado no item **“II - Do Relatório”** da presente decisão, o impugnante assevera que a vedação a participação de sociedades cooperadas no processo licitatório realizado pelo CIAS para locação de veículos, disposta no item **“6.6.9” do Edital Pregão Eletrônico nº 002/2020**, fere a legislação vigente e aplicável.

Preliminarmente, cumpre discorrer sobre a natureza jurídica das cooperativas. Pois bem.

Essas sociedades são de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência (posto que não exercem atividade empresarial), constituídas para prestar serviços aos associados, nos termos do art. 4º da Lei nº 5.764/1971 (que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências). Por sua natureza, podem, ainda, fornecerem bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a referida Lei nº 5.764/1971 (art. 86).

Há uma certa dificuldade doutrinária na conceituação/definição dessa natureza jurídica, que decorre do fato de as sociedades cooperativas não se estabelecerem apenas como uma sociedade beneficente de cunho meramente cultural, mas com fim econômico que não visa ao lucro, e sim à melhor recompensa para os cooperados. Nas sociedades cooperativas, os membros individualizados sobrepõem-se ao capital.

Enfim, ultrapassado esse ponto, passa-se a análise da participação dessas sociedades em licitações.

Para tanto, é preciso recordar a norma do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 (CR/88), dispositivo que, para além de prever o tratamento igualitário dos concorrentes, somente admite a estipulação de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contraídas. No âmbito infraconstitucional, a regulamentação do citado preceito é extraída, especialmente, da Lei nº 8.666/1993.

Consoante observa Marçal Justen Filho, as vedações fixadas à participação de determinadas pessoas nas licitações são corolários dos princípios da moralidade e da isonomia, objetivando impedir que, de qualquer forma (em especial pela restrição ao universo de licitantes), seja frustrado o seu caráter competitivo¹.

Não sendo lícito à Administração Pública²:

(...) em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Nesse contexto, inexistente disposição legal específica que tolha, em absoluto, a participação de cooperativas nos certames licitatórios. Havendo admissibilidade da sua participação no certame no art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

¹ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 124

² (STJ, Segunda Turma, REsp 474.781/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto, DJ de 12/05/2003, p. 297).

Evidentemente, se, de um lado, não é permitido que a Administração – interessada em selecionar a proposta que lhe seja mais vantajosa – estabeleça restrição demasiada ao ambiente competitivo das licitações, é inegável, de outro lado, o dever dos agentes públicos de examinar se a participação do licitante (na hipótese, sociedade cooperativa) revela a possibilidade de comprometer a higidez do procedimento licitatório, por macular a exigência de que seja assegurada a igualdade de condições entre todos os concorrentes.

Com efeito, mesmo na inexistência de vedação legal para participação de cooperativas em licitações, é imperioso atentar-se a outros requisitos desenvolvidos e consolidados pela jurisprudência.

Nessa seara, fora firmado em 05 de junho de 2003, Termo de Conciliação Judicial entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a União, que dispõe – dentre outros - que:

Cláusula Primeira - A UNIÃO abster de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao for ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:

a) – Serviços de limpeza; b) – Serviços de conservação; c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) – Serviços de recepção; e) – Serviços de copeiragem; f) – Serviços de reprografia; g) - Serviços de telefonia; h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; i) Serviços de secretariado e secretariado executivo; j) Serviços de auxiliar administrativo; k) Serviços de auxiliar administrativo; l) – Serviços de Office boy (contínuo); m) de imprensa e de relações públicas; n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) fornecidos pelo próprio órgão licitante; p) – Serviços de ascensorista; q) – Serviços de enfermagem r) – Serviços de agentes comunitários de saúde. (grifo nosso).

Posteriormente o entendimento alicerçado no supramencionado Termo de Conciliação fora estendido aos demais órgãos da administração pública. Discorrendo no mesmo sentido, a súmula nº 281 do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.

Logo, à participação de cooperativas em licitações que envolvam terceirização de serviços com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta a Súmula TCU 281, e o Termo de Conciliação Judicial entre a União e o MPT. Bem como o disposto nos arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012 – que vedam que as cooperativas de trabalho sejam utilizadas para intermediação de mão de obra subordinada.

