

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 004/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 044/2020

ARLIOS PETRONE ARIFA, devidamente qualificado nos autos, apresentou em 08/12/2020, **IMPUGNAÇÃO** ao Pregão Eletrônico nº. 044/2020, conforme fundamentação insculpida na referida peça.

I – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Conforme preleciona a melhor doutrina, os pressupostos de admissibilidade do presente recurso administrativo deve aferir: **a tempestividade da impugnação, a fundamentação e 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 18 de dezembro de 2020, às 14h00. Sendo apresentada impugnação pela licitante, no dia 07 de dezembro de 2020. Restando obedecido o prazo legal de três dias úteis de antecedência em relação à data marcada para a sessão pública de condução do certame, mostrando-se, portanto, tempestiva.

Vislumbro, ainda, que também estão preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, pois a petição vem fundamentada e contém o necessário pedido de impugnação do processo licitatório.

Conheço, portanto, da presente impugnação.

III – DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA

Trata-se de impugnação apresentada por **ARLIOS PETRONE ARIFA** em face de item do Edital Pregão Eletrônico nº 001/2020, cujo objeto é o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada para prestação de serviços de locação de veículos SEDAN e SUV blindados e veículos tipo ambulância, 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. Asseverando que a proibição de participação dessas cooperativas viola os princípios da isonomia, da livre concorrência, da moralidade e da legalidade.

Pugnado que não há justificativas para o tratamento diferenciado. Indagando 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.

Concluindo que a exclusão da participação de cooperativas do processo não é razoável e ilegal. Isso porque o 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.

IV – DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

IV.I – DA EXIGÊNCIA DE REDE CREDENCIADA EXCESSIVA

Conforme visto, o impugnante assevera que a vedação a participação de sociedades cooperadas no processo licitatório realizado pelo CIAS para locação de veículos, fere a legislação vigente e aplicável.

Afirma, ainda, que tal vedação encontra-se disposta no item “6.6.9” do Edital Pregão Eletrônico nº 001/2020. Todavia, esse item não figura no supracitado edital, cuja numeração correta é a “6.7.9”, que versa sobre a vedação de participação de cooperativas no certame, hipótese que fora suscitada na impugnação em comento.

Pois bem.

Inicialmente, é importante discorrer sobre a natureza jurídica das cooperativas. 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). Podendo 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).

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.

Assim, de fato, não se pode excluir deliberadamente as sociedades cooperativas de certame licitatório sob pena de incorrer em ilegalidade, conforme bem demonstrado pela impugnante, já que isso iria de encontro com os princípios mais basilares do procedimento licitatório, tais quais isonomia, legalidade e moralidade.

Não se pode olvidar, pois, que o art. 5º da Lei 12.690/2012, que regulamenta sobre as cooperativas de trabalho, traz uma exceção à regra, vejamos:

Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

Possivelmente, foi tal exceção que serviu como base legal para a vedação ora impugnada, já que a própria lei que dispõe sobre a organização e funcionamento das cooperativas de trabalho foi clara em determinar a incompatibilidade da atuação de cooperativas na intermediação de mão de obra subordinada.

No entanto, sobreleva ressaltar que o objeto do presente pregão eletrônico pode ser executado de forma autônoma e independente, o que abre espaço para a participação das sociedades cooperativas, afastando, ao meu ver, a exceção supramencionada.

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).

Em última análise, o sucesso e a segurança da efetiva e regular prestação do serviço objeto da presente licitação, não depende do seu lastro em contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ou seja, em efetiva subordinação da mão de obra.

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.

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, súmula nº 281 do Tribunal de Contas da União:

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 Transportes do CIAS, o serviço objeto do certame em epígrafe (locação de veículos) é realizado no

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

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).

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, **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 a delicadeza acerca do tema.

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, com a 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.

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

Salienta-se, 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.

Isto posto, em consonância as normas e princípios legais ora apresentados nessa decisão, **considero procedente a impugnação apresentada por ARLIOS PETRONE ARIFA.** Devendo o item “6.7.9” do Edital do Pregão Eletrônico nº 001/2020 ser excluído, de modo a admitir no certame a participação de sociedades cooperativas.

Outrossim, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, determino **O ADIAMENTO DA SESSÃO** do pregão eletrônico 001/2020, 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.

VII – DECISÃO DO PREGOEIRO

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 Nº 001/2020**.

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.

Ponto, 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.

Publique-se a retificação de exigência da nova rede credenciada.

Belo Horizonte, 08 de dezembro de 2020.

Alexandre Lima Real
Pregoeiro