Tal impedimento objetiva proteção basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT). Haja vista que no conflito de interesses e valores - direito das cooperativas x diretriz para a formação das relações de trabalho - o segundo prevaleceu, já que decorre de direito social constitucional (art. 6º da CR/88).

Ademais, a aparente economicidade dos valores ofertados pelas cooperativas em licitações, não compensaria o risco de relevante prejuízo financeiro para o erário público advindo de eventuais e possíveis ações trabalhistas³.

Superada a questão legal da permissibilidade da vedação. Torna-se necessário enfrentar o impedimento no caso concreto.

De acordo com Nota Técnica emitida pelo setor de Gerência e Compras do CIAS, o serviço objeto do certame em epígrafe (locação de veículos) é realizado no mercado sem subordinação, habitualidade e demais requisitos da relação de emprego (art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas). Havendo uma eminente prestação de serviços.

Desse modo, inicialmente **não** vislumbra-se proibição na participação de cooperativas no certame em comento. Entretanto, há no Edital disposições de que a licitante vencedora, deverá prestar além do serviço principal – locação de veículos - serviços acessórios de manutenções preventivas e corretivas nos veículos e equipamentos, e de seguro (anexo I – descritivo técnico dos itens).

³ TCU, Primeira Câmara, Acórdão 2260/2017, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 18/04/2017

Insta salientar, que os serviços de manutenções de veículos figuram no Termo de Conciliação citado, como serviço impedido de ser contratado pela administração pública por meio de cooperativas, tendo em vista que o labor, por sua própria natureza, demanda a execução em estado de subordinação, seja em relação ao tomador, seja em relação ao fornecedor dos serviços.

Logo, sendo os serviços acessórios de manutenções realizados diretamente pelas contratadas para os serviços de locação, a vedação é imperativa. Entretanto, na Nota Técnica expedida pelo setor de Transportes do CIAS, há dados que cientificam que no mercado, o usual é que os serviços de manutenções dos veículos das empresas que realizam locações, sejam executados por terceiros alheios a empresa, sem a incidência de características próprias da relação de emprego. Sendo uma prestação de serviços.

Destarte, não se observa incidência de hipóteses que vedam a participação das sociedades cooperativas no presente processo licitatório, vez que o serviço principal é efetivamente prestado no mercado sem a ocorrência de subordinação. E os serviços acessórios não são desenvolvidos pelas empresas.

Nessa esteira, mesmo sendo a presente impugnação intempestiva, em observância aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade (art. 37 da CR/88), o **edital deverá ser retificado para excluir a vedação de participação de cooperativas no certame.**

Para ocorrer a admissibilidade dessa participação, é imprescindível que esta administração observe e exija alguns requisitos condizentes com a natureza jurídica das sociedades cooperativas. Salienta-se que tais exigências não intencionam restringir o caráter competitivo das licitações (art. 37, inciso XXI da CR/88), com exigências que não estejam amparadas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93⁴. Mas sim, assegurar e resguardar a administração pública de eventuais responsabilidades e danos, frente à delicadeza acerca do tema.

⁴ (Acórdão nº 4.606/2010 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Processo nº 015.664/2006-6);

Nesse sentido, extrai-se do item 10.5 do Anexo VII-A, da Instrução Normativa nº 5/2017 (que é aplicável a administração pública federal, mas será usado como parâmetro por essa administração) que, sendo permitida a participação de cooperativas, **o ato convocatório deve exigir, na fase de habilitação (para efeito de qualificação)**, os seguintes documentos:

- a) a relação dos cooperados que atendem aos requisitos técnicos exigidos para a contratação e que executarão o contrato, com as respectivas atas de inscrição e a comprovação de que estão domiciliados na localidade da sede da cooperativa, respeitado o disposto no inciso XI do art. 4º, inciso I do art. 21 e §§ 2º a 6º do art. 42 da Lei nº 5.764, de 1971;
- b) a declaração de regularidade de situação do contribuinte individual (DRSCI) de cada um dos cooperados relacionados;
- c) a comprovação do capital social proporcional ao número de cooperados necessários à prestação do serviço;
- d) o registro previsto no art. 107 da Lei nº 5.764, de 1971;
- e) a comprovação de integração das respectivas quotas-partes por parte dos cooperados que executarão o contrato;
- f) comprovação do envio do Balanço Geral e o Relatório do exercício social ao órgão de controle, conforme dispõe o art. 112 da Lei nº 5.764, de 1971; e
- g) os seguintes documentos para a comprovação da regularidade jurídica da cooperativa:
 - g.1. ata de fundação;
 - g.2. estatuto social com a ata da assembleia que o aprovou;
 - g.3. regimento dos fundos instituídos pelos cooperados, coma ata da assembleia que os aprovou;
 - g.4. editais de convocação das três últimas assembleias gerais extraordinárias;
 - g.5. três registros de presença dos cooperados que executarão o contrato em assembleias gerais ou nas reuniões seccionais; e
 - g.6. ata da sessão que os cooperados autorizaram a cooperativa a contratar o objeto da licitação.

Sendo necessário constar ainda, que caso a licitante vencedora do certame seja sociedade cooperativa, na fase de eventual contratação, a gestão operacional do serviço deverá ser executada de forma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

Devendo ser apresentando também, modelo de gestão operacional que contemple as diretrizes estabelecidas no art. 10 da IN nº 5/2017 artigo 10, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta.

Essa administração deverá verificar os atos constitutivos da cooperativa que irá contratar, analisando as regularidades formais e as regras internas de funcionamento, de modo a se evitar eventual desvirtuação ou fraude. Não devendo contratar com cooperativas cujos estatutos e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado (locação de automóveis/veículos).

Sendo igualmente necessário que a administração verifique como os serviços acessórios (de manutenção) serão prestados, exigindo das sociedades em eventual contratação, comprovantes da relação que fora estabelecida entre a cooperativa e os terceiros que prestarem os serviços. Não podendo essa relação perpassar – sob nenhuma hipótese – por características de subordinação e habitualidade (art. 3º da CLT).

Ademais, em consonância com o disposto no Termo de Conciliação (União e MPT), para regularidade da contratação, é necessário que os serviços de locação sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados. Sendo necessário também que o Edital faça menção ao Termo e sua homologação, haja vista que há contratação de serviços acessórios (manutenção de veículos) no edital que são objeto de vedação no Termo de Conciliação.

Em face do exposto, em consonância as normas e princípios legais ora apresentados nessa decisão, **deve o item “6.6.9” do Edital do Pregão Eletrônico nº 002/2020** ser excluído, de modo a admitir no certame a participação de sociedades cooperativas.

Assim sendo, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, determino **O ADIAMENTO DA SESSÃO** do pregão eletrônico 002/2020, tendo em vista que a citada retificação poderá eventualmente resultar em alteração na proposta de preço ofertada pelos licitantes, nos termos do art. 21, §4º, da lei 8.666/1993, do art. 24, § 3º do Decreto Municipal de Belo Horizonte/MG nº 17.317/2020 e art. 24, § 3º do Decreto Federal nº 10.024/ 2019.

IV – DECISÃO

Em face do exposto, presente o requisito de forma, prescrito em lei, a impugnação reúne as condições de ser **CONHECIDA**, e no mérito, **DOU PROVIMENTO** à impugnação oferecida, para determinar o adiamento da sessão pública do **PREGÃO ELETRÔNICO N° 002/2020**.

Informo, ainda, a necessidade de retificar o Edital, de modo a excluir a vedação de participação de cooperativas do certame, bem como para incluir as condições necessárias para averiguação da qualificação técnica, jurídica e econômica própria dessas sociedades.

Pontuo, por sua vez, que há necessidade de impor requisitos que assegurem que sendo declarada vencedora do certame sociedade cooperativa, o serviço seja realizado sem subordinação entre o cooperado e a contratada ou a administração pública, em consonância ao disposto no Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União (que segue em anexo).

Intime-se o impugnante.

Junte-se aos autos do processo administrativo.

Promova as alterações apontadas.

Publique-se.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020.

Alexandre Lima Real
Pregoeiro